



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA
JURÍDICA

EPIFÂNIO MACEDO LUNA FILHO

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: NOVO PARADIGMA A PARTIR DO JULGAMENTO
DO *HABEAS CORPUS* 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FORTALEZA
2016

EPIFÂNIO MACEDO LUNA FILHO

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: NOVO PARADIGMA A PARTIR DO JULGAMENTO
DO *HABEAS CORPUS* 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo autor.

L983p Luna Filho, Epifânio Macedo.

Presunção de Inocência: novo paradigma a partir do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal / Epifânio Macedo Luna Filho. – 2016.
69 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016. Orientação: Prof. Dr. Samuel
Miranda Arruda.

1. Presunção de Inocência. 2. Efetividade da Norma Penal. 3. Execução Provisória da
Pena. I. Título.

CDD 340

EPIFÂNIO MACEDO LUNA FILHO

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: NOVO PARADIGMA A PARTIR DO JULGAMENTO
DO *HABEAS CORPUS* 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Msc. Milenna Marjorie Fonseca da Cunha

A Deus.
Aos meus pais, Epifânio Júnior e Joana
D'arc.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda, por ter aceitado orientar o presente trabalho, apesar dos inúmeros compromissos na Chefia da Procuradoria da República no Ceará.

Aos participantes da banca examinadora: Prof. Macêdo e Milenna, que tão gentilmente aceitaram compô-la. A presença dos senhores certamente enriquece o presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar e discutir sob a ótica do princípio constitucional da presunção de inocência a decisão paradigmática exposta pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, em fevereiro de 2016, entendendo ser cabível a execução provisória da pena quando existente condenação em segunda instância sem mais possibilidade de recurso nas vias ordinárias; ou seja, os recursos constantes das vias extraordinárias não contrariam mais com efeito suspensivo, apto a obstar o cumprimento de pena provisório. Parte-se, inicialmente, de um resgate da origem e evolução histórica do princípio da presunção de inocência, bem como de seu conteúdo no Brasil. A seguir, verifica-se, em direito comparado, o confronto entre a presunção de inocência e a possibilidade de execução da pena antes da condenação definitiva. O novo paradigma é, então, confrontado com a Constituição Federal, mais notadamente com o referido princípio, e com o disposto no Código de Processo Penal, a fim de verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Para finalizar, são destacados os possíveis efeitos do novo entendimento, como o possível resgate da função dos recursos em processo penal, além da própria efetividade da norma penal.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Execução Provisória da Pena. Efetividade da norma penal.

RÉSUMÉ

Cette étude vise à analyser et discuter du point de vue du principe constitutionnel de la présomption d'innocence la décision paradigmatique exposée par le Supremo Tribunal Federal lorsque le jugement du Habeas Corpus 126.292/SP, en Février 2016, comprenant être acceptable l'exécution provisoire de la sentence quand il existe condamnation en appel, sans autre possibilité de recours dans les voies ordinaires. Autrement dit, les recours des voies extraordinaires ne compteraient plus avec effet suspensif, apte à empêcher l'exécution de la peine provisoire. D'abord il est fait un panorama de l'origine et de l'évolution historique du principe de la présomption d'innocence, ainsi que son contenu au Brésil. Ensuite, il est vérifié, en droit comparé, la confrontation entre la présomption d'innocence et la possibilité d'exécution de la peine avant la condamnation définitive. Le nouveau paradigme est alors confronté à la Constitution Fédérale, plus notamment avec ce principe mentionné, et avec les dispositions du Code de Procédure Pénale, afin de vérifier sa compatibilité avec le système juridique brésilien. Pour finir, il est mis en évidence les effets possibles de la nouvelle compréhension, comme le possible rétablissement de la fonction des ressources en procédure pénale, au-delà de l'efficacité proprement dite de la norme pénale.

Mots-clés: Présomption d'innocence. Exécution Provisoire de la Peine. Efficacité de la norme pénale.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
Agl	Agravo de Instrumento
AgR	Agravo Regimental
AO	Ação Originária
CC	Código Civil Brasileiro
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal Brasileiro
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal Brasileiro
CE	Estado do Ceará
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DJU	Diário da Justiça da União
DL	Decreto-Lei
DO	Diário Oficial
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MC	Medida Cautelar
MG	Estado de Minas Gerais
Min.	Ministro
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
MPU	Ministério Público da União
Rcl.	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
SP	Estado de São Paulo

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
US	Estados Unidos da América

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONTEÚDO E PARADIGMA NO BRASIL ATÉ O HC 126.292.....	14
2.1	Evolução histórica.....	14
2.2	Conteúdo.....	17
2.3	Paradigma da presunção de inocência no Brasil antes do HC 126.292: paradigma do HC 84.0787 julgado pelo STF.....	21
2.3.1	<i>Análise crítica e impactos da decisão paradigmática.....</i>	23
2.4	Casos práticos a partir do paradigma anterior.....	25
2.4.1	<i>Caso Pimenta Neves.....</i>	26
2.4.2	<i>Caso Flávio Carneiro.....</i>	28
3	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO COMPARADO.....	30
3.1	Inglaterra.....	31
3.2	Estados Unidos.....	32
3.3	Canadá.....	34
3.4	Alemanha.....	35
3.5	Portugal.....	36
3.6	Argentina.....	37
4	NOVO PARADIGMA DO STF A PARTIR DO JULGAMENTO DO HC 126.292.....	38
4.1	O contexto da decisão.....	39
4.2	Os fundamentos apresentados pelo relator.....	41
4.3	A constitucionalidade do paradigma.....	45
4.4	Novo paradigma e artigo 283 do Código de Processo Penal.....	49
4.5	O Direito Penal de emergência prevaleceu no STF?.....	53
5	REFLEXOS DO NOVO PARADIGMA: QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS.....	56
5.1	Uma barreira aos recursos protelatórios.....	56
5.2	O resgate da efetividade da norma penal e o sistema de punibilidade seletiva.....	58
6	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS.....	65
1	INTRODUÇÃO	

A palavra “Justiça”, infelizmente, encontra-se em um processo de profundo desgaste. A sociedade brasileira quase que diariamente se choca, talvez até por não entender bem a dinâmica processual, pelo fato de que muitos acusados não estão presos ou porque a prova que indicava vários delitos foi simplesmente anulada ou, ainda, da ausência de um desfecho útil no julgamento de crimes.

Questiona-se o Código Penal da década de 40 e suas normas possivelmente destoantes do atual panorama, o acervo extenso de recursos que impedem o trânsito em julgado e o imenso rol de direitos fundamentais na Constituição que não explicitam qualquer benefício às vítimas da delinquência.

A verdade é que vivenciamos um Estado Democrático de Direito, no qual a condução política da nação é escolhida pela maioria do povo e o Estado encontra limites que evitam ingerência inapropriada na vida dos cidadãos. Deve reinar o princípio da legalidade em detrimento dos abusos estatais cometidos em outros períodos da nossa história. Como bem asseverou Silva (2014):

A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses (SILVA, 2014, p. 123).

Inseridos nessa realidade, os operadores do direito têm o dever de observar a lei emanada de nossos representantes políticos. Logo, não se pode fazer do Direito ou Processo Penal uma vingança privada, mas o cumprimento daquilo devidamente assegurado pelo legislador, sempre em harmonia com nosso Diploma Legal Maior, que é a Constituição Federal.

Portanto, não se admitem provas obtidas por meios ilícitos nem a utilização de analogias para tipificar condutas e, muito menos, restringir injustificadamente qualquer direito ou garantia, entre elas, a de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme o art. 5º, LVII, da CF/88.

Ocorre que, ultrapassando a órbita da legalidade, verificou-se, no Brasil, uma tendência a tornar absolutos, irrestritos, certos princípios que, ao invés de aplicar a lógica da ponderação no caso de aparente conflito com outros do sistema, utilizaram o raciocínio do “tudo ou nada.” Assim, alguns juristas alcunharam o

fenômeno de “hipergarantismo” quando, na seara criminal, essa lógica que não sopesa valores acaba por alargar indevidamente preceitos favoráveis aos réus, em prejuízo da sociedade e, em muitos casos, até da efetividade da justiça.

Exemplo claro, talvez, tenha sido o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7/MG. O supracitado princípio do estado de inocência ganhou interpretação amplíssima porque o Supremo Tribunal Federal (STF) decidira, naquela oportunidade, que a execução de sentença condenatória, com o aprisionamento do acusado, salvo a hipótese de presente algum dos requisitos para se decretar a prisão preventiva, somente poderá se dar com o trânsito em julgado da lide.

Firmou-se que, na prática, a prisão somente ocorrerá após o julgamento da 4ª Instância, pois, fora disso, o réu cumpriria pena antecipada, mesmo condenado por uma decisão colegiada. Ressalte-se que os recursos admitidos aos Tribunais Superiores são de restrita possibilidade. Porém, é interessante observar que a interpretação conferida beneficiava seletivamente determinado grupo de réus, que se favoreceram da falta de razoabilidade explicitada por parte dos ministros.

Em fevereiro do corrente ano, contudo, o panorama mudou drasticamente. Isso porque, depois de aproximadamente sete anos de entendimento diverso, o STF, nos autos do HC 126.292/ SP, alterou o entendimento acerca da matéria, permitindo que o réu cumpra pena após decisão de segunda instância condenatória, ou seja, a condenação com esgotamento das vias ordinárias tem agora o condão de imputar ao acusado o cumprimento provisório da sanção penal.

Tal decisão recebeu inúmeras críticas de doutrinadores especializados, mas também ganhou apoio de figuras importantes do meio jurídico brasileiro. Entre as principais críticas, estaria a de que o novo entendimento confrontava seriamente a garantia constitucional da presunção de inocência, pois se estaria imputando a alguém a responsabilidade criminal sobre fato ainda não definitivamente julgado.

No presente trabalho, tal questão será discutida a partir do resgate do conteúdo do princípio da preservação do estado de inocência, bem como da verificação de constitucionalidade e alcance do referido paradigma.

Assim, será traçado um panorama geral no capítulo um sobre evolução histórica, conteúdo e interpretação do supracitado princípio, sem olvidar uma análise do anterior paradigma defendido pelo STF. No capítulo dois, será realizado um estudo em Direito comparado sobre a execução provisória da pena. Em seguida, no capítulo três, será discutido o novo paradigma, seus fundamentos, compatibilidade

com o ordenamento jurídico e análise crítica. Por fim, o ultimo capítulo será destinado a estudar possíveis efeitos do novo entendimento que, embora não vinculante, vem ganhando reconhecimento e força no Brasil.

CONTEÚDO E PARADIGMA NO BRASIL ATÉ O HC 126.292

2.1 Evolução histórica

É fundamental destacar, no presente trabalho, que a presunção de inocência não é novidade no mundo jurídico. Sem olvidar da importância de muitos pensadores modernos que contribuíram decisivamente para a formulação de seu conteúdo, o referido princípio não se originou no período denominado Iluminismo nem na Revolução Francesa, mas em época bem anterior. Tal dado remete à ideia de que a ingerência indevida nas garantias fundamentais do indivíduo era prática antiga, o que forçou civilizações já extintas a adotar uma “barreira” aos possíveis abusos a que estavam sujeitos seus participantes.

Muitos autores apontam o Direito Romano como primeira esfera a abrigar a preservação do estado de inocência. Os escritos do Imperador Trajano (17.09.53 – 9.08.117), conhecido pelo protótipo do “bom governante”, faziam alusão ao dito princípio: *“Satius esse impunitum relinqui facinusnocentis, quaminnocentemdammare”*. Encontrou-se, igualmente, na Digesta (ou em grego Pandectas), que é a compilação de fragmentos dos jurisconsultos do período clássico, citação de Paulo que define a ideia da presunção de não culpabilidade: *“Ei incumbit probatio, qui dicit, non quinegat”*.

O advento da Idade Média, contudo, caracterizou-se por uma grave redução de sua concretude, bastando citar como fundamento o grande número de procedimentos inquisitoriais, a existência de provas tarifadas e, inclusive, os juízos de semiculpabilidade. O Estado-Juiz, especialmente na época correspondente à Baixa Idade Média, sobrepunha seu poder a qualquer liberdade individual do cidadão, concentrando na única pessoa do magistrado o papel de realizar a instrução, acusar e julgar simultaneamente.

O processo penal era secreto, sem contraditório e escrito. Como Bento (2007, p.32) sintetiza, “uma das características essenciais da Inquisição era justamente o procedimento que presumia, antes mesmo da instrução, a culpa do cidadão.”

Michel Foucault (1987) critica a prática que se estendeu na Europa durante muito tempo. Em seu país, a Ordenação de 1670 protegia procedimentos claramente atentatórios à dignidade do homem, incluindo arbitrariedades nas

investigações de crimes:

Na França, como na maior parte dos países europeus — com a notável exceção da Inglaterra — todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto; ou seja, opaco não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer”, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia e, em alguns pontos, reforçava a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa (FOUCAULT, 1987, p.38).

Como, então, garantir um mínimo de imparcialidade ou um julgamento justo se o cerceamento de defesa já era um reflexo da presunção de culpabilidade reinante nos diversos sistemas penais espalhados pelo continente?

Cesare Beccaria, considerado o principal pensador do Iluminismo Penal, ainda jovem, combatia as injustiças de seu tempo. Beccaria (1764) defendia a racionalidade da legislação, que deveria atender um conjunto de garantias mínimas para a correta aplicação da pena:

Quando se reflete sobre todas essas coisas, é-se forçado a reconhecer com amargura que a razão quase nunca tem sido consultada nas leis que se deram aos povos. Os crimes mais hediondos, os delitos mais obscuros e mais quiméricos, e, portanto, os mais inverossímeis, são precisamente os que se consideram constatados sobre simples conjecturas e indícios menos sólidos e mais equívocos. Dir-se-ia que as leis e o magistrado só têm interesse em descobrir um crime, e não em procurar a verdade; e que o legislador não vê que se expõe constantemente ao risco de condenar um inocente, pronunciando-se sobre crimes inverossímeis ou mal provados (BECCARIA, 1764, p.28).

