



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

LUIZ CARLOS SILVA SANTIAGO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA VERSUS PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA.**

MOSSORÓ/RN
2017

LUIZ CARLOS SILVA SANTIAGO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA VERSUS PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA.**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientador(a): Prof (a). Ms. Daniel Alves Pessoa.

MOSSORÓ/RN
2017

LUIZ CARLOS SILVA SANTIAGO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA VERSUS PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA.**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Rural do Semiárido, no curso de Direito.

APROVADA EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profº. Ms. Daniel Alves Pessoa (UFERSA) Presidente

Profa. Ms. Gilmara Joane Macedo de Medeiros (UFERSA) Primeiro Membro

Profº. Ms. Oona de Oliveira Cajú (UFERSA) Segundo Membro

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA VERSUS PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY VERSUS THE PRESUMPTION OF INNOCENCE.

Resumo:

O presente trabalho tem por finalidade analisar o acórdão do julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal. A análise foi produzida de forma livre, utilizando como parâmetros o pacto de São José da Costa e Rica e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que se referem aos direitos humanos e ao princípio da presunção de inocência, em comparação com a possibilidade da execução provisória da pena.

Vale ressaltar que o caso do HC mencionado mudou o entendimento a respeito da possibilidade da execução da pena, permitindo que ocorra a partir do acórdão condenatório da segunda instancia, bem como alterou o entendimento até então firmado com o HC 84.018/MG, o qual dispusera que o início da execução da pena se daria a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, depois de julgados os recursos pelos tribunais superiores.

O trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, foi desenvolvido o conceito de presunção de inocência dentro do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente quanto aos pontos em que interferem no conceito do trânsito em julgado e nas possibilidades de execução da pena. Na segunda, foi realizada a descrição do acórdão analisado, mediante a exposição dos pontos sustentados pelos Ministros que subsidiaram a denegatória da ordem. E, terceira parte, buscou-se analisar os pontos que serviram como base para subsidiar o acórdão, em face dos parâmetros conceituais acerca da presunção de inocência, com base nos textos da constituição de 1988 e do Pacto de São José da Costa Rica.

Palavras-Chaves: Execução Provisória da Pena- Presunção de Inocência-Direitos Humanos.

Abstract:

The present work has the purpose of analyzing the Supreme Federal Court's judgment on the Habeas Corpus (HC) 126.292 / SP. The analysis was produced in an independent way, using as parameters the pact of San José and the Federal Constitution of the Republic of Brazil of 1988, regarding human rights and the principle of presumption of innocence, in comparison to the Provisional execution of the sentence.

It is worth mentioning that the aforementioned HC case changed the understanding regarding the possibility of executing the sentence, allowing it to occur from the condemnatory judgment of the second instance, as well as changed the understanding hitherto signed with HC 84.018 / MG, which provided that the beginning of the execution of the sentence would occur after the final sentence of the conviction has passed, after the appeals have been judged by the higher courts.

The paper was divided into three parts. In the first one, the concept of presumption of innocence was developed within the Pact of San José and the Brazilian Constitution, mainly in relation to the points in which they interfere in the concept of res judicata and in the possibilities of execution of the sentence. In the second, the description of the judgment analyzed was made, by means of the exposition of the points sustained by the Ministers who subsidized the denial of the order. The third part sought to analyze the points that served as a basis to support the judgment, given the conceptual parameters regarding the presumption of innocence, based on the texts of the 1988 Constitution and the Pact of San José.

Key words: Provisional Implementation of the Penalty - Presumption of Innocence - Human Rights.

INTRODUÇÃO.

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão julgada pelo pleno, promoveu uma mudança muito importante no cenário jurídico, no que se refere à possibilidade da execução provisória da pena a partir de acórdão de segundo grau de jurisdição.

Dessa forma, por meio do julgamento em referência, ascendeu no sistema jurisdicional brasileiro uma série de polêmicas, notadamente porque aquela decisão autoriza desde a apreciação dos Tribunais Estaduais, em 2º grau, a possibilidade da execução provisória da pena, pondo em discussão a efetividade do princípio da presunção de inocência concebida pela Constituição de 1988.

Tal situação partiu do julgamento do *habeas corpus* (HC) 126.292/SP (São Paulo) impetrado no STF contra a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro Francisco Falcão, que indeferiu de forma liminar o HC 313.021/SP, no qual se buscava questionar a determinação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que o paciente iniciasse o cumprimento da pena, mesmo na pendência de julgamento de outros recursos.

Em apreciação, o pleno do STF, por sua maioria, negou provimento ao HC 126.292, passando a permitir a possibilidade da execução provisória da pena, vez que, segundo o julgado, tal situação não feriria o princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, os Excelentíssimos Ministros e Ministras, em suas diversidades de argumentos, buscaram fundamentar a respeito do tema, discorrendo sobre diversas teorias jurídicas, a fim de conferir racionalidade jurídica às suas concepções sobre o conceito de presunção de inocência e o início do cumprimento da pena de restrição de liberdade.

O contexto no qual se insere o julgamento trata-se de embate político e jurídico, pois modifica completamente a interpretação referente ao art. 5º, LVII, da Constituição, no sentido de que a presunção de inocência não obstará a possibilidade da execução provisória da pena, isto é, que se desse início ao cumprimento da pena mesmo antes de encerradas as possibilidades recursais, de forma que essa decisão refletiria diretamente na política de encarceramento no país.

Até o julgamento do HC 126.292/SP, o entendimento do STF era consolidado pela impossibilidade da execução antecipada da pena, conforme firmado em plenário no HC

84078/MG (Minas Gerais), cujo relator foi o Ministro Eros Grau. Constava na matéria que o princípio da presunção de inocência impediria a execução provisória da pena, vez que a relação da culpabilidade e punição estariam condicionados ao esgotamento de todas as possibilidades de recurso judicial.

No HC 84.078/MG¹, foi assentado que, embora no artigo 637 do Código Processo Penal esteja previsto o estabelecimento da não ocorrência do efeito suspensivo dos recursos, verificou-se dentro da própria Lei de Execução Penal, que a execução da pena, especificamente a restritiva de liberdade, estava diretamente condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

No referido acórdão do HC 84.078/MG, explanou ainda o Ministro Eros Grau que, na democracia brasileira, todas as pessoas, independente da sua situação, são sujeitos de direitos, tendo em vista que as garantias fundamentais estão incursas na natureza da pessoa humana, principalmente referente ao artigo 1º, III, da Constituição do Brasil, no que se refere a efetiva dignidade da pessoa humana. Nessa toada, as pessoas não perdem essa qualidade em hipótese alguma, independentemente da situação do indivíduo, de modo que em momento algum seja admissível o afastamento desse direito.

Por conseguinte, a constituição, em seu art. 5º, inciso LVII, discorre expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação, isto é, tal enclausuramento, fora dos permitidos em cautelar, somente poderia, em tese, ser decretada depois do trânsito em julgado, de forma a que sempre fosse resguardado o contraditório, a ampla defesa e a presunção da inocência.

Frente ao exposto, o presente trabalho buscou fazer uma análise do HC 126.292/SP, sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil e do Pacto de São José da Costa Rica, realizando um paralelo entre ambos, no que se refere a proteção ao direito fundamental da presunção de inocência.

Nessa análise, primeiramente descreveu-se o conceito da presunção de inocência dentro do ordenamento supralegal, de forma a discorrer em que esse princípio da presunção de inocência interfere dentro do ordenamento penal e processual penal. Após analisou-se o acórdão do *Habeas Corpus* acima mencionado, sobrepondo os fundamentos que denegaram o provimento da liberdade do paciente. Por último, no terceiro tópico do trabalho, confrontou-se

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hc 84.078/mg Acórdão nº 35. Rel. Ministro Eros Grau, **Habeas Corpus, Inconstitucionalidade da Chamada Execução Provisória da Pena**. Brasília.

as ideias que fundamentaram o acórdão com o entendimento da Constituição e do pacto de São José da Costa Rica a respeito da presunção de inocência, intencionando analisar os pontos em que os argumentos levantados se afastam ou se aproximam desse direito fundamental presente na nossa Constituição.

Desse modo, tem-se que o trabalho partiu de uma análise hermenêutica e de interpretação acadêmica livre sobre o objeto de estudo (HC 126.292/SP), de forma a confrontar os argumentos levantados pelos Ministro e Ministras na decisão em relação à presunção de inocência resguardada pela Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, e pelo Pacto de São José da Costa Rica. De igual modo utilizou-se de jurisprudência da corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se refere ao tema.

1- PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.

A presunção de inocência é um direito constitucional que garante ao indivíduo acusado de prática de uma infração penal, um julgamento justo conforme preceitua o espírito de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal elenca o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos e garantias individuais constitucionais, de forma positivada, como se pode observar no art. 5º e inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil².

Nesse passo, o princípio da presunção de inocência figura como uma diretriz para todo o ordenamento penal e processual penal que deve ser baseado através desse princípio, a fim de que não haja abuso de poder, por parte do Estado, no processo de responsabilização penal do sujeito.

Frente a esse entendimento, o ordenamento jurídico deve primar pelos preceitos do princípio da inocência e vinculá-lo ao que se caracteriza o *in dubio pro reo*, o ônus da prova, as possibilidades de prisão e ao direito de recorrer em liberdade.