O ano de 1789 representa um marco contra os abusos aos direitos e garantias até então abundantes. A Assembléia Constituinte da França elabora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC). Seu cerne consistia em proteção e universalização de direitos do homem, entre os quais, no art. 9º, a presunção de inocência:

Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789).

Eis a primeira positivação do princípio do estado de inocência. O art. 9º,

por sua vez, não restava isolado. Os artigos 7º e 8º da DDHC vedavam a acusação, prisão e detenção fora da legalidade, previam punição por ordens arbitrárias no desenvolvimento processual, além de garantirem anterioridade da lei e proporcionalidade para aplicação das penas.

Surge, pois, uma nova perspectiva para aquele que figurasse no pólo passivo de um processo criminal. Ao contrário daquilo praticado amplamente entre os séculos XII e XVII, ninguém poderia ser considerado previamente culpado sem que antes houvesse sentença penal condenatória transitada em julgado.

Já no século XX, as atrocidades cometidas, especialmente na Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), impulsionaram uma visão mais preocupada com a dignidade da pessoa humana. Inegável reconhecer que a preservação do estado de inocência atingiu escala global por meio da Declaração Universal Dos Direitos Humanos, em seu artigo 11.1:

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

Diversos outros documentos de proteção aos direitos humanos passaram a tutelar o princípio. Pode-se citar a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem (art. 6.2, 1950), o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art. 14.2, 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, I e II, 1969), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (art.6º, II, 1990) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48, 2000).

No Brasil, por fim, a atual Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LVII, consagrou esta importante norma: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1998). De acordo com Gomes Filho (1991, p.32), a redação citada foi “inspirada na fórmula italiana de 1948: *l’imputato non è considerato colpevole sino allá condanna definitiva.*”

Engana-se, contudo, quem acredita que essa conquista sempre esteve seguramente reconhecida mesmo anteriormente à sua inserção na ordem constitucional. Em período anterior da história, notadamente na época conhecida como Ditadura Militar (1964 – 1985), de forma marcante, muitas garantias foram, na prática, severamente ignoradas, entre as quais a preservação da inocência. Embora Gomes Filho (1991) se refira a dois casos de reconhecimento do princípio pelo

Supremo Tribunal Federal antes da sua constitucionalização, em face das Constituições de 67 e 69, foi notório o abuso estatal daquele período em condenar, arbitrariamente, determinados sujeitos, de maneira prévia.

Apesar desse momento histórico e do tardio reconhecimento de seu status constitucional, o certo é que a doutrina e jurisprudência brasileiras, sobretudo após a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, já tratavam do tema.

Embora ações governamentais acabassem ferindo o entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao discutir a constitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei n. 314, de 1967 (Lei de Segurança Nacional), em dispositivo que previa a “suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista”, somente pela prisão em flagrante delito ou pelo recebimento da denúncia, até sentença absolutória, a Suprema Corte, de maneira unânime, reconheceu a inconstitucionalidade da norma.

Assentou-se, então, que o art. 150, §35, da Constituição de 1967, compreendia todos os direitos que, apesar de não enumerados, estavam vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição, com referência expressa à presunção de inocência, como constou do voto do Min. Gonçalves de Oliveira (HC 45.232- GB, j. 21-2-1968, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44:322-34, 1968).

O certo é que, hoje, no sistema jurídico brasileiro, tem-se um princípio constitucionalmente explícito que consagra, além de outras relevantes consequências, uma vedação ao Poder Público de agir e de se comportar, no que se relaciona ao suspeito, indiciado, denunciado ou réu, como se já houvesse condenação definitiva por sentença do Poder Judiciário.

2.2 Conteúdo

Também conhecido como princípio do estado de inocência e princípio da não culpabilidade, refere-se a um desdobramento do princípio do devido processo legal, sendo um dos mais relevantes alicerces do Estado de Direito. A Constituição Federal de 1988 preconiza, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

O comando constitucional está em perfeita sintonia com o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário, tendo a sua adesão sido ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Prescreve o art. 8º, inciso 2, da Convenção que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”

Pode-se extrair, portanto, que a não culpabilidade é uma das mais importantes garantias do homem, porquanto visa tutelar sua dignidade e liberdade face ao Estado-Acusador, no sentido de que é contrária ao ordenamento jurídico a antecipação dos efeitos de pena sem uma sentença proferida. Qualquer restrição à liberdade antes de julgamento deve se dar por exceção, devidamente justificada, com fins de garantir o resultado útil do processo. Inúmeros outros efeitos decorrem dessa garantia, contudo.

Atento a essa realidade, o ensinamento de Capez (2004) acerca do referido princípio traz a preocupação de prestigiá-lo em três momentos distintos: (i) na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; (ii) na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; (iii) e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento acusado, especialmente no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória.

Sousa (2012, online) enuncia que:

Com a consagração pela nossa Carta Magna de que o acusado é presumidamente inocente decorrem inúmeras consequências. A saber: a) a instituição da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente; c) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar; d) todo o ônus da prova recai sobre a acusação, ou seja, o réu não tem o dever de provar a sua inocência; e) a condenação do acusado deve pautar-se em provas cabais, de forma que qualquer dúvida a respeito da sua culpa deve resultar em absolvição (*in dubio pro reo*) (SOUSA, 2012, online).

Por sua vez, Távora e Alencar aduzem que:

[...] somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade, e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como

medida de estrita exceção (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 54).

Já Lima (2011) sintetiza duas consequências fundamentais da não culpabilidade: a primeira é a de que a parte acusadora tem o ônus de provar a culpabilidade do acusado, e não este provar sua inocência; a segunda é a vedação de qualquer antecipação do juízo condenatório.

Sarmiento (2008) destaca, todavia, que a garantia não deve impedir que o Estado investigue e puna os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos da persecução penal previstos na legislação.

Assim é que, acertadamente, profere Tourinho Filho (2012):

[...] a expressão *presunção de inocência* não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente – caso contrário, ninguém poderia ser processado – mas no sentido em que foi concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente. E a melhor doutrina acrescenta: a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada, ou, então, para assegurar a efetivação da pena (TOURINHO FILHO, 2012, p.89).

Marcante é o enunciado da Súmula 144 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.” Vê-se, com isso, que o Tribunal da Cidadania se opôs à antecipação de culpabilidade pela mera existência de inquéritos policiais e ações penais que, objetivamente considerando, não são suficientes para certificar a culpa de alguém. É a aplicação prática do ditado pelos magistrados: “até que se prove o contrário, todos são inocentes”.

O certo é que, hoje, no sistema jurídico, tem-se um princípio constitucionalmente explícito que consagra, além de outras relevantes consequências, uma vedação ao Poder Público de agir e de se comportar, no que se relaciona ao suspeito, indiciado, denunciado ou réu, como se já houvesse condenação definitiva por sentença do Poder Judiciário.

A efetividade de tal comando, contudo, não parece ter alcançado ainda seu nível ideal. Cita-se, a título de ilustração, trechos do protesto de renomados juristas consubstanciado na “*Carta Aberta ao regime de superação episódica de direitos e garantias verificado na Operação Lava Jato,*” documento este publicado em janeiro de 2016 e cujo conteúdo ilustra bem a indignação com o abuso narrado acima. Informa o texto, assinado por importantes doutrinadores, que:

Nesta última semana, a reportagem de capa de uma das revistas

semanais brasileiras não deixa dúvida quanto à gravidade do que aqui se passa. Numa atitude inconstitucional, ignominiosa e tipicamente sensacionalista, fotografias de alguns dos réus (extraídas indevidamente de seus prontuários na Unidade Prisional em que aguardam julgamento) foram estampadas de forma vil e espetaculosa, com o claro intento de promover-lhes o enxovalhamento e instigar a execração pública. Trata-se, sem dúvida, de mais uma manifestação da estratégia de uso irresponsável e inconsequente da mídia, não para informar, como deveria ser, mas para prejudicar o direito de defesa, criando uma imagem desfavorável dos acusados em prejuízo da presunção da inocência e da imparcialidade que haveria de imperar em seus julgamentos. Ainda que parcela significativa da população não se dê conta disso, essa estratégia de massacre midiático passou a fazer parte de um verdadeiro plano de comunicação, desenvolvido em conjunto e em paralelo às acusações formais, e que tem por espúrios objetivos incutir na coletividade a crença de que os acusados são culpados (mesmo antes de eles serem julgados) e pressionar instâncias do Poder Judiciário a manter injustas e desnecessárias medidas restritivas de direitos e prisões provisórias, engrenagem fundamental do programa de coerção estatal à celebração de acordos de delação premiada. Esta é uma prática absurda e que não pode ser tolerada numa sociedade que se pretenda democrática, sendo preciso reagir e denunciar tudo isso, dando vazão ao sentimento de indignação que toma conta de quem tem testemunhado esse conjunto de acontecimentos. A operação Lava Jato se transformou numa Justiça à parte. Uma especiosa Justiça que se orienta pela tônica de que os fins justificam os meios, o que representa um retrocesso histórico de vários séculos, com a supressão de garantias e direitos duramente conquistados, sem os quais o que sobra é um simulacro de processo; enfim, uma tentativa de justicamento, como não se via nem mesmo na época da ditadura (MELO et al, 2016, online).

O objetivo do presente trabalho não é analisar a aparente antinomia entre o direito à informação e o direito à imagem, contudo, é imprescindível ao leitor entender o poder que os meios de comunicação em massa podem ter sobre a opinião pública quanto à antecipação de culpa, inclusive sobre as autoridades que conduzem o inquérito ou processo.

Embora se tenha alcunhado aqui de “efeitos extraprocessuais” a abordagem da presunção de inocência por aqueles que não são Estado-juiz, Ministério Público ou Polícia, concorda-se com o fato de que esses agentes estatais também são afetados pelo poder dos comunicadores em massa. Nesse sentido, a nota de protesto também salienta tal dado:

Magistrados das altas Cortes do país estão sendo atacados ou colocados sob suspeita para não decidirem favoravelmente aos acusados em recursos e *habeas corpus* ou porque decidiram ou votaram (de acordo com seus convencimentos e consciências) pelo restabelecimento da liberdade de acusados no âmbito da Operação Lava Jato, a ponto de se ter suscitado, em desagravo, a manifestação de apoio e solidariedade de entidades associativas de juízes contra esses abusos, preocupadas em garantir a higidez da jurisdição. Isso é gravíssimo e, além de representar uma tentativa de supressão da independência judicial, revela que aos acusados não está sendo assegurado o direito a um justo processo

(MELO et al, 2016, online).

O princípio da não culpabilidade, portanto, não obstante a clareza de seu conteúdo e indubitosa importância, parece ainda não haver conquistado o mesmo destaque fora do âmbito forense. Até lá, talvez ainda se verifiquem outros inaceitáveis abusos por quem também deveria se submeter aos comandos legais.

2.3 Paradigma da presunção de inocência no Brasil antes do HC 126.292: O paradigma do HC 84.0787 julgado pelo STF

Desde o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7/MG, o princípio do estado de inocência ostentava interpretação porque o Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução de sentença condenatória, com o aprisionamento do acusado, salvo a hipótese de presente algum dos requisitos para se decretar a prisão preventiva, somente poderá se dar com o trânsito em julgado.

Firmou-se que, na prática, a prisão somente ocorrerá após o julgamento da 4ª Instância, pois fora disso o réu cumpre pena antecipada, mesmo condenado por uma decisão colegiada. Ressalte-se que os recursos admitidos aos Tribunais Superiores são de restrita possibilidade.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu, em 05/02/2009, por sete votos a quatro, o *Habeas Corpus* 84.0787, para permitir que Omar Coelho Vítor, condenado pelo TJ/MG por tentativa de homicídio qualificado (artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do CP), em regime inicialmente fechado, recorresse dessa condenação aos tribunais superiores em liberdade. A decisão do STF contrariou a Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os recursos especiais e extraordinários não impedem a prisão do condenado em decisão judicial de segundo grau.

O Ministério Público de Minas Gerais havia pedido ao Tribunal de Justiça daquele estado a decretação da prisão, já que o réu, conhecido produtor de leite da região, colocou à venda, em leilão, seu rebanho holandês, suas máquinas agrícolas e equipamentos de leite, demonstrando intuito de se furtar à aplicação da lei penal. O 1º Vice-Presidente do TJ/MG acolheu as ponderações do MP, decretando a prisão.

O risco de a ordem de prisão ser cumprida, além de seu Recurso Especial

ainda não haver sido apreciado, contudo, motivou Vítor a impetrar *Habeas Corpus* no STF. Entre os pedidos, estavam a suspensão da execução da pena e a inaplicabilidade do artigo 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual o Recurso Extraordinário não tem efeito suspensivo.

Em verdade, surgiram intensos debates entre os ministros, posicionando-se, de um lado, Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio (pela concessão do *Habeas Corpus*) e, de outro, os vencidos Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

A tese que prevaleceu foi a de que a prisão de Omar Coelho Vítor antes da sentença condenatória transitada em julgado era contrária ao artigo 5º, LVII da Constituição (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão). Por sua vez, a tese minoritariamente aceita foi a de que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias. Portanto, os recursos encaminhados aos tribunais superiores não deveriam ter efeito suspensivo.