Adentrando dentro da seara do princípio da inocência, dentro do processo penal, resta que, como o direito penal tem características incriminadora do indivíduo acusado de um delito, a presunção de inocência seria um contrapeso no balanceamento em que de um lado se afigura

² “Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(...)LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

uma grande força punitiva e acusatória do Estado, e do outro, a fragilidade do indivíduo em se defender das acusações.

A presunção de inocência, em primariedade, dispõe que todo indivíduo seja considerado inocente por natureza, independentemente de qualquer que seja o sujeito envolvido. No mais, após a superveniência do entendimento como culpado, com a comprovação material e fática do cometimento do crime é que se destitui essa natureza primária de inocente e abarca-se a natureza de culpado.

Nesse sentido, Gabriel Divan (2015, p. 121) expõe que:

“Ao se verificar a base constitucional-democrática estabelecida como diretriz para o processo penal pátrio, percebe-se que o processo e suas regras circunstanciais devem opor à pretensão acusatória, que busca satisfação jurisdicional, uma plataforma para que o réu, *presumidamente* inocente, defenda esse estado “natural” em detrimento do estado “excepcional” de culpa.”

Dessa natureza, o indivíduo é inocente por que assim o nasce, o ônus da prova cabe ao sujeito que acusa e não a defesa, de forma que não se pode provar o estado que lhe é natural, cabendo a defesa apenas contrarrazoar as provas impostas pela acusação e, por fim, o status de inocência só será alterado após decretação do próprio Estado, por meio de sentença judicial.

O que se entende, dessa forma, a respeito da presunção de inocência, é que, como princípio constitucional, ela orienta e direciona toda a conformação legal do sistema jurídico, processo penal, código penal, nos moldes para que se integre a presunção de inocência ao respeito da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito.

O que se busca, no ordenamento brasileiro é que em todo trâmite processual deve-se resguardar, ao indivíduo, o seu estado de inocência em toda persecução penal, seja na fase pré-processual, na fase de inquérito, seja na fase recursal. Nesse entendimento, o acusado, durante o processo, deve estar figurado na parte ré como status de suspeito, devendo os procedimentos de persecução serem conduzidos nas conformidades da lei, com característica de indício preventivo em sua maior parte, do que mesmo no estado de condenado.

No que se refere a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, assim consta-se que para que o processo penal tenha todo seu procedimento até a sentença condenatória, é necessário que a materialidade e a autoria estejam plenamente comprovadas. O *in dubio pro reo*, então, passaria a atuar como uma regra de julgamento ao juiz, de forma que caso os fatos que não estejam plenamente provados, não havendo subsídio suficiente para a condenação do acusado e muito menos para a absolvição, o juízo teria como solução judicial a absolvição com base nesse princípio.

O *favor rei* é conceituado como sendo uma regra de interpretação. Com relação às normas penais e processuais, das quais, em sentido dubio sobre seus efeitos, os princípios

norteadores da inocência e seus reflexos, imputa que a interpretação da norma será aplicada sempre em benefício ao réu, tendo em vista o seu estado de natureza inocente.

Dessa forma, o que se entende é que o *favor rei* seria um direcionamento jurídico, em que o aplicador da lei se resguardaria em aplicar aquela norma em benefício ao acusado.

Destarte, a diferença principal entre o *in dubio pro reo* e *favor rei*, é que enquanto o primeiro preza pela absolvição do acusado frente a ineficiência de provas apresentadas, estando mais ligado ao momento da sentença, o segundo tem uma concepção mais ampla, tendo em vista está ligado a interpretação das normas em todo ordenamento jurídico penal e processual penal.

Tem-se que em uma decisão, cujo o teor tenha por fundamento o princípio do *in dubio pro réu*, ela apresenta características diferenciada. A decisão que parte desse princípio não apresenta teor nem condenatório e nem absolutório, o que se consta é que o material probatório da instrução foi insuficiente para determinar algum juízo de valor para condenação tão pouco para absolvição, sendo o acusado absolvido, inteiramente pelo fato da insuficiência de provas.

No que tange a presunção de inocência e o ônus da prova, a presunção de inocência do acusado faz com que a obrigação de apresentar prova ao juízo parta do Órgão acusador.

Como já comentado, o juiz apenas condenará o acusado após a plena convicção por meio de provas sobre a materialidade e a autoria do crime, sem essas, o réu seria absolvido.

Nesse sentido, o código de processo penal absorveu esse entendimento no art. 156³ do Código de Processo Penal, no qual dispõe que aquele que alegar o fato terá que apresentar as provas. Mas, partindo do conceito da natureza inocente do ser humano, não poderia esse comprovar seu estado natural, mas tão somente restaria rebater as provas de acusação.

No que se refere a ligação entre o princípio da presunção de inocência e o garantia de liberdade do indivíduo, impõe-se ao indivíduo que a sua liberdade seja assegurada, sendo que em circunstancia de restrição, apenas será permissivo nas possibilidades descritas na Constituição em seu art. 5º inciso LXI⁴.

A constituição apresenta dois tipos de prisão, a primeira se refere à prisão em flagrante, que se trata de cerceamento de liberdade momentânea, com finalidade de reter o sujeito que

³ “**Art.156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I— ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II—determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

⁴ “**Art. 5º (...)**LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

cometeu algum delito, como forma de afastar o perigo momentâneo. Por sua vez, a segunda é através de autorização judicial, devidamente fundamentada por autoridade competente.

Contudo, o nosso ordenamento autoriza a prisão antes do trânsito em julgado, por meio de decisão judicial fundamentada por autoridades competentes, nos casos previstos em lei, no que se entende como prisão cautelar.

A prisão preventiva tem carácter de excepcionalidade, tendo em vista que ela atua desde que estejam nas conformidades ao que está prescrito em lei. No ordenamento processual criminal, as razões que permitem a prisão estão presentes no art. 312⁵ do CPP, no que se refere a garantia do ordem pública, da ordem econômica e por conveniência criminal, bem como para assegurar a aplicação da lei penal.

Já a prisão temporária é regulada por meio da Lei 7.960, que difere da anterior, ela tem prazo de 05 dias e visa principalmente assegurar as investigações durante o inquérito.

O que se pode entender referente a isso, é que a prisão tem duas características, conforme apresenta Errerias (2007, p. 156):

“A prisão pode ser sanção ou providência, revelando as duas formas de prisão, quais sejam, a prisão definitiva e a prisão cautelar. A prisão definitiva é que se dá em função de sentença penal condenatória transitada em julgado, enquanto que a prisão processual (cautelar, provisória) ocorre no curso do processo, portanto antes da sentença condenatória. Dito de outra forma, a prisão definitiva é o exercício do direito de punir, enquanto a prisão cautelar (provisória) é uma forma de preservação de um eventual direito de punir.”

Nesses termos, com base no princípio da presunção de inocência, as prisões durante o tramite processual devem ter natureza cautelar, ocorrendo excepcionalmente, de forma que em hipótese alguma deveria configurar antecipação provisória da pena. De forma que a pena definitiva, só se realizaria após o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando não restar mais qualquer possibilidade de recurso capaz de reformar a decisão.

No que se refere a presunção de inocência e o direito de apelar em liberdade, assim fala Errerias (2007, p. 164):

“O texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LVII, consolida o princípio da presunção de inocência como regra geral de tratamento do acusado, antes da sentença condenatória irreversível. Enquanto esta não declarar definitivamente a culpa e lhe determinar a respectiva pena, o acusado deve ser tratado como inocente, o que significa a manutenção do seu estado de liberdade física.”

5 “**Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. **Parágrafo único.** A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

O princípio da presunção de inocência garante uma infinidade de efeitos ao sujeito processado. Dentre estes, o princípio impede o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de maneira que impossibilita a ocorrência dos efeitos da condenação.

Dessa forma, até que se transite em julgado, a sentença não poderá produzir os seus efeitos na reincidência, impedir o benefício da suspensão condicional da pena, revogar os *sursis* processual e o *sursis* da pena, acarretar a revogação de reabilitação, e, dentre outras, impossibilita o início da execução da pena.

Em relação ao efeito da impossibilidade do início da execução da pena, não é permitido sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença, mas que, no entanto, não impediria as possíveis prisões cautelares em suas fundadas suspeitas e permissibilidade.

Sob o entendimento do princípio, o acusado de cometer algum crime será protegido de qualquer sanção penal de forma antecipada. Com efeito, o apenado não poderá sofrer as consequências da pena antes do trânsito em julgado.

A jurisdição é uma atividade necessária para obter o resultado objetivado do status de culpado ao sujeito que cometeu algum delito. Segundo Ferrajoli (2002), nenhum sujeito pode ser reputado culpado, e nenhum crime poderá ser considerado cometido, sem que se comprove por certo a sua culpabilidade e a existência do crime.

A submissão a justiça não acarretará culpa ao acusado do delito sem que se instaure um procedimento jurisdicional, “exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite a provas e a refutações, postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.” (FERRAJOLI, 2002).