Os ministros que defenderam a não concessão do HC sustentaram, inclusive, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, não assegura irrestrito direito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no país.

Ao proferir o último voto do julgamento, que acompanhou o majoritário do Relator Ministro Eros Grau, Gilmar Mendes admitiu a ineficiência da Justiça brasileira. Apesar disso, em decisão histórica, o STF, por maioria, acolheu uma visão absoluta do princípio do estado de inocência em detrimento da efetividade da justiça e da sociedade. Segundo Gilmar:

Eu tenho dados decorrentes da atividade no CNJ que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. E se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar, em alguns estados, 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória]. "Nos mutirões realizado pelo CNJ, encontraram-se presos no estado do Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada", relatou ainda o ministro. "No estado do Piauí, há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes, com a conivência da Justiça e do MP. Dos *habeas corpus* conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355, informou o presidente do STF. "Isto significa mais de um terço dos *habeas corpus*.

Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias – saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ – nós temos esse índice de concessão de *habeas corpus*. Entre REs e AIs [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo. De modo que eu tenho a impressão de que há meios e modos de lidar com esse tema a partir da própria visão ampla da prisão preventiva para que, naqueles casos mais graves, e o próprio legislador aqui pode atuar, e eu acho que há propostas nesse sentido de redimensionar o sentido da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, dá para ver que há um abuso da prisão preventiva, assinalou Gilmar Mendes. O ministro Celso de Mello tem liderado na Turma lições quanto aos crimes de bagatela. Em geral, se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dente, um chinelo. Portanto – concluiu –, não se cumpre minimamente aquela comunicação ao juiz para que ela atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva. Do contrário, o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar [a prisão]. De modo que estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal (MENDES, 2009 *apud* ARAÚJO, 2012, p.25- 27).

2.3.1 Análise crítica e impactos da decisão paradigmática

Interessantes as ponderações do Ministro Joaquim Barbosa, ainda por ocasião dos debates no Plenário do STF:

O leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável, afirmou. "Não existe em nenhum país no mundo que ofereça tamanha proteção. Portanto, se resolvermos politicamente – porque esta é uma decisão política que cabe à Corte Suprema decidir – que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o Recurso Extraordinário julgado por esta Corte, nós temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão (BARBOSA, 2009 *apud* ARAÚJO, 2009, p.25).

Acrescentou Barbosa (2009):

Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim. Sou relator de um rumoroso processo de São Paulo, só de um dos réus foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de minha relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Britto (BARBOSA 2009 *apud* ARAÚJO, 2012, p.24).

Embora tenha sido voto vencido, além dos inúmeros aplausos oriundos de advogados já vislumbrando as possíveis benesses para seus clientes, uma minoria de doutrinadores se manifestara contrariamente à escolha política do STF e optara por defender o enfoque do eminente Ministro (atualmente ex-Ministro).

A referida decisão não possuía força vinculante, ou seja, não obrigou que

os magistrados do país a adotassem. Na prática, contudo, como muito bem sintetizou Caires (2009):

[...] se o condenado pela segunda instância não conseguir ali mesmo permanecer em liberdade, basta ter fôlego – e dinheiro – suficientes para, ao recorrer, também impetrar *habeas corpus* até o STF e assim garantir o seu mais “novo” direito de permanecer solto por pelo menos uns dez anos depois do crime” (CAIRES, 2009, online).

Além disso, permitiu que milhares de presos já condenados em primeira e em segunda instâncias, mas com recursos pendentes de julgamento nos tribunais superiores, fossem colocados imediatamente em liberdade, mesmo sendo confessos.

Caires (2009) indica, ainda, através de exemplo, o descaso que o sistema penal brasileiro sofreu com o antigo paradigma:

Trocando em miúdos: se alguém matar ou estuprar ou roubar alguém de sua família, ou se desviar recursos públicos de sua cidade, caso não seja preso em flagrante, e ainda que confesse o crime, em regra apenas será preso depois de sua condenação ser confirmada pela quarta instância, na melhor das hipóteses, dez anos depois, até porque na quarta instância (STF) só existem 11 juízes para todo o Brasil, e mesmo assim será preso apenas se o crime não houver prescrito pelo tempo decorrido entre a condenação da primeira instância e a (distante) data do trânsito em julgado daquela condenação” (CAIRES, 2009, online)

A certeza da impunidade que tanto prevaleceu na consciência do cidadão comum acentuou-se ainda mais. Isso porque se tomou o princípio da presunção de inocência como praticamente absoluto, irrestrito, em detrimento de diversos outros interesses da sociedade.

Sabe-se da morosidade da justiça que, muitas vezes, somente chega muitas décadas depois. Permitir que o condenado em segundo grau continuasse em liberdade, aguardando julgamento de recursos protelatórios, significou, em último sinal, comungar, de forma prática, com a impunidade criminal e presentear os condenados com o “benefício” da prescrição.

Em nenhum país do mundo, ressalte-se, é debatido se o preso deve ou não ser algemado, se o Ministério Público pode investigar crimes ou se o acusado precisa aguardar julgamento na quarta instância para ser preso. O Brasil, infelizmente, parece estar solapando os alicerces básicos de um Estado que preza pela dignidade e segurança de seus cidadãos.

A preservação do estado de inocência foi erguida ao patamar mais

elevado para encobrir uma resposta concreta dos agentes responsáveis pela repressão ao crime. Discute-se muito a falta de policiais, o sucateamento das instituições de segurança, além do reduzido número de promotores e juizes. Do que adiantaria, portanto, reverter esse quadro de descaso com os cidadãos se a mais alta corte ainda adota interpretação incompatível com o bem coletivo?

A criminalidade é um fenômeno plural, complexo e impossível de ser reduzido a “achismos” ou concepções destoantes do mundo prático. A ausência de uma resposta estatal em tempo útil configuraria nítido reforço para a prática de delitos. Cite-se, como exemplo, o crescente poder do crime organizado, instalado em todas as camadas sociais, e a dificuldade em se combatê-lo.

Essas organizações delituosas que se beneficiam da morosidade da justiça tendiam a ganhar mais força. A postergação da prisão, em verdade, longe de ser uma garantia ao réu já condenado em segunda instância, é uma mola que impulsiona quem já decidiu livremente agir à margem da lei. Imagine, portanto, aqueles que se organizaram estrutural e economicamente.

2.4 Casos práticos a partir do paradigma anterior

Para corporificar o presente trabalho, a fim de que não destoe da realidade que o cerca, e com o objetivo de torná-lo mais interessante, imperioso se faz adentrar em casos paradigmáticos que bem ilustram o que foi a aplicação do entendimento anteriormente prevalecente no Supremo Tribunal Federal e adotado Brasil afora por diversos tribunais.

Os fatos aqui citados se destinam tão-somente para finalidades acadêmicas e, longe de se querer atribuir qualquer juízo negativo aos envolvidos, objetiva-se exemplificar a morosidade de uma resposta definitiva pelo Poder Judiciário a partir da “absolutização” da presunção de inocência.

Visando a tal fim, então, foram escolhidos dois casos notórios para cumprir tal desiderato. O primeiro se refere ao réu Antônio Marcos Pimenta Neves, ex-analista da área de Economia e ex-diretor de Redação do jornal *O Estado de São Paulo*, que se tornou nacionalmente conhecido por ter assassinado, em 2000, a namorada, jornalista Sandra Gomide, em um haras de propriedade do pai da vítima, no interior de São Paulo. O outro caso a ser citado é o que diz respeito ao empresário Flávio Carneiro, acusado de ter assassinado a esposa Ethel Angert

Carneiro; o crime aconteceu em 15 de outubro de 1992, em Fortaleza-CE, durante uma ação de despejo numa das lojas do empresário.

2.4.1 O caso Pimenta Neves

A jornalista Sandra Gomide tinha 32 anos quando foi assassinada pelo ex-namorado e também jornalista, Antonio Marcos Pimenta Neves, de 63 anos, então diretor de redação do jornal *O Estado de São Paulo*. O crime aconteceu no dia 20 de agosto de 2000, em um haras na cidade de Ibiúna. Curiosamente, Pimenta Neves assumiu a autoria horas depois do crime. O julgamento, no entanto, só aconteceria seis anos depois e a sentença judicial só seria aplicada onze anos após o assassinato.

Vítima e autor se conheceram no final de 1995, quando aquela trabalhava como repórter no jornal *Gazeta Mercantil* e este havia sido contratado para assumir a direção do veículo. Em 1997, Pimenta Neves transferiu-se para o jornal *O Estado de S. Paulo* e contratou a jornalista. Depois de algum tempo, Sandra se tornaria chefe do caderno de Economia do jornal. Porém, após terminar o namoro de quatro anos, Pimenta a demitiu acusando-a de incompetente e entrou em contato com chefes de outros veículos para que ela não fosse mais contratada.

Quinze dias antes do crime, Pimenta Neves invadiu o apartamento de Sandra, agrediu-a com dois tapas e, ainda, ameaçou-a de morte. A jornalista chegou a registrar boletim de ocorrência e o inquérito foi instaurado. Sandra seria ouvida no dia 28 de agosto. Para protegê-la, a família da repórter contratou um segurança particular, que foi dispensado pouco tempo depois, pois nem ela nem os familiares acreditavam que um dia Pimenta cumpriria as ameaças. Para evitar novas invasões, ela trocou a fechadura do apartamento.

Segundo o pai de Sandra, Pimenta Neves apresentava comportamento possessivo e já havia apontado outras vezes uma arma para a cabeça da vítima. Durante o inquérito policial, foi confirmado que o telefone de Sandra estava grampeado.

Notícia Brandino (2014) que:

No dia do assassinato, o dono do haras de Ibiúna, Deomar Setti, relata que Pimenta Neve passou o dia no local, cuidando dos cavalos e observando o

movimento dos carros que passavam pela estrada. Ele foi convidado para um churrasco que acontecia no local, mas recusou o convite e foi embora. Já na estrada, reconheceu o carro de Sandra chegando ao local e voltou. O capataz do haras, João Quinto de Souza, observava à distância quando o jornalista parou o carro, foi até a ex-namorada e tentou uma conversa. Os dois discutiram, Pimenta pegou Sandra pelo braço e tentou empurrá-la para o carro. Ela conseguiu se desvencilhar e correu, quando foi atingida por um tiro no meio das costas. Sandra caiu e Pimenta se aproximou e deu um segundo tiro no ouvido esquerdo da jornalista (BRANDINO, 2014, online).

Assim, segundo o desenrolar dos fatos, que são públicos e notórios, tem-se que: em 13/06/2002, o réu foi pronunciado. Em 05/05/2006, após três dias de julgamento, o Tribunal do Júri da Comarca de Ibiúna/SP o condenou à pena de 19 anos, dois meses e 12 dias de reclusão por homicídio qualificado pelo motivo torpe e pela impossibilidade de defesa da vítima. Mais de quatro anos depois, o TJSP deu parcial provimento à apelação para reduzir a pena para 18 anos de reclusão.

Inconformado, o réu recorre. O Recurso Especial chegou ao Superior Tribunal de Justiça em 11/12/2007 e foi julgado pela 6ª Turma quase um ano depois, quando foi publicado o acórdão que reduziu a pena para 15 anos de reclusão (a publicação se deu em 20/10/2008). Em 11/12/2008, foram rejeitados embargos declaratórios. Quase dois meses depois, foram interpostos embargos de divergência, rejeitados pela 3ª Seção, em 12/08/2009.

Com base na última pena fixada em concreto – 15 anos – o prazo da prescrição da pretensão punitiva era de 20 anos (CP, art. 109, I), reduzindo-se à metade por causa da idade do réu, maior de 70 anos. O último marco interruptivo foi a sentença condenatória, publicada após o veredicto dos jurados, em 05/05/2006. Logo, a prescrição seria consumada em 05/05/2016.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o último recurso de Pimenta Neves e determinou a execução imediata da sentença condenatória. Pimenta permaneceu em regime fechado por dois anos e quatro meses. Em setembro de 2013, a Vara de Execuções Criminais de Taubaté concedeu o regime semiaberto ao jornalista, por bom comportamento.

Ante tais acontecimentos, questiona-se: é razoável a tese da presunção de inocência inviabilizar a prisão de um homicida confesso, até que a 4ª e última instância finalmente possa determinar sua prisão, que aquela altura já estaria próxima da prescrição? Qual a efetividade da norma penal frente a criminosos bem assessorados juridicamente, que se beneficiam de interpretações destoantes da realidade? Pimenta Neves cometeu crime cruel e passou a esmagadora maior parte de sua

vida em liberdade, beneficiando-se da “presunção de inocência”, não obstante sua confissão.

Conclui-se com as ponderações feitas por DINIZ (2009):

O jornalista Antonio Pimenta Neves tem sorte de ser brasileiro. Se fosse cidadão dos Estados Unidos, da Itália, da França, da Espanha, de Portugal, da Argentina, da Colômbia ou da Costa Rica, e tivesse cometido em um desses países o crime que cometeu aqui, a probabilidade de estar fora da cadeia seria praticamente nula. Em agosto de 2000, o jornalista, então diretor do jornal *O Estado de S. Paulo*, matou a tiros a ex-namorada e também jornalista Sandra Gomide, de 32 anos. O crime completou nove anos no mês passado e Pimenta Neves – réu confesso, julgado e condenado em primeira e segunda instâncias – continua livre como um pássaro. Pior que isso: as chances de que ele nunca vá para a cadeia – ou de que, ao final de tudo, venha a passar não mais do que um ano e onze meses lá – são escandalosamente reais. [...] O princípio da presunção da inocência já livrou o jornalista da cadeia em três ocasiões. Em 2001, foi o principal argumento usado pelo ministro do STF Celso de Mello para conceder-lhe o *habeas corpus* que encerrou sua breve estada na cadeia (sete meses). Em 2006, quando ele foi condenado pelo Tribunal do Júri de Ibiúna a dezenove anos de prisão, o juiz permitiu que apelasse em liberdade citando jurisprudência do STF baseada na presunção de inocência. Por fim, no mesmo ano, quando sua condenação foi confirmada pelo TJ de São Paulo e os desembargadores mandaram prendê-lo, seus advogados conseguiram-lhe um *habeas corpus* no STJ – novamente escorado na presunção de inocência. Neste momento, a defesa de Pimenta tenta de novo anular o júri de 2006. Se o recurso for aceito, na prática, ele estará livre para sempre. Se for negado, o jornalista ainda tem o direito de recorrer ao STF – e por mais de uma vez. Apenas quando (e se) o pedido for negado em definitivo é que Pimenta terá de cumprir sua pena. Descontados, porém, os sete meses que ficou preso, restarão apenas um ano e onze meses de cadeia para que ele possa ir para o regime semiaberto. O princípio que sustenta a liberdade de Pimenta Neves norteia as constituições mais modernas do mundo – ele existe para garantir que o réu não cumpra uma punição injustamente. Em países como os Estados Unidos, porém, ele não é absoluto – o que quer dizer que não se aplica, por exemplo, a réus confessos. "Lá, a presunção de inocência existe no grau máximo só quando não há indícios de que o acusado cometeu o crime. Quem confessa abre mão desse princípio", diz o promotor Marcelo Cunha de Araújo. "Na maioria dos países democráticos, o acusado já estaria preso", afirma o criminalista Ricardo Alves Bento. De fato, no que se refere ao jornalista, que inocência há para presumir, uma vez que ele próprio admitiu que matou Sandra? "Nesse caso, as garantias da lei estão sendo usadas como recurso meramente protelatório", diz a procuradora Luiza Nagib Eluf. E é nesse ponto que concordam conservadores e liberais, advogados e promotores: se os réus não pudessem entrar com dezenas de recursos para tumultuar os processos e a Justiça fosse mais célere, aberrações como a de Pimenta Neves não existiriam. Recursos jurídicos servem para evitar que o acusado seja vítima de arbitrariedades. Mas, no Brasil, frequentemente são usados para fim bem menos nobre: o de perpetuar a impunidade [...] (DINIZ, 2009, online).

2.4.2 Caso Flávio Carneiro

Ethel Angert Carneiro teve sua vida ceifada pelos tiros efetuados por seu

ex-marido, Flávio Carneiro, por volta das 19 horas do dia 15 de outubro de 1992, dentro de uma filial da loja Tok Discos, que pertencia ao casal, localizada na Rua Guilherme Rocha, nº 180, no térreo do Edifício Jalcy Metrópole. O crime foi passionai e aconteceu durante um despejo judicial que ocorria na loja. O casal havia se separado e estava em litígio pelos bens. Ethel foi morta pelo marido com vários tiros de pistola. Flávio Carneiro fugiu, mas foi preso três dias depois, pela Polícia Civil.

O primeiro julgamento do autor só foi realizado no dia 15 de setembro de 2006, no qual se obteve a sua condenação a 13 anos de prisão. A defesa, contudo, recorreu alegando que o réu fora julgado contra prova dos autos. A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará decidiu mandar Carneiro a novo júri popular, em decisão oposta ao parecer da Procuradoria-Geral de Justiça; ou seja, passados mais de 18 anos do crime, a Justiça decidia ainda pelo segundo julgamento.

Em outubro de 2009, o TJCE confirmou a pena de 13 anos imposta a Flávio Carneiro. Contudo, novo recurso foi impetrado. Dessa vez, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, o REsp 1243687/CE, autuado em 24/03/2011 e julgado pela sexta Turma somente em 24/04/2014, com publicação da decisão em 9 de maio do mesmo ano.

Mais um recurso impetrado. Lê-se que, em 28/09/2015, o processo físico com mais de 1300 páginas é remetido ao Supremo Tribunal Federal. Não é difícil presumir que, se coubessem, ainda, mais dez recursos em espécie, muito provavelmente o réu usaria todos. O que se torna desafiador é assimilar que, passados quase 24 anos após o bárbaro crime, o autor continua em total liberdade, beneficiando-se da presunção de inocência, pois mesmo que três instâncias o tenham condenado, ele não poderia ser, em hipótese alguma, presumido culpado.

Eis a fórmula que, de maneira desproporcional e desarrazoada, permitia a inúmeros réus com condições econômicas de desfrutar de bons advogados preservarem sua liberdade: amplo arsenal de recursos admitidos na esfera processual penal, além do inabalável dogma da preservação da inocência, manto intangível até um exaustivo e demasiado demorado pronunciamento definitivo pela 4ª instância. As considerações tecidas acima sobre o caso Pimenta Neves se amoldam muito bem aqui.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

O homem não está sozinho no mundo. E mesmo a sociedade na qual está inserido faz parte de um conjunto de diversas outras espalhadas sobre o globo terrestre, contando cada qual com identidade própria.

O Direito, como ciência cultural, e sob o enfoque da norma positivada, reveste-se de um pluralismo ímpar, até porque reflete os valores e aspirações de um dado povo que nem sempre coincidem necessariamente com os de outros.

O Direito Penal e Processo Penal, por conseguinte, como tutelam os bens considerados mais importantes pelos povos mundo afora, acabam por serem ramos mais individualizados frente a outros da ciência jurídica. Isso porque o mero fato de um bem ser relevante para a sociedade X não quer dizer que será para a Y, ou o grau de tutela de um mesmo bem em certo lugar pode ser bastante diferenciado em outro, até mesmo vizinho ao primeiro.

Exemplo interessante é a tipificação da homossexualidade em determinados países, sendo punida até mesmo com a morte, no caso de algumas sociedades do Oriente Médio, ao passo que, em outros locais, o Estado reconhece oficialmente o casamento de pessoas do mesmo sexo, com todos os direitos inerentes ao instituto já reconhecidos para casais de sexos diferentes.

Apesar de o estudo do Direito Comparado conduzir a realidades tão discrepantes, como no caso acima, nem sempre esse será o desfecho.

O objetivo do presente capítulo será analisar o panorama atual dos ordenamentos jurídicos estrangeiros quanto à execução provisória da pena. Assim, o intento é o de enriquecer o presente estudo abordando o tratamento dessa questão em outros países, tanto deste continente quanto de outros.

É salutar recordar o trecho do voto da Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do *Habeas Corpus* 85886 de 06/09/2005. A Ministra ressaltou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema¹. A análise da situação de alguns países parece corroborar com a colocação da Ministra e induzir que o Brasil, de forma desarrazoada, anda na contramão do mundo.

Ante o exposto, selecionaram-se alguns países cujo ordenamento será

¹ Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=85886&classe=HC>> Acesso em 05 de maio de 2016.

aqui discutido. São eles: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Portugal e Argentina.

3.1 Inglaterra

O Direito inglês é reconhecido mundialmente como expoente das liberdades individuais que blindam o cidadão frente ao arbítrio estatal. Há quem defenda que as ideias iniciais do princípio da presunção de inocência surgiram na Inglaterra, no corpo da Carta Magna de 1215, em seu capítulo 39.

No século XVII, já se reconhecia, nas Ilhas Britânicas, o direito do condenado de poder responder a seu processo em liberdade, sob prestação de fiança. Alguns crimes, contudo, diante de sua gravidade, afastavam tal possibilidade. Já dispunha o “*Habeas Corpus Act 1679*” que o magistrado deveria libertar o acusado da prisão tomando uma garantia, a menos que o crime fosse insuscetível de fiança.

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

A libertação pela fiança não é automática, e a instância inferior não a reconhece na sentença. O direito é concedido pelas Cortes nas quais foram interpostos os recursos e é julgado já no exame de mérito recursal. Vigora, no Direito inglês, o princípio segundo o qual as sentenças condenatórias têm aplicabilidade imediata.

Em 2003, o “*Criminal Justice Act*” inseriu modificações significativas no Processo Penal Britânico tratando de vários temas, incluindo os poderes da polícia, o sistema de recursos e o sistema do júri. O “*Criminal Justice Act 2003*” representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à “*High Court*” versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da “*Crown Court*”.

Especificamente quanto à fiança, o “Act” de 2003 reformou o antigo “*Bail Act 1976*”. Assim, o condenado a crimes relacionados a drogas da “Classe A” (como

a cocaína) perdia o direito de liberdade provisória sob fiança, ou seja, deveria aguardar preso o julgamento de seu recurso às Cortes superiores.

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

Conforme se percebe, mesmo no país arauto dos direitos do cidadão contra os abusos do Estado, o princípio da presunção da inocência não é interpretado de forma absoluta, mas sim, respeitam-se as decisões das primeiras instâncias.

3.2 Estados Unidos

A ideia do devido processo legal nos Estados Unidos se confunde com a própria formação constitucional no século XVIII. Antes da formação da confederação, a Constituição do Estado de Maryland de 11 de novembro de 1776 já incorporava do conteúdo da Magna Carta o *due process*.

O Estado de Nova Iorque, quando de sua adesão à Federação, pediu ao Congresso para que se adicionasse a expressão “*due process*” à Constituição do novo Estado. Coube a James Madison, então, a redação do dispositivo na Constituição Americana. O *due process* passou a integrar a Quinta Emenda com outros direitos civis.

Segundo FRIESCHEISEN *et al* (2015):

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário das 5^a, 6^a e 14^a emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre caso “Coffin versus Estados Unidos”, em 1895. Na decisão final, a Suprema Corte dispôs que “o princípio segundo o qual existe uma presunção de inocência em favor do acusado é, sem dúvida, legal, axiomático e elementar e seu reforço provém da fundação da administração de nossa lei criminal (FRIESCHEISEN, *et al.*, 2015, p.18).

Imprescindível relatar que o Código de Processo Penal Americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os 50 Estados, dispõe, no artigo 16, que: “se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo.”

Conclui-se, então, que os direitos civis – entre eles, o direito à presunção da inocência, que compõe o devido processo legal – estão na raiz da sociedade americana, que os prestigiam desde os primórdios das fundações constitucionais

daquele país.

Não é contrassenso, contudo, o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code)². Frise-se que a subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

O próprio US Code prevê formas de se aguardar em liberdade enquanto da tramitação do recurso através da fiança (*Bail appeal*) ou da suspensão da pena durante o processo (*held in abeyance while appeal*), mas os institutos são limitados e dificultados pelos inúmeros requisitos a serem preenchidos; ou seja, recorrer em liberdade não é a regra geral.

Prosseguem Friescheisen *et al.* (2015):

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta à consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes.” Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”. Segundo a Embaixada, “a regra do devido processo legal, tão cara também ao sistema legal brasileiro, lá é tida por satisfeita já na entrega jurisdicional de ‘primeiro grau’, não havendo necessidade de prosseguimento de julgamento por instâncias diferentes (FRIESCHEISEN, *et al.*, 2015, p.18).

Mais facilmente visualiza-se o alcance da presunção de inocência a partir da curiosa Lei de Megan, que ilustra bem a dogmática estadunidense quanto ao assunto.

Megan Kanka era uma pequena estadunidense de sete anos que vivia num subúrbio de New Jersey, Estados Unidos, quando, atraída com a promessa de seu vizinho para juntos verem seu novo cachorro, foi violada, estrangulada, morta e depois violada novamente.

A ideia de que um pedófilo com um histórico de condenações pudesse viver a 30 metros de uma família com três filhos pequenos sem que ninguém o soubesse chocou a população norte-americana de forma tão intensa que 89 dias depois do crime nasceu a “Lei de Megan,” cujo nome claramente cumpre o propósito de homenagear a garotinha.

A lei inspirou legislações em outros países, como Irlanda e Austrália.

² Disponível em < <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18> > Acesso em 10/06/16.

Ainda hoje, 20 anos depois, fala-se da “lei de Megan da Irlanda” ou da “lei de Megan da Austrália”.

Desde 1996, quando da promulgação da lei, e obedecendo ao seu comando, todos os estados são obrigados a tornar público que um pedófilo com condenações mudou sua residência para determinada área. Apaixonantes debates se seguiram acerca da constitucionalidade e eficácia da nova lei. O congressista de New Jersey que a propôs não esperava controvérsia. Megan estaria viva se a lei existisse, argumentou. O democrata Bill Clinton, então Presidente, ofereceu uma argumentação simples: “Nenhum direito está acima do direito de os pais poderem educar os seus filhos com amor e segurança.”

Assim, as autoridades tornam disponíveis para a população uma lista contendo registro dos condenados por crimes sexuais. Todos os estados americanos decidem, individualmente, quais informações devem constar do registro dos criminosos sexuais e como será disseminada tal lista. Não é incomum o registro público conter o nome, a foto, o endereço, o tempo de cumprimento da pena e a natureza do crime. As informações são comumente encontradas em sites da internet de acesso livre e gratuito, mas podem ser publicadas em revistas, distribuídas em panfletos, ou divulgadas por qualquer outro meio.

Na esfera federal, a lei de Megan é conhecida como "*Sexual Offender (Jacob Wetterling) Act of 1994*", de modo a forçar as pessoas condenadas por crimes sexuais contra crianças a comunicar/notificar as autoridades locais judiciais a respeito de qualquer mudança de endereço ou de emprego após a saída da custódia oficial do Estado (prisão, hospital psiquiátrico, etc.). A imposição da exigência de comunicar/notificar as autoridades judiciárias pode ser por certo e determinado período de tempo ou de maneira permanente.