Dessa forma, a presunção de inocência resguarda a liberdade do acusado durante todo o curso do processo, até que seja considerado culpado em definitivo. Mesmo que a custo de impunidade, é melhor resguardar a liberdade de uma pessoa culpada, do que encarcerar um inocente. O que acontece é que o direito do cidadão, quando ameaçado pelas penas impostas a partir da imputação criminal e pelas prisões arbitrárias, a presunção de inocência é uma proteção e segurança ao indivíduo, promovida constitucionalmente, para tentar evitar a possibilidade de arbitrariedade do Estado punitivo.

No ordenamento brasileiro, a regulamentação da execução da pena está na Lei de Execução Penal. Através desta lei, todo o cumprimento da pena restritiva de liberdade deve-se resguardar sob suas garantias.

Dentro da execução penal, o início da pena se dará de ofício, não havendo necessidade de impulso por parte do Ministério Público ou qualquer outro interessado. Contudo, conforme a Lei de Execuções Penais, o início da pena se dará a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória⁶, quando o juiz de execução receber os autos do processo ou cópia das principais peças que a compõe.

No ordenamento brasileiro, o conceito de trânsito em julgado se estabelece em meio à sentença para a qual não haja mais qualquer possibilidade de recurso ordinário ou extraordinário. Para se adquirir esse efeito de coisa julgada, existe a possibilidade por meio do tempo, passado o prazo para a interposição de recurso, de modo que o efeito da preclusão impossibilitará, à parte, qualquer impulso que venha alterar a conclusão do juiz em seus efeitos dentro do processo. Outro ponto seria a impossibilidade da interposição de qualquer outro recurso, tendo em vista o exaurimento das vias dentro do processo, no que se refere aos poderes e faculdades das partes.

Por seu turno, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos é o principal instrumento regional de proteção de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e se encontra internalizada no ordenamento jurídico nacional através do Decreto nº 678, de 1992, dando grande peso e segurança aos preceitos constitucionais nos direitos fundamentais, principalmente no que se refere ao inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal.

Ressalte-se também, que no próprio art. 5º, parágrafo 2º, a Constituição recepciona os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos, na medida em que o princípio expresso na Constituição não excluirá outros princípios oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

No que se refere a presunção de inocência e sua proteção como direito da pessoa humana elencada no pacto de São José da Costa Rica, previu nesta a garantia em seu art. 8º, 2 que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. ”

O Estado brasileiro, uma vez signatário do Pacto de São José da Costa Rica, reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 1998, consoante o Decreto Legislativo n. 89/98 e o Decreto n. 4463/02, bem como

⁶ **Art. 105.** Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. Lei de Execuções Penais. **Art. 106.** A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: (...) III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;

se submeteu à jurisdição da Corte Internacional de Justiça (CIJ), de acordo com o Decreto n. 19.841/45.

No que se refere a presunção de inocência e sua proteção como direito da pessoa humana elencada no pacto de São José da Costa Rica, previu nesta, a garantia em seu art. 8º, 2 que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. ”

O Estado brasileiro, uma vez signatário do Pacto de São José da Costa Rica, reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 1998, consoante o Decreto Legislativo n. 89/98 e o Decreto n. 4463/02. Dessa maneira, os julgados da Corte Interamericana, servem de base para definições e significados acerca dos Direitos Humanos retratados no referido Pacto.

No que se refere ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a respeito do Princípio da Inocência e o abuso de prisões antes do transito em julgado, é importante citar o julgamento do caso Norín Catrimán e outros versus Chile:

“A aplicação desse princípio geral aos casos de detenção ou prisão preventiva surge como efeito combinado dos artigos 7.5 e 8.2. Em virtude deles, a Corte estabeleceu que a regra geral deve ser a liberdade do imputado enquanto se decide sobre sua responsabilidade penal 319, já que este goza de um estado jurídico de inocência que impõe receber do Estado um tratamento em conformidade com sua condição de pessoa não condenada. Em casos excepcionais, o Estado poderá recorrer a uma medida de encarceramento preventivo a fim de evitar situações que coloque em perigo a consecução da finalidade processual³²⁰. Para que uma medida privativa de liberdade esteja em concordância com as garantias consagradas na Convenção, sua aplicação deve implicar um caráter excepcional e respeitar o princípio de presunção de inocência e os princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática. ”

“311. A Corte estabeleceu, também, as características que devem ter uma medida de detenção ou prisão preventiva para ajustar-se às disposições da Convenção Americana: a) ser uma medida cautelar e não punitiva: deve estar dirigida para alcançar fins legítimos e razoavelmente relacionados com o processo penal em curso. Não pode transformar-se em uma pena antecipada, nem se basear em fins preventivos gerais ou especiais atribuíveis à pena. ”

Vale ressaltar, que no caso em apreço, a circunstância do conflito referente aos vários réus processados criminalmente e que foram alvo de detenções arbitrárias, é possível fazer uma analogia ao caso do HC 126.292/SP, vez que se trata de análise da Constituição e de uma decisão judicial a respeito da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado que comprove a verdadeira culpa.

Observe-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já julgou vários casos semelhantes, os quais estão compilados e sintetizados na sentença do Caso Norín. Nos casos apreciados pela Corte, o que se notou foi que a entidade sempre buscou garantir a presunção de inocência em detrimento da possibilidade de prisão antes do transito em julgado pela última

instância. Inclusive, é notório que a corte tem entendimento pacificado em inúmeros julgados, que a própria prisão preventiva ou cautelar que se alonga demasiado no tempo, configura antecipação de pena e vulnera esse princípio fundamental. (Daniel Pessoa, 2016).

É importante confrontar a respeito do que foi argumentado pela suprema corte, e no que ela se afastou com relação aos princípios constitucionais e demais outros mecanismos de proteção aos direitos humanos.

2- DESCRIÇÃO DO ACÓRDÃO NO HC 126.292/SP.

O acórdão em apreço trata-se de Habeas Corpus impetrado contra decisão que indeferiu liminarmente, no Superior Tribunal de Justiça, habeas corpus que buscava questionar a prisão de Márcio Rodrigues Dantas (paciente no Habeas Corpus), condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP). A prisão foi decretada em caráter de execução da pena, no momento do acórdão condenatório de segundo grau, sem que de fato tivesse ocorrido o trânsito julgado da sentença.

Por meio do HC 313.021/SP⁷, o Ministro Presidente Francisco Falcão do STJ, indeferiu liminarmente a concessão de liberdade do paciente acima mencionado conforme os termos do acórdão a seguir:

“As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel.Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo *writ* (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator”.

Com a liminar de indeferimento do Superior Tribunal de Justiça, foi impetrado um novo HC junto ao STF (de n. 126.292/SP), alegando flagrante constrangimento à liberdade do paciente, consoante os seguintes argumentos:

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Ministro Francisco Falcão, Habeas Corpus Decisão Monocrática nº 594. Brasília de 2014. **Habeas Corpus Nº 313.021 - Sp**. Brasília.

a) A não ocorrência de flagrante violação legal a Súmula 691/STF⁸, de modo que, mesmo que o STF recebesse o referido habeas corpus, não ensejaria, naquela circunstância, supressão de instância, frente a relevância da natureza da decisão impugnada, visto a teratológica manifestação ilegal do indeferimento em liminar do HC 313.021/SP, no STJ.

b) a ilegalidade do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou a imediata segregação do paciente, sem que incidisse quaisquer motivações constantes nas prisões cautelares.

c) a prisão do paciente não teria respaldo no ordenamento e jurisprudência do país, sendo necessário para o início da execução da pena, o trânsito em julgado da condenação.

Em análise ao HC 126.292/SP, o STF possibilitou no ordenamento brasileiro a execução provisória da pena a partir do segundo grau de jurisdição, numa votação histórica que resultou em 7 votos à 4, sendo vencida a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, no plenário no STF.

Percebe-se que a Suprema Corte desenvolveu, no acórdão, os fundamentos apresentados de forma recorrente, centrando-se principalmente nos seguintes argumentos: inexistência dos efeitos suspensivos para os recursos extraordinários e especiais (art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, apesar de revogado pelo novo Código de Processo Civil, e o art. 627 do Código de Processo Penal); sentimento de impunidade decorrente dos recursos protelatórios; a necessidade de punição dos crimes de colarinho branco; caráter diferencial nas apreciações dos recursos especiais e extraordinários, fazendo que tais recursos apreciem a legalidade ou a constitucionalidade da decisão, sem análise de provas ou da injustiça pessoal, individual; conflito do princípio da presunção de inocência com os demais princípios constitucionais.

Destarte, os 7 votos favoráveis pelo indeferimento da ordem foram argumentados nos pontos descritos e a seguir esmiuçados.

Para maioria dos Ministros do STF, a presunção de inocência está vinculada até o momento da apreciação no segundo grau de jurisdição. Os ministros relataram que, após o acórdão condenatório em grau de apelação, a jurisdição se destinaria principalmente ao reexame da legalidade da lei aplicada e não das provas e fatos ocorridos.⁹

⁸ Súmula 691 do STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de "habeas corpus" impetrado contra decisão do relator que, em "habeas corpus" requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

⁹ Vale ressaltar que o Recurso Especial busca questionar a legalidade da decisão proferida em acórdão de segunda instância e o Recurso Extraordinário busca apreciar a constitucionalidade dos fundamentos usados no acórdão.