Longe de querer adentrar no mérito da referida lei, no contexto do presente estudo, cabe a seguinte colocação: quais seriam os limites entre a presunção de inocência e a proteção da sociedade frente a criminosos muitas vezes reincidentes por sua própria condição? Parece que os norte-americanos preferiram adotar precipuamente a proteção seguindo em quase descaso com a primeira garantia.

3.3 Canadá

Assim como a Inglaterra, o Canadá não tem Constituição escrita. Um dos principais elementos que compõem o “código constitucional” canadense é a Carta de Direitos e Liberdades, que dispõe na seção 11, “d” que qualquer pessoa acusada de uma ofensa tem o direito de ser presumida inocente até a prova da culpa de acordo com a lei em um julgamento público e justo por um tribunal independente e imparcial.

Mesmo assim, a garantia da presunção da inocência não impede o início do cumprimento da sentença logo depois de exarada a sentença. O Código Criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja cumprida.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso paradigmático *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não conduz à impossibilidade de prisão de um acusado antes que seja estabelecida a culpa além de alguma dúvida.

Após a sentença de primeiro grau, a pena será automaticamente executada. Há exceções, como a possibilidade de fiança, mas desde que preenchidos requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*³, válido em todo o território Canadense.

3.4 Alemanha

Na Alemanha, o princípio da presunção da inocência é de fundamental importância. O período pós-nazismo e a herança das regras liberais da antiga República Federal Alemã incutiram, no pensamento jurídico, um grande e efetivo respeito às liberdades civis e aos direitos do cidadão frente ao Estado.

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (*Strafprozessordnung*)⁴ prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. Assim, têm efeito suspensivo a apelação (§316 StPO) e a revisão (§343 StPO). Todavia, não obstam a execução imediata à interposição do pedido de restauração da situação anterior (§47 StPO), da reclamação (§307 StPO) e da revisão criminal (§360 StPO).

³ Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>> Acesso em 09/06/2016.

⁴ Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>> Acesso em 09/06/2016

O Tribunal Constitucional decidiu que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (*Rechtskraft*) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (*Verfassungsbeschwerde*).

Assim, as decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são as que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

3.5 Portugal

O princípio da presunção da inocência está inserido na Constituição Portuguesa de 1976⁵ dentre os Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais. Assim é que estabelece o nº 2 do art. 32 que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”

Informam Friescheisen *et al.* (2015):

A garantia dessa presunção, contudo, não é óbice ao Princípio da “Execução Imediata” que vigora no direito português. Diz Maia Gonçalves que “radica esse princípio na necessidade de assegurar a exemplaridade da condenação, satisfazendo-se, assim, os fins de prevenção especial e geral das penas e porque seria desumano retardar o cumprimento, pois isso poderia até, em alguns casos, implicar uma penalização suplementar. Este princípio, embora não expressamente formulado no Código, contém nele vários afloramentos, maxime nos arts. 469º e 485º, nº 4 e no instituto da contumácia e pode admitir restrições radicadas em razões humanitárias (FRIESCHEISEN, *et al.*, 2015, p.21).

O Código de Processo Penal português⁶ estabelece o efeito suspensivo dos recursos, contudo, já é certo na jurisprudência que essa suspensão dos efeitos não se aplica ao Tribunal Constitucional. Nesse sentido, temos decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que considera:

I – o art. 408 do CPP refere-se a recursos ordinários da ordem jurídica comum com o regime previsto no mesmo diploma, não se aplicando o respectivo efeito suspensivo aos recursos para o Tribunal Constitucional. II – Assim, após a prolação pelo STJ [Supremo Tribunal de Justiça] de acórdão

⁵ Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 09/06/2016.

⁶ Disponível em < <http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>> Acesso em 09/06/2016.

condenatório em pena de prisão, o arguido preso preventivamente passará à situação de cumprimento de pena, ainda que haja sido interposto recurso para o Tribunal Constitucional.⁷

O Tribunal Constitucional Português interpreta o Princípio da Presunção de Inocência com restrições. As decisões desta mais alta corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares. Vê-se:

[...] Da literalidade de tal preceito resulta que o Diploma Básico não impõe, quanto àquela excepção ao direito à liberdade e segurança, que o acto judicial determinativo da privação da liberdade tenha de assumir característica de definitividade, pelo que se há de concluir que, neste particular, o legislador constituinte remeteu para a norma ordinária a questão da imediata exequibilidade das sentenças judiciais condenatórias impositoras de pena de prisão ou da aplicação de uma medida de segurança. Por outro lado, a presunção de inocência, que é constitucionalmente definida pelo nº 2 do artigo 32º até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutiva de alteração da decisão tomada em sede recursória, decisão essa que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao juízo constante da sentença impositora de pena de prisão e que, por motivos ligados a uma actuação considerada pelo tribunal de recurso como manifestamente obstativa ao cumprimento do julgado por este tribunal, levou o mesmo a extrair traslado e a determinar que o processo fosse remetido ao tribunal recorrido, a fim de aí prosseguirem seus termos. Sustentar-se que a presunção de inocência inserta no nº 2 do artigo 32º da Constituição acarreta, inelutavelmente, a impossibilidade de ser executada a decisão judicial antes do respectivo trânsito, implicaria, no limite, que seriam contrárias a tal preceito disposições legais de onde resultasse *verbi gratia*, que era possível a execução de uma medida de coacção de prisão preventiva, determinada obviamente por acto judicial, enquanto este se não tornasse firme na ordem jurídica. Não foi, seguramente, com esse propósito que o legislador constituinte arvorou a garantia da presunção de inocência. [...]. (Acórdão do Tribunal Constitucional Português nº 547/04 no processo 679/2004, 3ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento: 21/07/2004).

3.6 Argentina

O ordenamento jurídico argentino contempla o princípio da presunção da inocência, nas disposições do artigo 18, da Constituição Nacional⁸:

Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado em ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de

⁷ 1 Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 1999, Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, pág. 160.

⁸ Disponível em < <http://www.senado.gov.ar/delInteres> > Acesso em 09/06/2016.

la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino em virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa em juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará em qué casos y com qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas polífticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos enellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar los más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Não se obsta, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, dispõe o Código de Processo Penal Federal⁹ que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do artigo 494. A execução imediata da sentença é prevista no artigo 495 do CPP, que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada: a) contra mulher grávida ou b) que tenha filho menor de seis meses no momento da sentença, ou c) se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida:

Pena privativa de La libertad Art. 494. – Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, se ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis (6) meses y no exista sospecha de fuga. En este caso, se le notificará para que se constituya detenido dentro de los cinco (5) días. Si el condenado estuviere preso, o cuando se constituyere detenido, se ordenará su alojamiento em la cárcel penitenciaria correspondiente, a cuya dirección se le comunicará el cómputo, remitiendo se le copia de la sentencia. **Suspensión** Art. 495. - La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente em los siguientes casos: 1°) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga um hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2°) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere em peligro su vida, según El dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente.

4. NOVO PARADIGMA DO STF A PARTIR DO JULGAMENTO DO HC 126.292

A quarta-feira do dia 17 de fevereiro de 2016 foi um dia histórico para o Supremo Tribunal Federal e para o Brasil. Isso porque, depois de mais de cinco anos de posicionamento contrário, a mais alta Corte mudou sua interpretação, decidindo pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau.

⁹ Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em 09/06/2016.

Em artigo especialmente feito para o livro em homenagem aos 25 anos do Ministro Marco Aurélio no STF, em junho de 2015, o Ministro Gilmar Mendes já sugeria que o tema, em breve, deveria ser enfrentado pelo STF. Considerava que, até aquele momento, não havia como prever se o Supremo Tribunal acolheria a proposta de nova análise do tema. E ainda que, se viesse a julgar novamente a questão, teria que confrontar seu anterior precedente com a devida consideração e respeito, solidificado a partir da firme posição do Ministro Marco Aurélio.

Ainda quanto ao supracitado artigo, Mendes (2015) sinalizava, de certa forma, seu voto:

Seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado (MENDES, 2015, online).

Por maioria dos votos, sete a quatro, o plenário alterou, então, seu entendimento ao analisar um pedido de *Habeas Corpus* que questionava a expedição de um mandado de prisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo sem que a sentença tivesse transitado em julgado. Votaram pela liberação da prisão os ministros Teori Zavascki, relator do caso, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Celso de Mello e o presidente da corte, Ricardo Lewandowski, posicionaram-se contra a alteração.

4.1 O contexto da decisão¹⁰

Naquele dia histórico, o julgamento em pauta era o do *Habeas Corpus* 126.292/SP, que fora impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferira o pedido liminar no HC 313.021/SP.

Constam nos autos dessa ação constitucional que o paciente foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado: de acordo com a acusação, o paciente, em 28/06/2003, juntamente com um cúmplice, teria subtraído da vítima,

¹⁰ A propósito, ver inteiro teor do acórdão do HC 126.292/SP, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 20/05/16.

sob a mira de um revólver, a quantia de R\$ 2.600,00 (art. 157, § 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade. A defesa, contudo, recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 0009715-92.2010.8.26.0268/SP), que, além de negar provimento ao recurso, ainda determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente.

Contra tal ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, quando então o Ministro Presidente dessa Corte indeferiu o pedido de liminar pleiteado, sob o argumento de que seria inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisão do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial. Adentrou ainda o Ministro no fato de que, diante do substitutivo equivocado impetrado pela defesa, o Tribunal *ad quem* poderia reconhecer de ilegalidade, caso houvesse. Todavia, a prisão decretada pelo TJSP, após confirmar a sentença de 1º grau, não destoava da legalidade, segundo entendimento do Ministro.

No HC 126.292 endereçado então ao Supremo Tribunal Federal, o impetrante alegava, em síntese, que: (1) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (2) o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação sua, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (3) a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (4) sua prisão não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requeria, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade.

Ora, em seu voto, o Relator Ministro Teori Zavascki já consignava que a questão a ser enfrentada não dizia respeito à prisão cautelar, mas sim à execução provisória da pena, ou melhor, da sua legalidade antes do trânsito em julgado da decisão, isso porque o TJSP, ao negar o recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da pena, em claro confronto com o paradigma exposto no HC 84.078/MG.

4.2 Os fundamentos apresentados pelo Relator do HC 126.292

Como já exposto acima, a maioria dos Ministros entendeu ser cabível a

referida execução provisória da pena. A seguir, os argumentos do Relator Teori Zavascki para se posicionar a favor de tal tese:

- a) A possibilidade de execução provisória da pena não é tese inédita no STF. A nossa Suprema Corte, mesmo na vigência da Constituição de 1988, já se posicionara, em situação análoga, que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirma sentença penal ainda recorrível. Ementa dessa decisão a seguir:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido (HC 68.726, relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 28/6/1991).

- b) Em diversas outras oportunidades, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, mesmo que pendente julgamento de recurso especial ou extraordinário. Estão esses entendimentos consignados nos seguintes documentos: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004. No mesmo sentido, são citadas as ementas:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. *Habeas corpus* denegado. (HC 91675, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, publicado em 07/12/2007)

(...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA (HC 70.662, Relator Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, publicado em 04/11/1994).

- c) É no juízo ordinário da apelação que fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a eventual fixação de responsabilidade penal do acusado. É ali que, genuinamente, concretiza-se o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua totalidade, mediante o efeito devolutivo da matéria deduzida na ação penal, tendo ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu, permaneceria intangível o direito de permanecer em liberdade durante esse segundo juízo, ressalvados os casos em que for decretada prisão cautelar. Define-se, portanto, à exceção da revisão criminal, que é nas instâncias ordinárias que a possibilidade do exame de fatos e provas se exaure, estabelecendo a própria responsabilidade criminal do acusado.
- d) Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do princípio do duplo grau de jurisdição, já que não são recursos de ampla devolutividade, porquanto, não se destinam à análise fático-probatória. Analogamente, ocorreria espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa nas vias ordinárias. Os recursos ainda cabíveis para o STJ e STF (recurso especial e extraordinário, respectivamente) têm âmbito de cognição restrito à matéria de direito. Tendo havido, portanto, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e, até mesmo, a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.
- e) A execução provisória da pena, após decisão confirmada por Tribunal, não compromete o núcleo essencial da não culpabilidade, desde

que o acusado tenha sido tratado como inocente no curso de todo o processo criminal, observando-se os direitos e garantias a ele inerentes e respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.

Na interessante lição de Mendes apud Zavascki:

No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se defluiu que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável. Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'. Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...) Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

- f) O cenário internacional parece confirmar que o Brasil é exceção ao permitir que o réu permaneça em liberdade, mesmo que esgotadas as vias ordinárias e pendentes apenas as extraordinárias. Os ordenamentos jurídicos da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina, entre outros, depois de observado o duplo grau de jurisdição (muitas vezes apenas o primeiro), o condenado já inicia o cumprimento da pena.
- g) O Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que, efetivamente, transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevantes, portanto, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. Mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, têm se mostrado restritas as hipóteses de êxito do re-

corrente, porquanto os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se destinam a adentrar na discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

- h) Cumpre ao Poder Judiciário ser o guardião do processo e de todos os seus corolários, como a efetividade. Desta forma, a adoção da tese de que os recursos especial e extraordinário teriam apenas efeito devolutivo melhor se harmoniza com o princípio da presunção de inocência e com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.
- i) Ainda que ocorram equívocos nos juízos condenatórios das vias ordinárias, o ordenamento jurídico pátrio fornece os meios adequados para corrigi-los, não sendo necessária a manutenção da permissividade da liberdade do réu em qualquer hipótese de impetração de recurso. O *habeas corpus*, exemplificando, compõe o arsenal de vias processuais com o fito de controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da errônea condenação do acusado. Ademais, medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial são instrumentos eficazes para controlar excessos. Em outras palavras, havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o Tribunal Superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo a equivocada pena cominada e sua execução provisória.

4.3 A constitucionalidade do paradigma

O primeiro ponto nevrálgico a ser discutido aqui é a própria constitucionalidade da tese vencedora no STF, qual seja a possibilidade de execução provisória da pena após confirmação de condenação em segundo grau.

É cediço o conteúdo do art. 5º, LVII da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. *Prima facie*, o comando parece bastante claro: o juízo definitivo sobre a culpa criminal do réu somente se esgota quando resolvido por decisão da qual não caiba mais recurso. Logo, a idéia de execução provisória da pena parecer ir de encontro com este dispositivo.

Sustentam os defensores da quase irrestrita liberdade no aguardo de

juízo de qualquer recurso que o supracitado inciso constitucional é de interpretação clara e objetiva. A intangibilidade da presunção de inocência e o direito à liberdade sem uma decisão definitiva são postulados básicos promulgados na Constituição. São eles a própria vontade constitucional.

Os Ministros do STF, todavia, também enfrentaram a questão da constitucionalidade da execução provisória da pena, com a maioria entendendo de forma diversa ao argumento exposto acima.

Inicialmente, considera-se que nenhum princípio ou regra é absoluto¹¹. As regras são relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Quando ocorre a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. O próprio direito à vida, exemplificando, considerado o mais fundamental, e consagrado igualmente na Constituição, também sofre limitações, como a permissão de aborto em caso de crime de estupro. Por que a presunção de inocência seguiria intocável, então? Trata-se esta, em verdade, de um princípio como qualquer outro e, por conseguinte, está sujeito à ponderação com outros bens jurídicos constitucionais.

Segundo NOVELINO (2012), acerca da ponderação:

As regras tradicionais de hermenêutica têm se revelado insuficientes para a solução de colisões entre princípios, cuja superação impõe restrições e sacrifícios a um ou a ambos os lados. A ponderação se apresenta como uma técnica de decisão a ser utilizada para solucionar tais conflitos, sobretudo nos casos difíceis (*hard cases*). Por meio da ponderação de interesses opostos é estabelecida uma *relação de precedência condicionada* que diz sob quais condições um princípio precede ao outro. A lei de colisão é formulada por ALEXY nos seguintes termos: “as condições sob as quais um princípio prevalece sob outro constituem o *pressuposto fático* de uma regra que expressa a *consequência jurídica* do princípio precedente.” (NOVELINO, 2012, p. 139).

Assim, nas palavras de BARROSO (2016):

(...) os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”¹³. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na

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

medida das possibilidades fáticas e jurídicas¹⁴. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação tendo como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade. Pois bem, não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo (STF, HC 126.292, Min. BARROSO, 2016, online).

Tem-se, portanto, dois grupos de normas constitucionais colidentes na discussão específica sobre a execução da pena após proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente. De um lado, está o princípio da presunção de inocência que, em seu alcance máximo, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória poderá ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. Em seu núcleo essencial, resta a idéia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, portanto, imperioso existirem elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida. Do outro lado, encontra-se o interesse constitucional da efetividade da lei penal, em prol de seus objetivos de prevenção geral e específica de condutas que atentem contra aqueles bens considerados como os de mais alta envergadura (exemplos: vida, integridade física, dignidade humana, etc.). Tais valores e interesses permeiam toda a Constituição, podendo-se citar os arts. 5º, *caput*, inciso LXXVIII e 144.

Esse conjunto de normas se traduz no imperativo de efetividade da tutela penal, de forma séria e dotada de credibilidade. Por conseguinte, a efetivação da pena, consequência jurídica do delito, é o maior objetivo quando se ponderam os princípios supracitados com a presunção de inocência. A inibição de determinadas condutas ante a força da lei penal é um valor mais caro do que a simples ideia de que alguém é inocente até depois de um custo processo que pode chegar até quatro instâncias, muito embora algum(as) dela(s) já se tenha posicionado no sentido de existir culpa.

Complementa BARROSO (2016):

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase

pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e, necessariamente, se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP). Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (STF, HC 126.292, Min. BARROSO, 2016, online).

Importante frisar, ainda, que a exigência de uma intervenção eficaz não é de modo nenhum incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. É que a efetividade do direito penal prescinde de excesso de tipificações e de exacerbação de penas.

Ademais, o trânsito em julgado **em todas as instâncias** não é essencial para desfazer a presunção de inocência enquanto princípio constitucional vigente. A título de exemplo, o art. 6º, n. 2, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, de 1959, estabelece apenas que “**qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada**”, o que geralmente ocorre com a confirmação da condenação por um órgão colegiado superior.

Ressalte-se ainda que a própria ideia de sentença definitiva (trânsito em julgado) sofre imprecisão na seara penal, pois a definitividade do julgamento de um recurso em via extraordinária não parece ser o melhor conceito para decisão transitada em julgado. Isso porque, segundo ARAS (2010),

O art. 1º, §3, da **Convenção de Manágua de 1993** (Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior), promulgada no Brasil por meio do **Decreto 5.919/2006**, estabelece o que se entende por sentença definitiva (trânsito em julgado), para os fins de

transferência internacional de condenados: “**Entende-se que uma sentença é definitiva se não estiver pendente apelação ordinária contra a condenação ou sentença no Estado Sentenciador, e se o prazo previsto para a apelação estiver expirado**”. O texto em espanhol fala de “recurso legal ordinário”. Em inglês, a expressão é “ordinary legal appeal”. Os dois textos, igualmente autênticos, evidenciam a intenção dos Estados-Partes, **entre eles, o Brasil**, de considerar definitiva a decisão judicial da qual não caiba mais qualquer recurso ordinário (ARAS, 2010, online).

Logo, tem-se que o supracitado decreto, ao ratificar a Convenção de Manágua, demonstrou aceitação do Brasil, pelo menos *a priori*, em uniformizar, junto de outras nações, o conceito de sentença definitiva aquele sobre a qual não está pendente recurso ordinário.

O art. 5º, LVII, da CF/88 pode ser lido sob essa ótica, de mudança no arraigado conceito de definitividade de decisão judicial.

Por fim, pode ser entendida a constitucionalidade da decisão como claro exemplo do fenômeno da mutação constitucional. No conceito de NOVELINO (2012):

Diversamente da emenda, processo formal de alteração da Lei Fundamental (CF, art. 60), a mutação ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição sem alteração de seu texto. Altera-se o sentido da norma constitucional sem modificar as palavras que a expressam. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume ou pela via interpretativa. No Direito Constitucional brasileiro, podem ser mencionados como exemplos recentes de mutação constitucional, dentre outros, as seguintes mudanças ocorridas na jurisprudência do STF envolvendo: I) competência dos Tribunais de Justiça estaduais para julgar *habeas corpus* contra ato de Turmas Recursais dos Juizados Especiais; II) vedação em abstrato da progressão no regime de cumprimento da pena. A mutação constitucional é tanto um problema de interpretação quanto da relação de tensão entre o direito e a realidade constitucional, sendo o fator temporal o principal responsável pela ocorrência desse fenômeno (NOVELINO, 2012, pp. 146 e 147).

Na matéria aqui tratada, portanto, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento inicial sobre o momento legítimo para que se iniciasse a execução da pena. Agora, encaminha-se para nova mudança, sob o impacto das consequências advindas do anterior paradigma.

Segundo BARROSO (2016), três foram as consequências negativas geradas pelo paradigma de 2009: a primeira diz respeito ao estímulo à infundável interposição de recursos meramente protelatórios, o que movimentou a máquina do Poder Judiciário, consumindo tempo, energia e recursos outros, sem real proveito para a efetividade da Justiça; a segunda consequência desastrosa foi o reforço de

um sistema de punibilidade seletiva na seara penal, pois a amplíssima possibilidade de recorrer em liberdade beneficiou tão somente aos réus mais abastados, com condições de contratar melhores advogados para sua defesa. Em regra, os menos favorecidos economicamente não possuem condições para manter tal procrastinação; a última foi o alargamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. Segundo BARROSO (2016):

A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva⁹ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados (STF, HC 126.292, Min. BARROSO, 2016, online).

A soma dos fatores acima indicados demonstrou que não se justificava mais a interpretação conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, tal qual exposta em 2009. Necessário, portanto, que o próprio STF conferisse interpretação mais condizente com as exigências de garantir a efetividade da justiça penal.

Desta forma, ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso do passado, e mesmo que não tenha ocorrido alteração formal do texto constitucional, o sentido outrora atribuído certamente mudou. Trata-se, assim, de mutação constitucional.

4.4 Novo Paradigma e Artigo 283 do Código de Processo Penal

A par da suposta barreira constitucional quanto à possibilidade de execução provisória da pena, encontrou-se o comando normativo infraconstitucional insculpido no artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (GRIFO NOSSO).

Tal norma tem conteúdo claro. Ela delimita os tipos de prisões que permeiam o sistema criminal brasileiro. Comentando sobre esse conteúdo, informam

Távora e Alencar (2013) a positivação da prisão cautelar, provisória ou processual admitida no Brasil, mas sempre no âmbito da excepcionalidade, pois a regra seria que a prisão só ocorresse com o advento da sentença definitiva.

Outra interpretação pareceria inaceitável, pois, diferentemente do art. 5º, LVII da CF, de conteúdo mais amplo, este dispositivo atenta específica e objetivamente ao instituto da prisão. Nesse sentido, são inúmeras as críticas dos defensores do cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado, inclusive quanto ao próprio teor do voto do Relator do HC 126.292 e sua omissão em enfrentar o tema:

(...) não creio que haja dúvida sobre o que diz esse dispositivo. Todos sabemos o que é sentença condenatória transitada em julgado. Segundo: examinei o voto do ministro relator, Teori Zavascki e não encontrei sequer menção ao artigo 283 do CPP. Também na declaração final do dispositivo lida pelo ministro presidente foi possível detectar qualquer coisa nesse sentido. Consequentemente, esse dispositivo continua hígido, correto? Para tanto, com toda a vênua, vou usar Zavascki contra Zavascki. Explico: é do ministro Teori Zavascki, quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, o brilhante voto na Recl. 2.645, que diz (e já citei no mínimo uma dezena de vezes essa bela passagem): não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*”. Perfeito! Resposta correta: não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. Esta é, aliás, a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o Judiciário está autorizado a não aplicar uma lei (cf. *Verdade e Consenso, passim*). Por isso, tenho absoluta tranquilidade para dizer que o artigo 283 continua válido. Logo, aplicável (STRECK, 2016, online).

Serão analisadas, portanto, as duas principais objeções à execução provisória da pena relativas ao supracitado artigo e indicadas acima, quais sejam, a afronta ao próprio conteúdo da norma e a aparente negligência em se declarar formalmente (in) constitucional a regra para aplicar entendimento diverso.

A priori, é imprescindível lembrar que a legislação ordinária somente pode ser interpretada à luz da Constituição, e não o contrário. Incoerente seria querer obstacularizar a Carta Maior em face de possíveis interpretações destoantes daquilo que se encontra no ápice do ordenamento jurídico.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Como já se viu, admite-se a prisão cautelar e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode e deve ser restringida por outras normas de estatura constitucional, sendo necessário, portanto, adotar-se a técnica de ponderação entre a efetividade e razoabilidade do processo penal e a preservação do estado de inocência.

Nesse sentido, assevera Barroso (2016) que:

Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 –ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário (STF, HC 126.292, Min. BARROSO, 2016, online).

Destarte, tudo aquilo que se viu quanto à constitucionalidade da decisão pode ser aqui aplicado. Acerca do próprio conceito de sentença condenatória definitiva, cabe mais uma vez expor que o art. 1º, §3 da Convenção de Manágua, ratificada pelo Brasil, entende que sentença definitiva é aquela contra a qual não cabe mais recurso de natureza ordinária ou se o prazo previsto para apelação estiver expirado.

Essa interpretação parece ser a que melhor se coaduna com o imperativo constitucional em sua totalidade, porquanto inclusive salvaguarda maior número de interesses em jogo, em detrimento de uma postura isolacionista do artigo 283, frente ao ordenamento jurídico pátrio.

Mais uma vez, complementa-se com a lição de Barroso (2016):

Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP) (STF, HC 126.292, Min. BARROSO, 2016, online).

Quanto à inexistência de declaração formal por parte do STF acerca da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), com pedido

liminar, visando ao reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do supracitado artigo, conforme notícia do Sítio Eletrônico do STF < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>, publicada em 30 de maio de 2016.

Na ADC 43, sustenta o PEN que o dispositivo seria uma interpretação possível e razoável do princípio da presunção de inocência. A reformulação do entendimento jurisprudencial da mais alta Corte teria sido feita à revelia de um exame da constitucionalidade do novo teor do art. 283, do CPP, introduzido em 2011.

Já na ADC 44, a OAB alega que a decisão no HC 126.292 teria gerado “caloroso debate doutrinário,” e que a controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da não culpabilidade pode ameaçar a segurança jurídica, além de restringir a liberdade do direito de ir e vir.

A OAB ainda alega que, como o STF não se pronunciou quanto ao disposto naquele artigo, tal omissão leva à conclusão de sua validade e plena aplicação pelos tribunais federais e estaduais.

Liminarmente foi requerido:

- a) que não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado;
- b) subsidiariamente, caso essa Corte indefira o pedido anterior, requer-se seja realizada, em caráter cautelar, interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, a fim de determinar, enquanto não se julgar o mérito da presente ação, a aplicação, por analogia, das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância; e,
- c) por fim – se os pedidos cautelares formulados nos itens a e b não forem acolhidos – requer-se seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito desta ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da

causa criminal pelo STJ, quando houver a interposição de recurso especial.