De acordo com aquele entendimento, a presunção de inocência teria efetividade em sua inteireza apenas nos recursos em que recaiam efeitos suspensivos e devolutivo em sua totalidade. Fora essa situação acerca dos efeitos dos recursos, em que não mais contenha o efeito suspensivo ou que não se examine os fatos e provas do processo, como são os recursos especiais e extraordinários, o princípio da presunção de inocência seria mitigado.

Uma eventual condenação em primeira instância e confirmada pela segunda, por certo, nos termos do entendimento sufragado naquele julgamento, surge um juízo de culpabilidade através das provas adquiridas e produzidas na instrução processual. Dessa forma, a condenação com acórdão de 2º grau afastaria a presunção de inocência, ante os indícios suficientes de autoria e comprovada materialidade do delito, ficando os recursos especiais e extraordinários responsáveis apenas em apreciar a decisão judicial e sua consonância com as normas legais federais ou constitucionais, respectivamente.

Em continuidade ao entendimento, o Ministro Relator do processo, Teori Zavascki, dispôs em voto:

“Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático- probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência 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.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, Rel. Ministro Teori Zavascki, acórdão HC 126.292/SP)

No voto do Ministro relator, a execução provisória da pena, ainda sob pendência de recurso especial ou extraordinário, não atinge diretamente a regra do processo no que se refere à presunção de inocência.

Também entendeu o Ministro que a execução provisória da pena a partir do segundo grau de jurisdição, em nada interferiria na condenação ou absolvição, tendo em vista que, para ele, durante a primeira etapa processual, primeiro e segundo graus de jurisdição, todas as garantias individuais são resguardadas.

Assim, no HC 126.292/SP, o STF cunhou o chamado efeito modulado da presunção de inocência, no sentido de que ela apenas seria efetiva perante os juízos de primeiro e de segundo graus, enquanto que nas instâncias superiores, devido à ausência do efeito suspensivo

aos recursos e à impossibilidade de revisão dos fatos e das provas, bem como em razão da condenação exarada, não mais haveria que presumir a inocência.

Em um paralelo com a Lei da Ficha Limpa, o Supremo Tribunal Federal, buscou na constitucionalidade da lei um degrau para justificar a condenação antecipada da pena.

Em 2012, o STF declarou a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, mais conhecida como a Lei da Ficha Limpa. A lei dispõe que são inelegíveis os candidatos que foram condenados por órgão colegiado pela prática de crimes contra a fé pública, o patrimônio público, o sistema financeiro entre outros previstos no ordenamento (art. 2ª, e).

O Ministro Teori Zavascki, em seu voto no HC 126.292/SP, com fundamentação da relatividade do princípio da presunção de inocência, expôs como paralelo aos fatos da condenação na esfera penal com os crimes que barram a candidatura por meio da ficha limpa, de modo que ele concluiu que ambos geram características que suspendem o princípio da inocência, só que para o caso das condenações criminais geraria a execução provisória da pena.

De acordo com entendimento esboçado, a norma prevê na lei da ficha limpa que a *inelegibilidade* daqueles que foram condenados em segunda instância, em órgão colegiado, serão considerados culpados, mesmo estando pendentes recursos especiais e extraordinários.

O que se buscou debater no STF, em 2012, era se a Lei da Ficha Limpa seria inconstitucional ao ferir o princípio da inocência presente no art. 5º inciso LVII, visto que não se exige o trânsito em julgado de condenação a fim de viabilizar proibição de se candidatar a algum cargo público.

Contudo o STF, naquela ação de inconstitucionalidade¹⁰, entendeu que a Lei da Ficha Limpa era constitucional com base no art. 14, parágrafo 9º, da constituição, no qual é permitido que o legislador, através de lei complementar, crie mecanismo de inelegibilidade, com fito principal de proteger a moralidade na política.

Naquela oportunidade, a respeito da lei da ficha limpa, o que se entendeu do princípio da presunção de inocência é que ele serve antes de tudo como vedação à formação de juízo de culpa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Então a inelegibilidade nessa lei tem como principal finalidade de afastar o improbo, como garantia da manutenção da probidade administrativa e a moralidade no funcionamento da máquina pública, através do afastamento do candidato da eleição, a partir da análise da vida pregressa.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº s/n. Brasília de 2012. Rel. Ministro Luiz Fux, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578 Distrito Federal**. Brasília.

Conforme aponta Pierpaolo Cruz Bottini_ “em suma, o criminoso ou o ímprobo é inelegível, mas ele só será criminoso ou ímprobo quando for julgado definitivamente.” (Bottini, 2012).

O que se pode observar desse paralelo entre o trânsito em julgado para efeitos criminais e para a ficha limpa, é que a Suprema Corte buscou, em ambas concepções, mecanismos para atuar em interesses políticos. Por um lado, enquanto a sociedade anseia pela punição e o afastamento do alistamento de políticos corruptos, com objetivo de proteção da administração pública, o STF declarou constitucional tais preceitos com fundamento no art. 14, parágrafo 9º da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, o STF querendo aplicar argumentos similares de afastamento da presunção de inocência, passou a alterar o entendimento do inciso LVII do art. 5º da constituição, como forma de que se justificasse na esfera da execução da pena para o indivíduo, a sua condenação a partir do segundo grau de jurisdição.

Por conseguinte, o STF, no HC 126.292/SP, utilizou-se do julgado acerca da lei da ficha limpa como uma espécie de “degrau” argumentativo, em que pese a situação naquele outro caso não necessariamente atingir o princípio da presunção de inocência – afinal, a inelegibilidade não condiz com um juízo de culpabilidade penal propriamente dito.

No que se refere a recepção dos recursos, em seu teor, frente aos tribunais superiores, entende-se que em razão de apreciação diferenciada, não mais recairia sobre seus efeitos a apreciação de provas e fatos, mas sim direcionando uma interpretação mais abrangente com efeito jurisprudência generalizado, à resolução de uma injustiça individualizada.

A respeito da função dos tribunais superiores, nos termos do Ministro Relator, advoga-se que tanto o STF como o STJ não visam reavaliar as sentenças dos tribunais de segundo grau, como forma de verificar a justiça ou injustiça proferidas em decisão, mas apenas buscar uma espécie de consolidação de entendimentos frente as diversas concepções sobre determinado ponto.

Com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, ao restringir o acesso aos tribunais superiores, impôs como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário a existência de repercussão geral, de forma que o recorrente deve expor em matéria de recurso os pontos de relevância política, sócia, econômica ou jurídica, não estando apto, exclusivamente, a recepcionar conteúdos puramente individual e subjetiva da parte, a fim de que seja apreciada como se tais recursos fossem um 3º e um 4º grau de jurisdição.

Nessa linha, expôs em seu voto o Ministro Edson Fachin: “a própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais.”

Em suma, o que se buscou no acórdão foi utilizar dos artifícios que visavam barrar a enxurrada de processos nos tribunais superiores, como os pré-requisitos de admissibilidade da repercussão geral e da não apreciação de provas (Súmula 279 do STF), como motivos caracterizadores de que os tribunais superiores não possuem a função de reexaminar julgados. Por tal razão, não estaria violada a presunção de inocência, com a execução da pena a partir do julgamento em segundo grau.

Mais um argumento lançado pelo Ministro Relator, foi no sentido de ressaltar um pressuposto papel protelatório dos recursos, que visariam em sua inteireza fazer demorar a concretização da decisão condenatória. Isto é, segundo ele, mesmo sabendo que o recuso estaria fadado ao insucesso, as pessoas condenadas o interpõe apenas como garantia de liberdade ante a necessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Por conseguinte, na visão dele, o recurso simplesmente resguardaria a liberdade das pessoas já condenadas em segunda instância, que, por muitas vezes, através desse adiamento do início da execução da pena, culminaria em muitos casos na prescrição da pretensão punitiva do crime, sem que o condenado de fato viesse cumprir a pena.

Ainda falou a respeito o Ministro Barroso, no acórdão em análise, quando ele reforçou o entendimento a partir dos argumentos de que o direito penal é seletivo e do fato da ampla possibilidade de recorrer em liberdade, de modo que isso daria aos ricos - aqueles que tem uma maior capacidade de pagar por algum advogado - o direito de enxurrar o processo de recurso protelatório, garantindo-lhe à liberdade por mais tempo, vez que evitariam o início da execução. Porém, aqueles que não podem pagar advogado e que dependam da defensoria pública findam, segundo o Ministro, sem manejar a forma de bancar a procrastinação.

Assim concluiu o Ministro Barroso: “não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.”

Nesse contexto, os recursos previstos na legislação foram considerados como mecanismos destinados tão-só para supostamente garantir a impunidade, independentemente de quaisquer percepções sobre o (mau) funcionamento do sistema. Dessa forma, não poderiam servir para manter a presunção de inocência até o julgamento dos recursos.

Segundo o Ministro Barroso, em seu voto, quando acontece um crime e seu autor, embora condenado nas instâncias ordinárias, não é punido ou é punido muito tempo depois, a

sociedade perde a confiança na jurisdição penal. Dessa forma, na perspectiva do Ministro, tanto o acusado passaria a acreditar que poderia delinquir, porque não haveria reprovação da sua conduta, frustrando-se a ideia de prevenção que a pena abarcaria; como a sociedade interpretaria a situação de forma a ficar incrédula quanto à capacidade de o Estado proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito.

No que diz respeito, citou ainda o Ministro Barroso, em seu voto, a convenção Interamericana Contra a Corrupção, na qual se recomendou ao Brasil “implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção. ”

Sobre outro aspecto, para o Ministro Luiz Fux, embora o entendimento de trânsito em julgado da sentença se resumisse à imutabilidade da sentença condenatória, o sentimento de impunidade que reina no país deveria ser suficiente para a mitigação da presunção de inocência, diante do cenário de restarem os recursos sem efeito suspensivo, depois de proferida condenação em segunda instância.

Para o Ministro Luiz Fux, é um absurdo que o agente perpassasse por todas as esferas do Judiciário condenado e chegue ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente. Continua ainda, ao afirmar que a insistência na presunção de inocência incorreria em deformação do sistema judiciário brasileiro, privilegiando-se a impunidade em detrimento à hipótese de mutação constitucional, no sentido de que quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social, em que a sociedade não aceitaria mais a presunção de inocência em relação a alguém condenado, mas que não para de recorrer.

Diante disso, percebe-se que os Ministros discorreram a partir de uma fundamentação metajurídica¹¹, vez que a argumentação gira em torno de dar uma resposta à sociedade sobre o sentimento de impunidade propagados pelos meios de comunicação. Dessa forma o que se pode visualizar dessa argumentação é que os ministros construíram uma argumentação mais política do que mesmo jurídica.

No julgamento do presente acórdão, o Ministro Edson Fachin expôs um paralelo entre os efeitos do julgamento do recurso e o início da execução da pena, em conformidade ao art.

¹¹ “ (...) o que há nos “argumentos metajurídicos” é, na verdade, uma tentativa de “moralização do Direito”. Apostase no protagonismo judicial, considerado como inevitável (conforme Kelsen já dizia). Mas o fato do intérprete atribuir o sentido não quer dizer que ele possa, sempre, dar o sentido que lhe bem convier (como se houvesse uma separação integral entre texto e norma e como se estes tivessem existências autônomas) e deixar de lado o texto constitucional.” (STRECK, 2017)

27 da lei 8.038/90 e em contraposição ao que consta no art. 147 e no art.164 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Naquele confronto de ideias, assentou-se que, segundo a Lei de Execução Penal, a execução só inicia a partir da última manifestação dos tribunais, de forma que a condição imposta faz um laço entre a LEP e os princípios que regem a Constituição Federal. Entretanto, já o art. 27 da lei 8.038/90, não permite o efeito suspensivo da pena quanto aos recursos extraordinário e especial, afastando, de certa forma, o que se entenderia sobre a presunção de inocência no processo penal.

Alegou ainda o Ministro Edson Fachin, em seu voto, que a lei que regulamenta a execução penal é anterior à própria constituição, de forma que o art. 27 da lei 8.038/90, por ser posterior a lei de execução penal, guardaria mais respaldo e consonância com a Constituição, ao atribuir o efeito puramente devolutivo dos recursos.

E conclui ainda o ministro que, com o afastamento do efeito suspensivo, em caso de algum vício que cause alguma injustiça ao réu, que mantenha o encarceramento do sujeito injustamente, ainda existem os remédios constitucionais e demais medidas cautelares assecuratórias, como o Habeas Corpus, que possam garantir a liberdade do indivíduo em flagrante violação e injustiça.

Para o Ministro Luiz Fux, em seu voto, a declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que a presunção de inocência é resguardada até a comprovação de sua culpabilidade e não do trânsito em julgado da sentença.

O Ministro Barroso destacou em seu voto que o julgamento deveria considerar o fenômeno da mutação constitucional¹², como ponto de partida para alterar o que já estava posto anteriormente acerca da matéria da execução provisória da pena. Em suas palavras:

“Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. É o que se passa a

¹² O tema da mutação constitucional tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da ideia de justiça. A tensão entre normatividade e l'acticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional. **(Barroso, 2015)**

demonstrar. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, Rel. Ministro Teori Zavascki, acórdão HC 126.292/SP) ”

Segundo a linha de fundamentação do Ministro Barroso, entraria em cena o conceito de mutação constitucional para tentar explicar essa transformação de concepção a respeito da execução provisória da pena, abandonando-se a assentada do outro acórdão de 2009 (HC 84.078/MG).

Como foi exposto pelo Ministro Barroso, a mutação constitucional seria a mudança de concepção, por via de interpretação, acerca do significado da norma, de forma que o novo entendimento se contrasta com o antigo. Como as normas constitucionais, assim como as demais, são interpretadas a partir da constituição, a mutação constitucional se dará quando o STF vier dispor uma nova interpretação sobre uma determinada norma, em um sentido diverso ou até contrário do que se vinha se consolidando na Corte.

Segundo o Ministro Barroso (2009), em seu voto, citando sua própria obra “a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. ”

Então, pelo fio condutor da mutação constitucional, o primeiro ponto suscitado pelo Ministro Barroso, no seu voto, foi que a presunção de inocência não condicionaria a impossibilidade de prisão e sim o status de inocente nas regras do processo penal. Segundo ele, a presunção de inocência garante ao réu a ampla defesa, o contraditório nas provas, mas, mesmo que as regras do processo penal garantam o status de inocente, não o livra da possibilidade das prisões cautelares, em se tratando dos requisitos presentes no art. 312 do Código Processo Penal (CPP).

Em entendimento parecido, explanou o Ministro Gilmar Mendes quando falou a respeito da não determinação do conceito culpa e seus efeitos. Disso se extrai que na possibilidade de busca domiciliar, bastam fundadas razões de que o sujeito esteja envolvido com o delito (art. 240, § 1º, do CPP). Para tornar o indivíduo réu de uma denúncia, são necessários indícios razoáveis de autoria e prova da materialidade do crime, art. 395, III do CPP. E para condená-lo são necessárias provas suficientes de autoria e materialidade. Do exposto, a presunção de inocência do indivíduo seria ferida em diversas etapas, mesmo antes do trânsito em julgado, pois, fora isso, seria inviável a persecução penal.

Para o Ministro Barroso, o que condiciona a prisão do indivíduo não é a sua situação de condenado em segunda instância, mas sim, a ordem escrita e fundamentada pelo órgão judicial competente. Por isso o sistema possibilita as prisões cautelares conforme inciso LVII e LXI do art. 5º da Constituição.

Em acréscimo, o Ministro Barroso asseverou que, nos conflitos de normas constitucionais, existe o interesse da garantia individual da presunção de inocência, mas de outro lado, encontra-se o interesse de outros princípios como a efetivação da lei penal em prol da proteção dos bens jurídicos tutelados, vida, dignidade humana, integridade física, a moral, a duração razoável do processo, entre outros.

Acontece que, na concepção do Ministro Barroso, a aplicação da pena desempenharia uma função social muitíssimo relevante. Segundo ele, a pena promoveria o desestímulo para a prática delituosa, servindo como prevenção aos crimes entre os membros da sociedade, de maneira que garantiria a proteção a interesses constitucionais a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.

De acordo com o Ministro Barroso, a presunção de inocência constante no inciso LVII do art. 5º, da Constituição, é algo distinto do que está albergado no inciso LXI, do mesmo dispositivo. Enquanto o primeiro estabeleceria o status de culpado, o segundo trataria das possibilidades da restrição de liberdade ¹³.

Um outro argumento levantado pelo Ministro Barroso é a respeito da credibilidade do judiciário. Mencionou que, após os exames de provas e fatos no segundo grau de jurisdição, manter o condenado solto, feriria a ordem pública no que se refere à credibilidade da justiça. Nessa perspectiva, a execução provisória da pena seria mais uma forma incursa nas motivadoras das prisões preventivas, mas não vinculada às características do réu, mas sim como uma forma de o judiciário maquiavar o problema da impunidade, pois o fato de antecipar a execução da pena criaria a sensação de que o judiciário estaria colaborando para transformar a sociedade num lugar mais seguro.

O Ministro Barroso, em continuidade de seu entendimento para o caso, apontou que a possibilidade de prisão, já como início da execução da pena, a partir do julgamento perante o segundo grau de jurisdição, seria uma forma mais eficaz de atingir os criminosos de colarinho branco. Por conseguinte, usou aquela finalidade de política criminal para justificar a modificação do posicionamento anterior (HC 84.078/MG)¹⁴, que impedia o cumprimento da pena antes de finalizados os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

¹³Art. 5º(...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hc 84.078/mg Acórdão nº 35. Rel. Ministro Eros Grau, **Habeas Corpus, Inconstitucionalidade da Chamada Execução Provisória da Pena**. Brasília.

Em síntese, o Ministro Barroso apresentou diversos valores que julgou estarem presentes na sociedade brasileira quanto à pressuposta necessidade de as pessoas condenadas em segundo grau de jurisdição iniciarem, de logo, o cumprimento da pena. Com base naqueles ditos valores, defendeu que era o caso de operar a mutação constitucional para permitir a execução provisória da pena, independentemente do trânsito em julgado.