No mérito, pugnam pela:

- a) declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- b) subsidiariamente, a declaração de que o artigo 283 do Código de Processo Penal é “ainda constitucional”, (i) enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional” que vigora no sistema prisional brasileiro; ou (ii) até que ocorra o julgamento do mérito da ADPF n. 347 e se cumpram as providências que venham a ser fixadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O relator das ADCs 43 e 44, Ministro Marco Aurélio, determinou o apensamento das ações para que o julgamento fosse realizado em conjunto.

Cumpra aguardar o desenvolvimento dessas ações constitucionais e esperar congruência por parte dos Ministros.

4.5 O Direito Penal de Emergência prevaleceu no STF?

Antes de adentrar no mérito da questão, é imprescindível conceituar o que se convencionou chamar “Direito Penal de Emergência,” para só depois se verificar sua prevalência ou não no bojo da decisão paradigmática em estudo.

Direito Penal de Emergência significa, na lição de Caetano (2015), o atendimento pelo Estado das demandas por mais criminalização oriundas do clamor popular, ocasionando a criação de normas de repressão que geralmente ignoram garantias asseguradas aos cidadãos, com o mero intuito de devolver o sentimento de tranquilidade para a sociedade. Como exemplo, comumente é citada a criação da Lei de Crimes Hediondos.

Assim, tem-se que os principais elementos do Direito Penal Emergencial seriam, em síntese, o atendimento pelo Estado a um apelo popular por mais repressão, bem como o “atropelo” de garantias conferidas pelo ordenamento jurídico aos réus, o que resultaria na elaboração de leis ou entendimentos jurisprudenciais

meramente simbólicos, porquanto seriam ineficazes na prática, uma vez que a aparente situação de repressão não teria o condão de efetivar a diminuição da criminalidade da mesma forma que políticas sociais o fariam.

Corroboram com essa visão inúmeros críticos da execução provisória da pena, a saber:

Para alguns, sob o argumento de que é preciso “ouvir a sociedade” e permitir a execução da pena ainda em discussão, está-se rasgando a garantia da presunção da inocência. O que não passa de argumentos utilitaristas. Direito penal de emergência (Gamil Foppel e Pedro Rave, a crítica, 21.2.16, p. 02). Ainda nessa mesma linha, argumenta-se que “se feriu o ‘direito de minoria’, pois ele deve ser a defesa do indivíduo contra o estado” (Leonardo Duarte, a crítica, 21.02.16, p. 06). Para outros, “a situação vai piorar para milhares de pobres” (Rogério Taffarello, Folha de S. Paulo, 21.02.16, p. A4). “A CF não fala em duplo grau de jurisdição, e sim, em trânsito em julgado” (Oscar Vilhena, Folha de S. Paulo, 20.02.16, p. B2). “Decisão política influenciada pelo ‘clamor público” (Francisco Sannini Neto). Enfim, críticas não faltam (ROBALDO, 2016, online).

É preciso, contudo, confrontar as já indicadas bases do Direito Penal Emergencial com os fundamentos apresentados pelos Ministros a fim de se adotar qualquer posicionamento a respeito.

O Supremo Tribunal Federal, em verdade, não aniquilou a garantia constitucional da presunção de inocência em prol do clamor da população, visando apenas ao atendimento de um anseio. O que se colocou em pauta foi a própria efetividade da norma penal que, como visto anteriormente neste trabalho, parecia estar esquecida. A ponderação do princípio da presunção de inocência foi realizada justamente com o objetivo de tornar a norma de direito penal exequível.

Outrossim, o réu continua contando com todas as garantias dispostas no ordenamento jurídico para resguardar sua liberdade. As instâncias ordinárias continuam sendo palco de debates, produção de provas, fiscalização do cumprimento da lei e demais mecanismos que visam à correta aplicação de todos os direitos e garantias estabelecidos.

Por razões de honestidade acadêmica, é preciso noticiar que a esmagadora maioria da doutrina especializada, leia-se, composta em quase sua totalidade por advogados, é contra o entendimento que permite a execução da pena após decisão colegiada de segunda instância. Contudo, não parece ser a preocupação desta com os 711.463 presos no Brasil, dos quais aproximadamente

40% são provisórios.¹² É cediço que a maior parte dos que estão encarcerados são compostos por pessoas das camadas econômicas mais baixas da população, vilipendiados quase que diariamente em seus direitos mais fundamentais.

O antigo paradigma adotado pelo STF beneficiava tão-somente um seleto grupo de infratores com poder financeiro de contratar grandes nomes da advocacia, e que contavam com o antigo entendimento que os manteria em liberdade até a prescrição da persecução penal do Estado. Nesse sentido:

Não se pode ignorar que quem se aproveita da interpretação da presunção de inocência que prevaleceu até então é quem tem farto recurso financeiro, pois isso não se estende ao pobre. Logo, as afirmações de que "vai piorar para milhares de pobres e de que fere o direito de minoria" quer nos parecer que não é verdade. De mais a mais, as prisões (flagrante e preventiva) já relativizavam o princípio da presunção da inocência e não são questionadas (ROBALDO, 2016, online).

Segundo Luiz Flávio Gomes (2016):

O STF (17/02/16 – HC 126.292), ao permitir a execução provisória de uma condenação penal após o duplo grau de jurisdição (ou seja: depois que o fato, as provas e o direito tenham sido reexaminados em duas instâncias), deu um recado contundente: tende a aplicar a "tolerância zero" contra as bandalheiras da *delinquência econômica cleptocrata* (DEC), leia-se, contra as pilhagens, corrupção e outras roubaheiras dos poderosos que governam a nação ou que contam com nefasto poder de influência sobre essa governança (desde logo, poderes econômicos e financeiros). Esse grito de basta da Justiça criminal brasileira, a rigor, vem muito tarde. A descrença no país já chegou ao fundo do poço. Todas as máximas autoridades da nação estão sob investigação ou com denúncia já oferecida. Todos os ex-presidentes (Lula, FHC, Collor e Sarney) estão sob o fogo cruzado de dezenas de delações e acusações. Tudo indica que teremos mais uma década perdida, com um mundo de "bandoleiros da República" (expressão do Ministro Celso de Mello) desfrutando de imunidade penal (GOMES, 2016, online).

O Direito Penal de Emergência, como o próprio nome já esclarece, é situação improvisada, sem nexos causal com a realidade fática. É produto do sentimentalismo. Parece não ser o caso aqui em tela.

5. REFLEXOS DO NOVO PARADIGMA: QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS

Analisadas as premissas fundamentais do novo paradigma, quais sejam, a sua conformidade com a Constituição Federal de 1988, a harmonia com o restante

¹² Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça disponíveis em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/02/c4dfdf1351d9d4032e15e04d7d7e8ce5.pdf>> Acesso em 07/06/16.

dos diplomas normativos e a razoabilidade da decisão, passa-se, agora, a outro desafio: tentar indicar possíveis impactos do mérito do HC 126.292/SP no processo e em questões materiais.

A fim de cumprir tal desiderato, serão indicados possíveis impactos quanto à interposição de recursos, bem como quanto à própria efetividade da norma penal.

5.1 Uma barreira aos recursos protelatórios

Uma discussão atual e constante em termos de política judicial é a busca entre certo equilíbrio quanto à possibilidade de recorrer e o término definitivo do processo em tempo útil, ou ainda, entre a diversidade de recursos e o retardamento do trânsito em julgado.

Segundo Gaio Júnior (2015),

A tensão se resume em dois polos: segurança jurídica e efetividade da jurisdição. No primeiro, a pluralidade de meios de impugnação das decisões serve para atender ao inconformismo psicológico natural da parte que perde a demanda, mas também para evitar que erros sejam perpetuados por se confiar na infalibilidade do julgador. No outro, o excesso de recursos possíveis tende a prolongar os processos, retardando a formação da coisa julgada e a solução das disputas (GAIO JÚNIOR, 2015, online).

A supracitada tensão não é novidade. Desde a Bíblia, registra-se a existência, por exemplo, de “recursos” impetrados em face do Conselho de Anciãos de Moisés contra o chefe dos cem homens. Estes, por sua vez, admitiam recursos contra decisões dos chefes de cinquenta homens, e estes, dos chefes de dez homens.

No âmbito hodierno do processo penal brasileiro, a doutrina costuma apontar dez recursos em espécie que impedem o trânsito em julgado da persecução penal. E longe de representarem apenas um desdobramento do direito de ação motivado pelo inconformismo ou mesmo injustiça, a prática forense já demonstrou que sua impetração, muitas vezes, dá-se como mera tática com fins de prolongar o processo e, por conseguinte, beneficiar o réu de uma eventual prescrição.

Um das razões para a utilização de tal subterfúgio talvez seja o alto índice de sucesso do Ministério Público enquanto órgão de acusação estatal, fenômeno esse que vem se acentuando no decorrer dos anos. Exemplificativamente, segundo a pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas - *IV Relatório Supremo*

*Em Números*¹³ – entre 2009 e 2013, o Ministério Público de Santa Catarina vence quatro em cada cinco causas de direito processual penal. Já o Ministério Público do Distrito Federal vence 60,6% no mesmo tipo de causa.

Sem olvidar das disparidades entre os diversos MPEs, a mesma pesquisa relata que, em média, a taxa de derrota do Ministério Público Estadual no polo passivo é de 3%.

No âmbito federal, os dados revelam que a taxa de derrota do MPF no polo passivo vem sofrendo constante queda desde 2001. Durante os anos 90, o Ministério Público Federal possuía taxas de derrotas superiores a 70%. Em 2013, por exemplo, tal índice revelou ser de 1%.

Some-se a isso a peculiaridade bastante conhecida: a morosidade da justiça brasileira. Recorrer é, antes de tudo, ganhar fôlego em um embate que, como se viu acima, é de difícil probabilidade de vitória quando se enfrenta o Ministério Público, pelo menos em matéria criminal. Uma possível estratégia da defesa é recorrer indefinidamente e aguardar o benefício de uma eventual prescrição.

Já foram vistos, nos pontos 2.4.1 e 2.4.2 do presente trabalho, casos concretos nos quais os réus permanecem em liberdade mesmo depois de condenados em decisão colegiada. Um deles, inclusive, não cumpriu sequer um dia de pena, não obstante o fato típico tenha ocorrido há quase 24 anos. Tal circunstância foge de qualquer razoabilidade em um sistema jurídico que preza pela concretude da justiça.

É imperioso compreender que o modelo brasileiro, alicerçado no paradigma anterior, fugia da praxe global. Os recursos especial e extraordinário exorbitavam sua razão de ser, tornando-se verdadeiras barreiras à execução de decisão já definida na instância ordinária.

Os recursos especial e extraordinário não servem para o reexame da prova (Súmula 297 do STF e Súmula 7 do STJ). Essa avaliação é atribuição dos juízes de primeira instância e aos tribunais de segundo grau, que conhecem do fato em toda a sua extensão. Cite-se que, até 2009, tais recursos não tinham efeito suspensivo.

O novo paradigma veio, portanto, organizar o arsenal de recursos do sistema jurídico do país, garantindo que RE e REsp funcionem da forma como deveriam: uniformizar matéria constitucional e federal infranconstitucional sem suspender efeitos de condenação confirmada em tribunal.

¹³ Disponível em <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>>. Acesso em 01/06/2016.

A barreira aos recursos com efeitos meramente protelatórios era medida urgente. O direito de recorrer não pode se tornar abuso de recorrer, transformando-se recursos restritos em instrumentos de paralisação da efetividade da lei, principalmente quando respeitado o sistema acusatório e garantidos outros princípios, como o do juiz natural, contraditório e ampla defesa.

Acertada é a ponderação de ARAS (2010) que, ao tratar do confronto prescrição e utilização de recursos protelatórios, defende que:

Se tais recursos excepcionais [RE e REsp] continuarem a ter efeito suspensivo (STF, HC 84.078/MG), é desejável que o Congresso Nacional altere a legislação criminal para que durante sua tramitação nos tribunais superiores **fique suspenso o curso do prazo da prescrição**. Aí sim, teríamos uma proteção suficiente de ordem bilateral (**verdadeiro garantismo**), com salvaguarda dos direitos do acusado, os da vítima e os da sociedade (ARAS, 2012, online).

5.2 O resgate da efetividade da norma penal e o sistema de punibilidade seletiva

Estado, pena e culpabilidade formam conceitos inter-relacionados, de tal forma que a uma determinada teoria de Estado corresponde uma teoria da pena, sendo certo que as modernas concepções de direito penal estão vinculadas às idéias de finalidade e função desta.

É praticamente unânime o entendimento dos principais doutrinadores em matéria criminal que o Estado depende da pena para manter o equilíbrio e harmonia entre seus cidadãos, seja ela de caráter retributivo ou preventivo. A pena é, então, a principal forma de intervenção do direito penal e, como punição, visa à queda da frequência de comportamentos considerados lesivos. Como forma de prevenção, tende a explicitar as consequências jurídicas de tais atos.

A sanção, contudo, somente ocorre após o devido processo legal, obedidos todos os pressupostos mínimos para que exista a concretização da norma penal. De outra forma, o direito material e o direito processual têm relação circular, um é pressuposto do outro, e a efetividade de um depende do outro.

O anterior paradigma exposto no HC 84.078/MG reverberava o entendimento de que, enquanto houvesse um recurso possível, o acusado deveria permanecer livre. Como resultado dessa ideia, reforçou-se ainda mais o sistema de punição seletiva, pois é cediço que não são todos os réus que conseguem ter uma as-

sessoria jurídica suficientemente técnica, proativa e com influência junto aos tribunais superiores, de tal forma a obter êxito quanto à admissibilidade de seus recursos, incluindo a capacidade de manter seu trâmite prolongado.