Uma vez descrito o acórdão objeto do estudo, é o caso de analisar os argumentos apresentados. Dessa forma, é imperioso expor os parâmetros para as análises, os quais estão dispostos nos conceitos e pensamentos acerca do princípio da presunção de inocência, previsto tanto na Constituição de 1988 e como no pacto de São José da Costa Rica, em proteção aos Direitos Humanos.

3- **ACÓRDÃO DO HC 126.292/SP EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA).**

O STF, como guardião da constituição, tem a função de resguardar em sua inteireza todo o seu teor. Na teoria geral da constituição, as normas presentes são tidas como um documento na qual deve ter a capacidade de acompanhar as transformações sociais, sem a necessidade de mudanças estruturais do texto, mas sim adequando a interpretação a realidade, no que se entende como mutação constitucional.

Entretanto, conforme a atuação atual da Suprema Corte, ela teria a obrigação, como guardiã da constituição, aplicar uma interpretação evolutiva do texto constitucional, na sua atuação, seja em sua competência recursal, ordinária ou extraordinária, devendo respeitar os limites semânticos impostos pela própria constituição, de forma a não retroceder, em contradições, o seu conceito expressamente declarado.

Como se entende, o recurso extraordinário tem como finalidade processual viabilizar a análise de questões que tenham conflito com normas constitucionais, dentro do Supremo Tribunal Federal.

De fato, para que um recurso chegue ao Supremo Tribunal Federal, é necessário antes de tudo que o recorrente tenha percorrido os ritos ordinários nas primeiras instâncias judiciais, e cumpra os requisitos legais de admissibilidade.

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário são os que se encontram no art. 102, inciso III¹⁵, da Constituição Federal. O que se nota nesse dispositivo constitucional é que

¹⁵ “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância,

o parâmetro para discussão a respeito da disponibilidade do recurso é se a decisão do tribunal, que proferiu a decisão vem ferindo a constituição em algum dispositivo. Dessa forma o que se entende é que a constituição é o parâmetro principal, na qual a Suprema Corte toma por base para julgar as questões propostas em recurso.

No que se refere ao recurso ordinário, para apreciar Habeas Corpus nos casos em que a ordem for denegada no Superior Tribunal de Justiça (STJ) como única instância, conforme art. 102, inciso II, a suprema corte não deve afastar seu parâmetro constitucional, no momento da apreciação, tendo em vista que as suas decisões abrem precedentes para futuras decisões no país, e principalmente em se tratando de direitos fundamentais como a liberdade.

O Habeas Corpus é uma ação autônoma de impugnação que visa garantir, proteger e restabelecer o direito de locomoção, sempre que alguém sofra coação ou risco. Dessa forma, por se tratar de direito protegido na constituição, a Suprema Corte deve resguardar em suas decisões de provimento ou denegação sob a luz e fundamento na constituição.

Mas em se tratando de conflito entre as normas amplas, constitucionais, e a evolução social, podemos interpretar como evolução constitucional, é que, ao se referir a normas amplas e genéricas, essas possam ocasionar uma série de conflitos de entendimento por causa da escassez em seu teor explicativo no texto constitucional. Dessa forma, deve-se entender que, em razão das lacunas textuais, deve-se buscar uma interpretação evolutiva quando trechos da constituição apresentam lacunas, mas obedecendo a semântica do texto expressamente legislado, não entrando em contradição.

Contudo o novo entendimento levantado pelo STF, sobre a presunção de inocência no Habeas Corpus 162.292/SP, não pode ser caracterizado como interpretação evolutiva, principalmente, em razão do texto presente no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição, ser bastante direto no que se propões em proteger a presunção de inocência em face da abusividade do desejo de punir do Estado, de forma a propor o trânsito em julgado da sentença, como marco inicial na consideração do sujeito como culpado.

Como argumento a fim de modificar o entendimento a respeito do inciso que retrata a presunção de inocência, a suprema corte buscou parâmetro na norma legal, como base para as decisões que confrontam diretamente esse direito constitucional fundamental. O que se pode entender, então, é que os guardiões da constituição, passaram a ser “senhorio” do texto

quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

constitucional e atribuíram interpretação pessoal, usando até de norma infraconstitucional, como modificadora do entendimento do texto constitucional.

No acórdão em apreço, os ministros usaram como justificativa para a mutação constitucional o art. 27, §2º da lei 8.038/90¹⁶, revogado pelo art. 1.029, § 5º do Novo Código de Processo Civil, além do art. 637¹⁷ do Código de Processo Penal e a sumula 279 do STF.

O acórdão interpretou essas normas presentes no Código de Processo Penal, no Código de Processo Civil e no art. 27 da Lei 8038/1990, no sentido de que os efeitos nesses recursos, nos tribunais superiores, se dariam de forma puramente devolutivo, o que justificaria o trânsito em julgado na segunda instância.

Entretanto, nos apontamentos referentes à excepcionalidade dos recursos aos tribunais superiores que, por meio de vários tipos de barreiras - da imposição de caracterização do prequestionamento da matéria, da vedação disposta na súmula 279 do STF e 636 do STF e a 7 do STJ, a proibição de apreciação de violação reflexa à constituição, e a necessidade da repercussão geral - que impedem a admissibilidade, fazendo com que os recursos aos tribunais superiores tenham um aspecto diferente de seletividade, altamente arbitrária e que determinam quais dos recursos que chegam à mesa dos ministros.

Com esse entendimento, o STF, no recurso extraordinário, tem a função de apreciação em aspecto geral, de unificação, e não apreciação individual subjetiva, como se fosse a continuidade recursal. Em outras palavras, para a suprema corte a sua atuação refere-se em maior parte na construção entendimento jurisprudencial como forma de criação de normatização, do que mesmo órgão de apreciação recursal com efeito de reformar decisões.

No entanto, a situação acerca dos recursos extraordinários e especiais não deve afastar o princípio da presunção de inocência, pois, independente da funcionalidade dos tribunais superiores, a questão é que a sentença penal condenatória não se torna definitiva enquanto não houver o julgamento daqueles recursos. Dessa forma, as questões dos efeitos dos recursos e de seus objetos de apreciação em nada interfere na natureza dos tribunais superiores como órgãos de apreciação de recursos. Afinal, como a própria constituição preceitua, a atuação dos tribunais superiores também se faz com poderes reformistas de decisões.

¹⁶ “**Art. 27** - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. (...)§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.”

¹⁷ “**Art. 637**. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

O que se pode entender referente a isso, é que, em se direcionando o acórdão às normas legais inferiores à Constituição, no que se refere aos recursos e à execução da pena a partir da segunda instância, afigura-se que a presunção de inocência foi violada. Ou seja, aquelas normas infraconstitucionais serviram como parâmetro para o julgamento do HC 126.292/SP em detrimento da presunção de inocência que tem status constitucional.

Por conseguinte, o que se pode ver é que houve uma inversão no normativismo Kelseano¹⁸, no que se refere à hierarquia das normas, na medida em que o acórdão do STF cria e usa um parâmetro legal, mas coloca a constituição e os acordos internacionais como segundo plano na apreciação.

Por outro lado, com relação ao status de culpado ou de inocente, pode-se afirmar que é referente à responsabilidade sobre o cometimento de um fato delituoso do qual o indivíduo está sendo acusado. Nessa senda, o indivíduo será culpado somente a partir do trânsito em julgado da sentença. Ou seja, quando não couber mais qualquer tipo de recurso contra a sentença condenatória.¹⁹

Os efeitos que o status de culpado ocasiona no indivíduo condenado por algum crime faz com que este venha sofrer consequência da condenação, nas conformidades dos efeitos presentes na constituição, direito penal e processo penal, qual seja o início do cumprimento das penas, suspensão dos direitos políticos, Inserção do nome do réu no rol de culpados entre outros.

Dessa forma os efeitos da condenação apenas entrarão em vigor a partir do trânsito em julgado da condenação.

Contudo, vale salientar, entretanto, que no voto do Ministro Barroso se dispôs que existiria uma diferença entre o conceito do status de culpado e o início da prisão por sentença condenatória confirmada em segundo grau, isso através da interpretação entre os incisos LVII (presunção de inocência) e LXI (possibilidades de prisão) do art. 5º.

No entanto, o efeito do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é a perda do status de inocente, o que consequentemente reflete na prisão. O que se nota é que o Ministro

¹⁸ O normativismo kelseniano – também chamado de normativismo lógico – baseia-se na rigorosa distinção entre as esferas do ser (Sein) e do dever-ser (Sollen), díade que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, de um lado, e cognição e volição, de outro. norma jurídica é encarada como um possível esquema de interpretação de condutas humanas, configurando-se logicamente enquanto sentido objetivo de atos de vontade. A objetividade das normas jurídicas decorre da circunstância de se fundamentarem as inferiores nas superiores, compreendidas sistematicamente como elementos da pirâmide normativa (Stufenbau) cujo ápice, no direito interno de cada Estado, radica-se na Constituição. (COSTA MATOS, 2011)

¹⁹ a mera convicção de culpado sem provas cabais de comprovar a verdadeira culpabilidade não é suficiente para a condenação, por isso resguarda-se o *in dubio pro reo* e o *favor rei* como princípios fundamentais inerente ao sujeito acusado de algum crime.

Barroso modificou a interpretação do inciso LXI, vez que o mesmo fala das possibilidades das prisões cautelares, no qual se exige autoridade competente para o ato jurídico. Mas, deve se destacar as naturezas distintas das prisões cautelares - que visam a manutenção da ordem pública e a efetivação das normas penais - das prisões oriundas da execução da pena – para estas, exige-se o status de culpado, como efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Analisando cronologicamente, percebe-se que o processo penal é do ano de 1941, muito antes da constituição 1988. É possível entender dessa situação que em diversos pontos o processo penal vai de encontro ao que preceitua a constituição, como, por exemplo, os arts. 393, 594 e 669, I.

Nesse contexto, como forma de constitucionalizar o processo penal, foi criado no ano 2011, em redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, na seara da presunção de inocência e sua interferência nas possibilidade legais da prisão do sujeito, o art. 283 do Código de Processo Penal Brasileiro. Pode-se afirmar que o referido dispositivo foi reflexo do entendimento do HC 84.078/MG, de 2009, bem como que possui conexão direta com os incisos LVII e LXI do art. 5 da Constituição.²⁰

Em vista disso, é permitido apontar uma contradição por parte do Ministro Barroso, quando ele busca diversificar o entendimento acerca dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição, de maneira distorcida, já que o entendimento constitucional refletido no artigo 283 do CPP teve como principal finalidade resguardar a impossibilidade do início da execução da pena provisoriamente, antes do trânsito em julgado.

Em contrapartida, ao confrontar o entendimento referente ao HC 126.292/SP e o que preceitua o art. 283 do CPP, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram no Supremo Tribunal Federal STF, ações declaratórias de constitucionalidade (ADC 43 e 44) referente àquele dispositivo, buscando o entendimento mais

²⁰ “**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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 1º** As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 2º** A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 1º** As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). **§ 2º** A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”

condizente com a Constituição. Isto é, tentaram pela via da ADC em favor do artigo 283 do CPP rediscutir a presunção de inocência.

Nessas ADC's o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 está de acordo com a constituição e o novo entendimento da corte a respeito da possibilidade da execução da pena nas conformidades do HC 126.296/SP. Segundo o Ministro Edson Fachin, em seu voto no ADC 44, o trânsito em julgado da sentença ocorre no segundo grau de jurisdição e não com acórdão condenatório dos recursos excepcionais.

Como forma de manter o entendimento, o STF utilizou dos mesmos argumentos utilizado no HC 126.296/SP, no que se refere a não realização dos efeitos suspensivos dos recursos especiais e extraordinários. Para a suprema corte, o entendimento do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, do novo CPC, não atribui efeito suspensivo aos recursos. Mantendo o mesmo entendimento do art. 27 § 2º, da Lei 8.038/90, essa revogada expressamente pelo novo CPC.

Ao fazer a comparação de interpretação com o art. 283 do CPP, o STF entendeu que o trânsito em julgado a que refere esse artigo condiz com a decisão do acórdão do HC 126.292/SP.

Dessa forma, é possível visualizar que a suprema corte utilizou, como já foi mencionado, parâmetros infraconstitucionais em um controle de constitucionalidade, ainda em reflexo ao que foi construído na interpretação do HC 126.296/SP, afastando-se completamente do inciso LVII da constituição e do Pacto de São José da Costa Rica.

O que se pode observar é que contrariamente ao que se vinha entendendo como constitucionalização do processo penal, o qual consistia na inserção de um novo paradigma que buscasse conformar as estruturas normativas à constituição, pode-se hoje verificar, no caso específico do art. 283 do CPP, o retrocesso frente ao que se buscava.

No que se refere a vedação ao retrocesso, com a mudança de entendimento no HC 126.292/SP, podemos entender que tal decisão incorreu em retrocesso social, o que é vedado no nosso ordenamento brasileiro a partir da recepção do Pacto de São José da Costa Rica.

Quando em 2009 o Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução provisória da pena era inviável em nosso ordenamento jurídico, tal direito fundamental da presunção de inocência passou a ser acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro com característica de direito garantido, incorporando ao cidadão como parte do patrimônio jurídico de proteção a dignidade da pessoa humana, de forma que sua mutação, em entendimento contrário, atingiu diretamente a ele, ferindo a esse princípio da vedação ao retrocesso.²¹

²¹ A vedação de retrocesso social na ordem democrática, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, pretende evitar que o legislador infraconstitucional venha a negar (no todo ou em parte essencial) a essência da norma constitucional, que buscou tutelar e concretizar um direito social resguardado em seu texto. A

Nesse mesmo entendimento, o julgamento do STF, no mencionado Habeas Corpus, ao tentar diferenciar o conceito de prisão e o status de culpado, configurou deturpação acerca da interpretação dos incisos LVII e LXI do art. 5^a da constituição, assim como também alterou a interpretação claramente apresentada no art. 283 do código de Processo Penal.

Sob outra perspectiva, destaca-se que o julgamento do HC 126.292/SP se afigura com contornos de ativismo judicial.

O ativismo judicial no seu conceito básico, reveste-se na ideia da ausência da atuação legislativa e executiva como justificativa para atuar na efetivação dos direitos fundamentais. Dessa forma, na ausência da atuação do poder legislativo e executivo, faz com que ocorra a hipertrofia da atuação do judiciário como forma de suprimir essa escassez, burlando a tradicional competência da tripartição dos poderes do Estado. Em outras palavras, o ativismo judicial seria a ampliação do espaço decisório do judiciário.

É importante entender que a suprema corte em sua atuação ela vai além da interpretação da redação normatizada sob a luz da constituição, ela passa a legislar, assim entendeu sobre o assunto Flávia Castro, 2014:

“(...)em algum momento, o exame da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, onde a interpretação judicial compreende sua feição mais significativa, pode assumir características próprias da elaboração da lei. Isto significa dizer que poder de interpretar a lei de fazer a lei, é de certa forma, o poder de fazer a lei. Assim, o controle da constitucionalidade das leis, para alguns, é entendido como uma forma de legislação judicial. ”

Contudo, partindo para uma visão específica ao objeto de estudo, no julgamento do HC 126.292/SP, o supremo tribunal extrapolou em sua fundamentação, construindo uma linha de tese que buscasse prover interesse e concepção em resposta à sociedade, utilizando de argumentos metajurídicos e de cunho puramente político, no que se refere ao sentimento de impunidade, promovendo, em seu discurso, a promoção de segurança pública à sociedade, com a possibilidade de execução da pena no segundo grau de jurisdição, esquecendo o parâmetro básico de interpretação que é a própria constituição.

“No presente caso, a corte se transubstanciou em poder constituinte permanente, ou seja, em autoridade política soberana, capaz de reescrever cláusulas constitucionais como lhe aprouver. (...)não que o ativismo judicial seja um mal em si. Entendemos que práticas ativistas, compreendidas como o alargamento dos espaços decisórios de

inclusão de tal proibição na ordem jurídica deu-se para impedir a violação do núcleo essencial do Texto Magno, e, por consequência, a supressão de normas de justiça social. (Maciel, 2007)

um tribunal, podem ser legítimas. Isso vai depender do sistema constitucional de cada país. Mas é certo que na situação exposta a corte praticou um ativismo contra a Constituição ao afrontar sua própria literalidade. ” (Coutinho e col., 2016)

Nesse sentido, o que se entende dentro do ordenamento brasileiro é o que se conhece como centralismo judicial, de fato que a suprema corte tem grandes poderes, de forma a reduzir a atuação do legislativo e executivo nas conformidades em que a corte interpreta determinado assunto, agigantando-se frente as demais esferas de poderes. Nesse sentido, a ordem jurídica deveria buscar um diálogo que busque entender o comportamento judicial da corte, tirando por base unicamente a constituição e os pactos internacionais de direitos humanos, os quais tem eficácias de normas supraleais ou de emendas constitucionais.

Mas o que se teve no acórdão em apreço, foi que o Supremo Tribunal Federal se sentiu livre suficiente para dar interpretações diversas ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição, indo contra às efetivações dos direitos fundamentais, sem que houvesse qualquer sanção a sua atuação fora das interpretações constitucionais, numa medida de contrapeso nos equilíbrios de poderes.

Como já foi mencionado no primeiro capítulo, o STF usou como base o sentimento de impunidade, tanto referente aos crimes de colarinho branco quanto o sentimento de impunidade em si, como forma de aferir a possibilitar a execução da pena a partir do segundo grau de jurisdição. O que foi argumentado é que a morosidade na elucidação do processo para o transito em julgado, por muitas vezes faz com o sujeito processado não seja condenado antes da prescrição do crime.

Mas o que se entende nesse sentido é que a celeridade do procedimento judicial é um princípio constitucional presente no art. 5 LXXVIII, de forma que se garanta a razoabilidade do processo e sua celeridade. Sendo assim, a máquina judiciária, por meio do poder executivo, legislativo e judiciário devem garantir, com a criação de mecanismo capaz de garantir a razoabilidade de todo o processo, em sua normalidade, até o transito em julgado. Acontece que apenas o judiciário, através de sua adequação de entendimento a respeito da possibilidade do início do cumprimento da pena, não pode cortar caminho com a antecipação do trânsito em julgado no segundo grau de jurisdição, como forma de fazer com que se crie confiança na punibilidade do sistema.