Em verdade, a maior parte daqueles que sofrem a persecução criminal do Estado não tem mínimas condições financeiras de arcar com um advogado que atuará na primeira instância, sendo imperioso e relevante o papel desempenhado pelas Defensorias Públicas.

Destarte, verifica-se que o discurso de que a presunção de inocência é garantia de todos contra a prisão depois da condenação em segunda instância, na realidade, beneficiaria apenas alguns grupos de acusados bem específicos.

Na lição de ARAÚJO (2012),

Um dos primeiros critérios de diferenciação dos criminosos que efetivamente receberão repercussão do Estado será, portanto, a falta de informações e de assessoria jurídica flagrante, apesar da comunicação meramente formal de que poderá permanecer em silêncio, acabará por se prejudicar por suas próprias palavras e ações, auxiliando ao Estado em puni-lo (ARAÚJO, 2012, p. 32).

Continua o mesmo autor,

O criminoso rico, ao revés, tem a informação e o discurso a seu lado. Quando preso por qualquer motivo, orienta-se com seu advogado sobre o que deve e o que não deve falar, dificultando (de forma legal) a produção de prova contra si. Além disso, terá a sua disposição, no decorrer do processo, um profissional não sobrecarregado, capacitado, interessado e bem-remunerado para se utilizar de todos os recursos possíveis e imagináveis para garantir-lhe a liberdade (ARAÚJO, 2012, p. 33).

Nessa esteira, não mais parece paradoxal a afirmação de que o sistema está falido, porém possui um excesso de presos. Resta notório que o sistema criminal somente funciona para alguns, o Estado concretiza a pena somente em relação a um definido número de pessoas, com base em seu perfil econômico. Afirma-se, com acerto, que os criminosos do colarinho branco não estão entre aqueles sobre os quais o sistema penal opera.

Não parece ser compatível com a ordem constitucional que o princípio da presunção de inocência sirva apenas para impossibilitar a prisão de pessoas aptas a prolongar o processo pelo máximo de tempo possível. Tal ideia viola frontalmente a própria razão de ser de um sistema que deve ser impessoal quanto à punibilidade.

É por isso que o novo paradigma consolidado, explicitado no julgamento do HC 126.292/SP, vem ao encontro do anseio de muitos por um sistema penal menos seletivo e mais eficiente seja em face de quem for.

A possibilidade de prisão após o julgamento da segunda instância não representa de forma alguma uma restrição de direitos ou garantias, mas a própria realocação constitucional da presunção de inocência concretamente. Inclusive, representa uma medida razoável que mitiga a disparidade entre réus pobres e ricos, entre aqueles que se utilizam da desarmonia do sistema por intermédio de seu poder econômico e os que poucos recursos e direitos encontram.

Sabendo que a norma penal só se concretiza efetivamente após uma relação processual, observa-se que o novo paradigma concorre para diminuir o tempo elevado que normalmente é gasto ao percorrer as quatro instâncias, a fim de que a resposta estatal chegue a tempo útil e não ocorram situações teratológicas, nas quais alguém resta impune de um crime bárbaro apenas por seu perfil econômico influir na morosidade da justiça.

Assim, a demora do processo, bem como os prazos processuais curtos podem tornar ineficaz a persecução penal estatal de combate a crimes financeiros e econômicos, talvez dois exemplos de grandes avassaladores da ordem nacional.

Ainda, negar efetividade às decisões condenatórias proferidas por juízes e Tribunais significaria um verdadeiro enfraquecimento do sistema judiciário, porque se estaria concentrando indevidamente em uma única cúpula, o Supremo Tribunal Federal, o poder decisório de punir, o que não é sua função segundo os dispositivos constitucionais.

Segundo estatísticas do Ministério Público Federal¹⁴, a título exemplificativo, no período entre 1º de janeiro de 2003 e 31 de dezembro de 2004, quase todos os réus que respondiam a processo por tráfico internacional e aguardavam o trâmite do Recurso de Apelação estavam presos. O oposto se verificava quando o réu era acusado de apropriação indébita previdenciária ou crime contra a ordem tributária.

¹⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina; MOSCOGLIATO, Marcelo. **Estatísticas de Qualidade do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2008, pp. 33 e ss.

6 CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência não deve, de forma alguma, ser interpretado como uma regra, na qual prevalece a lógica do tudo ou nada. Logo, a execução provisória da pena não significa o fim de direitos processuais inerentes ao indivíduo.

Conforme se narrou, a quase totalidade da comunidade internacional interpreta a presunção de inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade da efetividade estatal na resposta ao delito. O Brasil não pareceu acertar quando adotou uma posição isolacionista.

O processo justo, aplicado desde o início da acusação em primeira e segunda instâncias, com observância de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988, já garante integralmente o conteúdo inerente à presunção de inocência, incluindo-se a possibilidade de execução provisória da pena após decisão colegiada em via ordinária.

Não se trata, como alguns defendem, de se contrapor a pretensão punitiva do Estado com os direitos e garantias individuais, mais uma vez a lógica do tudo ou nada. Em verdade, é a ponderação de valores que deve ocorrer.

Nenhuma regra ou princípio é absoluto. O conflito entre regras se resolve pela exclusão de uma em detrimento da outra. Já o conflito entre princípios se resolve pela ponderação de valores. Abre-se margem para a criatividade dos magistrados, sempre respeitando as balizas do direito, verificar na situação concreta o que deve prevalecer.

A efetividade da norma penal é, então, ponderada com as garantias do cidadão, de modo que resulte de forma razoável na possibilidade de recurso com efeito suspensivo apenas nas vias ordinárias. Os recursos especial e extraordinário, portanto, pela própria natureza, não podem servir a outros propósitos, estranhos à sua razão de ser.

A norma penal deve existir em tempo útil, apta a mostrar seus efeitos. O direito de recorrer indefinidamente em liberdade apenas reforça para o réu a ideia de que o sistema criminal brasileiro é inoperante. Em outras palavras, pode-se até reforçar a prática de delitos, afinal a sanção não incide sobre o delinquente.

Como frisado, o ordenamento jurídico brasileiro nunca absolutizou a presunção de inocência, bastando exemplificar o comando normativo do artigo 312 do Código de Processo Penal, segundo o qual um dos requisitos para a privação de liberdade de forma preventiva é o indício suficiente de autoria.

A interpretação absoluta do referido princípio parece ter como único escopo acentuar ainda mais a punibilidade seletiva brasileira, favorecendo especialmente aqueles réus acusados de crimes do colarinho branco, porquanto utilizam seus recursos financeiros a fim de praticamente paralisar o andamento processual com a impetração de recursos meramente protelatórios.

Houve, como ressaltou o Min. Barroso no julgamento do HC 126.292/SP, claro exemplo de mutação constitucional.

Não merece prosperar o argumento de que o supracitado fenômeno deva ocorrer somente para alargar direitos e garantias, diferente do caso aqui discutido, em que supostamente os feriu. Em verdade, não houve qualquer supressão ao que está disposto no ordenamento jurídico. O que houve foi tão somente a devida realocação constitucional do alcance de um princípio que estava erroneamente

sendo interpretado em seu máximo alcance, quando, na realidade, deveria ser ponderado com outros princípios.

Acredita-se, também, que não se tratou de uma medida emergencial do Supremo Tribunal Federal para atender clamores populares por justiça. Isso porque, infelizmente, a maioria da população brasileira desconhece o funcionamento do sistema de punibilidade seletiva no Brasil quanto ao aspecto técnico processual. Normalmente, os crimes do colarinho branco despertam menos paixões do que outros cuja tipicidade é marcada por violência à pessoa ou à sua dignidade.

É necessário que a população tome conhecimento do funcionamento da justiça, não para a adoção de medidas populistas, mas sim para que compreenda seu funcionamento e os muitos interesses que estão detrás do processo.

A execução provisória no Brasil é, de forma geral, aceita sem ferir o princípio constitucional da presunção de inocência, como se observa na maioria dos países e como, aliás, já decidiram inúmeras vezes os tribunais superiores, desde o início da vigência da Constituição de 1988.

É instituto de extrema relevância com o fim de prevenção geral e especial, cuja negação parece significar absenteísmo estatal na persecução penal, além de inobservância, em alguns casos, de mandados de criminalização dispostos diretamente na CF.

O julgamento do HC 126.292/SP parece, portanto, ter resgatado diversos valores normativos, além de ir ao encontro da estabilização do sistema criminal brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA Brasil. **STF garante a condenado direito de recorrer em liberdade.** Migalhas. 2009. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI77846,71043- STF+garante+a+condenado+o+direito+de+recorrer+em+liberdade](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI77846,71043-STF+garante+a+condenado+o+direito+de+recorrer+em+liberdade)>. Acesso em: 10 de março de 2015.
- ARAS, Vladimir. **Inocente até prova em contrário.** 2010. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2010/12/30/inocente-ate-prova-em-contrario/>> Acesso em: 05 de maio de 2016.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva.** 3ª Ed. Niterói: Impetus, 2012.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- AZEVEDO, Miguel Ângelo de. **Morte da empresária Ethel Angert.** 2005. Disponível em: <http://portal.ceara.pro.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13022&catid=297&Itemid=101>. Acesso em: 05/06/2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** 1764. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 15 de março de 2015.
- BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal.** 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRANDINO, Géssica. **O assassinato de Sandra Gomide por Pimenta Neves.** 2014. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/o-assassinato-de-sandra-gomide-por-pimenta-neves/>>. Acesso em: 04 de maio de 2016.
- BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.
- _____. **Código de Processo Penal.** Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1941.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 45232, do Tribunal Pleno.** Relator: Min. Themístocles Cavalcanti, Brasília, 21 de fevereiro de 1968. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/666575/habeas-corpus-hc-45232-gb>>. Acesso em: 8 de março de 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078-7/MG, do Tribunal Pleno.** Paciente: Omar Coelho Vítor. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: < > Acesso em: 10 de março de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292, do Tribunal Pleno**. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 04/03/2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. V.1. 17ª Ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a lei n. 12.550, de 2001. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAETANO, Wesley. **Direito Penal: conceito, missão e classificação doutrinária**. 2015. Disponível em: <<http://wesleycaetano.jusbrasil.com.br/artigos/170297786/direito-penal-conceito-missao-e-classificacao-doutrinaria>>. Acesso em: 05/06/2016.

CAIRES, Felipe Gustavo Gonçalves. **Presunção de inocência e certeza da impunidade**. 2015. Disponível em: <<http://www.eliobragacalhau.com.br/presuncao-de-inocencia-e-certeza-daimpunidade/>>. Acesso em: 15 de março de 2015.

CAPEZ, Fernando; PRADO, COLNAGO, Rodrigo. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Antonielle. **Ação no STF pode suspender todas prisões decorrentes de execuções provisórias no país**. 2016. Disponível em: <<http://www.pontonacurva.com.br/penal/acao-no-stf-pode-suspender-todas-prisoes-decorrentes-de-execucoes-provisorias-no-pais/301>>. Acesso em: 02/06/2016.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Mantida sentença de Flávio Carneiro**. 2009. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policial/mantida-sentenca-de-flavio-carneiro-1.500948>>. Acesso em: 04/06/2016.

DINIZ, Laura. **A vida em liberdade do jornalista assassino**. 2009. Disponível em: <<http://fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/24257>>. Acesso em: 04/05/2016.

FALCÃO, Joaquim; MORAES, Alexandre de; HARTMANN, Ivar A. (Org.) **IV Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Ministério Público**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>>. Acesso em: 01/06/2016.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789

FRISCHEISEN, Luiza Cristina; MOSCOGLIATO, Marcelo. **Estatísticas de Qualidade do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2008

FRIESCHEISEN, Luiza; GARCIA, Mônica; GUSMAN, Fábio. **Execução Provisória da Pena – Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiros**. 2016. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf/view>. Acesso em: 20/05/2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GAIO Júnior. **STJ – Recursos Protelatórios e abuso do direito de recorrer**. 2016. Disponível em:

<http://www.gaiojr.adv.br/noticias/stj__recursos_protelatorios_e_abuso_do_direito_d_e_recorrer_>. Acesso em: 01/06/2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução Provisória da Condenação. Tolerância zero com réus da Lava Jato? E os demais condenados no país?** 2016. Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-demais-condenados-no-pais/>>. Acesso em: 01/06/2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 02/06/2016.

LUNA FILHO, Epifânio Macedo. O princípio da presunção de inocência: a decisão paradigmática do STF através do HC 84.078-7/mg em detrimento de sua razoável aplicação como garantia do estado democrático de direito. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**. Fortaleza, ano 7, n. 1. jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-01-2015/Articulista/EpifanioMacedoLunaFilho.pdf>>. Acesso em: 10/02/2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de *et al.* **Carta aberta em repúdio ao regime de superação episódica de direitos e garantias verificado na Operação Lava Jato**. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI232571,41046-Advogados+repudiam+supressao+de+direitos+e+garantias+na+Lava+Jato>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

MENDES, Gilmar. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1948.

SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos**. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núbia Fabris, 2008.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Relativização do princípio da presunção de inocência**. 2016. Disponível em: <<http://www.progresso.com.br/opiniao/jose-carlos-robaldorelativizacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 01/06/2016.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUSA, Gustavo Setúbal. **A presunção de inocência e a constituição de 1988**. 2016. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=858&idAreaSel=16&seeArt=yes>>. Acesso em: 25/04/2016.

STF Notícias. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 02/06/2016.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_4.pdf >. Acesso em: 01/06/2016.