Ademais, no que se refere à punição dos criminosos de colarinho branco, como entende o próprio STF, que a possibilidade de execução da pena não será automática, ficando a discricionariedade do Tribunais de segunda instancia a possibilidade da elaboração da ordem de prisão.

Acontece que conforme podemos citar como exemplo de casos de condenados em segunda instância por crimes ligado ao colarinho branco, os tribunais serão seletivos aos alvos das pessoas que querem que sejam presas. Como foi justificado no próprio acórdão, os Ministros entenderam que o direito penal é seletivo aos mais pobres, sendo mais fácil prender um traficante de maconha a um político corrupto. E esse entendimento perpassa também aos demais de colarinho branco, assim podemos citar o caso do juiz de Direito Gersino Donizete do Prado condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a oito anos e quatro meses pelo crime de concussão, mas teve a sua execução da pena suspensa pelo Ministro Luiz Fux, o mesmo votou a favor da possibilidade da execução provisória da pena, caindo por terra essa ideia de que a antecipação do trânsito em julgado acarretaria a punição dos mais poderosos.

A presunção de inocência como preceito constitucional não pode ser suprimida pela simples ineficiência da atuação do judiciário como já demonstrado no tópico anterior a respeito do sentimento de impunidade. Dessa forma não será a supressão da inocência que irá reduzir os processos nos tribunais superiores, mas sim a restrição, por meio dos abusos das atividades para recorrer que permitirá desafogar os processos na suprema corte.

O ordenamento jurídico prevê sanções para o abuso do direito de recorrer, dentro do STJ, quando esse direito de recorrer é exercido de forma abusivo, os tribunais denegam o recebimento. Nesse entendimento julgou a Ministra Nancy Andrighi:

"A injustificada resistência oposta pelos recorrentes ao andamento da ação de execução e sua insistência em lançar mão de recursos e incidentes processuais manifestamente inadmissíveis caracterizam a litigância de má-fé". (RMS 31.708).

Em outra circunstância no STF, por unanimidade de votos, o Plenário do Supremo Corte rejeitou duas petições apresentadas, como forma de defesa de um ex-senador (Luiz Estevão de Oliveira Neto) a qual buscava derrubar o entendimento de decisão do ministro Dias Toffoli, que considerou protelatórios recursos de tal senador, de forma que foi caracterizada recurso abusivo, dando baixa imediata dos autos, com certificação do trânsito em julgado da sentença. Recurso Extraordinário (RE) 839163.²²

Dessa forma, entende-se que a fundamentação a que subsidiou o HC 126.296/SP rebuscou-se em seu teor em fundamentos que vão de encontro aos preceitos constitucionais e os pactos internacionais de proteção aos Direitos humanos. Nessa senda, os conflitos de interpretação das normas, seja o afastamento dos efeitos suspensivos, da não análise de fatos e

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão nº 135. **Dje-190 Divulg 29/09/2014 Public 30/09/2014**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Brasília, 2014.

provas, seja o ativismo e assenhoreamento constituição sob as normas, tudo isso foi usado como plano de fundo ao interesse não constitucional, mas sim convencional, de uma suprema corte que buscou uma finalidade, independente do meio a que se chegou.

Nesse entendimento, ligado ao Pacto de São José da Costa Rica, do exposto o que se pode concluir é que mesmo que se reconheça que o Brasil tem a responsabilidade de cumprir com os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, o que podemos verificar, analisando o acórdão do HC 126.292/SP, é que a suprema corte não buscou amparar-se sob o que resguarda a corte interamericana e o próprio pacto no que tange o resguardo do status de inocente até que se tenha o trânsito em julgado da sentença condenatória, como forma de proteção aos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Até o ano de 2009, não se tinha um entendimento firmado a respeito do momento em que se podia iniciar a execução da pena no Processo Penal. Dessa forma, o entendimento que se tinha, conforme demonstrava a Lei de Execução Penal é que a prisão do indivíduo se daria a partir do trânsito em julgado da sentença, ou seja, quando não houvesse qualquer possibilidade de reexame de sentença prolatada nos tribunais.

Com o HC 84.078/MG no Supremo Tribunal Federal, com a relatoria do Ministro Eros Grau, pode-se entender que a execução da pena só poderia se iniciar a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma que, antes ao trânsito em julgado, as prisões apenas seriam permitidas a partir das permissivas constantes nas prisões em flagrantes, preventivas e temporárias, fora essas possibilidades, ao acusado era proibido a execução provisória da pena, com fito no fundamento constitucional da presunção de inocência presente no art. 5º inciso LVII da Constituição de 1988.

Nesse entendimento, embora os recursos especiais e extraordinário não carregasse efeitos suspensivos, o STF entendia que mesmo assim, a execução da pena era impossibilitada em razão da presunção de inocência, a qual se estendia até a instâncias extraordinárias.

Perpassado 7 (sete) anos após firmação do HC 84.078/MG, através do que se entende por mutação constitucional, o STF mudou de entendimento a respeito da possibilidade da execução provisória da pena. Em uma votação de 7 (sete) votos à 4 (quatro), o STF, apreciando o HC 126.292/SP, passou recepcionar a execução provisória da pena a partir do acórdão condenatório do segundo grau de jurisdição.

O que se conclui, que no julgamento do HC 126.292/SP, a suprema corte não recaiu sobre o que predisões nos direitos fundamentais do art. 5 da constituição, principalmente a

específica presunção de inocência inciso LVII e o próprio pacto de São José da Costa Rica. Dessa forma o que se nota é que o STF utilizou dos meios infra legais, que vai de encontro a presunção de inocência, como forma de adequar o entendimento destoante da constituição e da proteção aos Direitos Humanos, para dar aspecto legal e constitucional a possibilidade da execução provisória da pena.

Por essa via de raciocínio, como instigador da mutação constitucional do entendimento, e para enfim dar a resposta a sociedade, a suprema corte deixou em segundo plano a constituição e os pactos internacionais, e decidiram fazer política de forma a retroceder ao que vinha sendo construído, direcionando o país a um cenário cada vez mais conservador e violador dos Direitos Humanos.

REFERENCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

_____. Lei Complementar nº 135, de 2010. **Lei da Ficha Limpa**.

_____. Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

_____. Convenção Internacional nº DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992, de 22 de novembro de 1969. **Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília,

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 126.292. **Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (cf Art. 5º, Inciso Lvii) Sentença Penal Condenatória Confirmada no Segunda Grau de Jurisdição**. Brasília.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência nº STJ - RMS: 31708. Brasília de 2010. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Execução de Título Judicial. Honorários Periciais. Decisão Interlocutória. Impugnação. Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Impossibilidade. Litigância de Má-fé. Condenação**. Brasília, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lei da Ficha Limpa fere a presunção de inocência**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

BRANDANI, Sérgio Augusto Souza; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O juiz das garantias e os princípios constitucionais do processo**. 2011. Disponível em:< <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/4016/3776>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O papel político do poder judiciário**. 2000. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_171.pdf>. Acesso em: 02 maio 2017.

COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda; LIMA, Flávia Danielle Santiago; Glauco Salomão Leite e OUTROS. **STF abandonou seu papel contra majoritário de guardião da Constituição.** 2016. Grupo Recife Estudos Constitucionais. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-10/stf-abandonou-papel-contramajoritario-guardiao-constituicao#sdfootnote1sym>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ERREIRAS, Nancy Bersani. **Princípio da presunção de inocência: garantias constitucionais e o conflito de liberdade.** 2007. 184 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Unipar, Umuarama, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Niterói-RJ: Impetus, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro.** Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

MACEDO, Fausto; COUTINHO, Mateus; AFFONSO, Julia. **Fux suspende execução de pena de juiz condenado a 8 anos de prisão.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fux-suspende-execucao-de-pena-de-juiz-condenado-a-8-anos-de-prisao/>>. Acesso em: 02 maio 2017.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **Do Princípio do não-retrocesso social.** 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>>. Acesso em: 18 maio 2016.

MARQUES, Fernando Cristian. **Constitucionalização do Direito Penal e do Processo Penal.** 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,constitucionalizacao-do-direito-penal-e-do-processo-penal,49346.html>>. Acesso em: 03 maio 2017.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **A norma fundamental de hans kelsen como postulado científico.** 2011. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/136/127>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINTO, Taís Caroline, ZANATA, Mariana Lobo. **Ativismo judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>> acesso em: 02 maio 2017.

RODAS, Sérgio. **Pré-questionamento não é requisito para RE ou REsp, diz Nelson Nery Jr.** 3 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-03/pre-questionamento-nao-requisito-re-ou-resneryjr?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 02 maio 2017.

ROVER, Tadeu. **Execução de pena após condenação em segunda instância não é automática.** 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-27/execucao-pena-condenacao-instancia-nao-automatica>>. Acesso em: 02 maio 2017.

SOARES, Carlos Henrique. **Novo Conceito De Trânsito Em Julgado.** 85 Revista Cej, Brasília, v. 14, n. 5, p.85-88, dez. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?** 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 17 maio 2017.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal. Reimpressão.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Apud processo penal e política criminal.