

EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDA INSTÂNCIA: CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE¹

IMPLEMENTATION OF THE PRIVATIVE PENALTY OF FREEDOM IN SECOND INSTANCE: CONSTITUTIONALITY OR UNCONSTITUTIONALITY

Naiara Vicentini²

Resumo: Em decisão recente do guardião da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), a jurisprudência até então pacificada, sofreu uma mudança completa. Uma celeuma foi gerada diante da aceitação, por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), de que caberia prisão ao condenado em primeiro grau, caso essa mesma decisão se mantivesse nos Tribunais, ou seja, a presunção de inocência estaria relativizada, como princípio que é, quando o sujeito fosse condenado também no segundo grau. Ainda, que os recursos Especial e Extraordinário não implicariam em ofensa da presunção de inocência. Duas formas de entender a posição do STF se multiplicaram entre os juristas: aqueles que discordam da decisão refletem que vivemos um Estado Democrático de Direito e que a CRFB/1988 é nossa guardiã legal. Nela está contido que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado” e, desta forma, uma decisão de segundo grau que ainda não tenha transitado em julgado, estando o sujeito sob a égide do princípio da presunção de inocência, estaria ferindo a CRFB/1988, sendo portanto inconstitucional. Aqueles que discordam argumentam que após a decisão de segundo grau, os recursos cabíveis são aqueles que não ensejam mais reexame de prova, ou seja, não cabendo mais a discussão da questão relativa ao mérito e, desta forma, não ferindo o princípio da inocência. O artigo pretende trazer as duas linhas de posições dos juristas nacionais e nesse sentido, contribuir para que cada operador do direito possa chegar a sua conclusão, por suas próprias convicções, diante dos argumentos trazidos tanto favoráveis quanto contrários ao novo entendimento jurisprudencial.

¹ Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso de especialização da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (Esmesc), como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público. Orientador: Doutora Andreia Regis Vaz, Florianópolis, 2018.

² Acadêmica do curso de Especialização em Direito Público da Esmesc.

Palavras-chave: presunção de inocência; execução da pena; segunda instância; trânsito em julgado; constitucionalidade; processo penal.

Abstract: In a recent decision of the guardian of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB / 1988), the jurisprudence hitherto pacified, underwent a complete change. A stir was generated in the face of the Federal Supreme Court's (STF) acceptance that the convicted person would be arrested in the first instance, if that decision were to remain in the Courts, that is, the presumption of innocence would be relativized, as a principle is, when the subject was condemned also in the second degree. Moreover, the Special and Extraordinary appeals would not imply an offense against the presumption of innocence. Two ways of understanding the STF position have multiplied among lawyers: those who disagree with the decision reflect that we are living a Democratic State of Law and that CRFB / 1988 is our legal guardian. It states that "no one shall be held guilty until final res judicata" and, in this way, a decision of a second degree that has not yet become final and is subject to the principle of presumption of innocence, would be injuring the CRFB 1988 and is therefore unconstitutional. Those who disagree argue that after the second degree decision, the appropriate remedies are those that do not lead to a reexamination of evidence, that is, no longer being able to discuss the merit question and, therefore, not violating the principle of innocence. The article intends to bring the two lines of positions of the national jurists and in this sense, to contribute so that each operator of the right can arrive at its conclusion, by its own convictions, before the arguments brought both favorable and contrary to the new jurisprudential understanding.

1 - Introdução

A construção doutrinária do princípio da presunção de inocência não é recente. Já no século XVIII, Cesare Beccaria³ postulava que a liberdade de um homem só lhe podia ser retirada após a comprovação de violações pactuadas. Muito se passou e, em algumas épocas a presunção de inocência foi até mitigada. Entretanto, com o florescer do respeito a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a valorização dos direitos individuais e sociais, a presunção de inocência passou a ser princípio acolhido em praticamente todo o mundo civilizado, seja nas convenções internacionais seja nos ordenamentos pátrios dos países. Cada um ao seu modo, e na forma de seu sistema jurídico, tem atualmente previsto que o estado natural das pessoas é o da liberdade e que uma pena de constrição dessa liberdade somente seria imposta após observados todos os direitos e garantias constitucionais, principalmente a observância do princípio da presunção de inocência. O

³ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Flório de Angelis. São Paulo, EDIPRO, 1993.

que se diferencia mundo a fora é o momento de alcance desse princípio. Na grande maioria dos países, a culpabilidade é reconhecida em dois graus de jurisdição. Porém, este não foi o entendimento adotado pelo nosso constituinte quando da CRFB/1988. O princípio da presunção de inocência, em nosso ordenamento, ficou atrelado a ocorrência do trânsito em julgado da ação, ou seja, todo cidadão será presumido inocente, não cabendo a execução da pena (salvo medidas cautelares e provisórias constitucionais) até que todos os recursos possíveis para a situação sejam julgados. Esse era o entendimento da Corte Constitucional até Fevereiro de 2016. Em votação do julgamento do Habeas Corpus 126.292 (fevereiro de 2016), o STF, por maioria, admitiu que a decisão condenatória mantida em segundo grau já autorizaria a execução da pena ali contida, ainda que não esgotados os possíveis recursos Especial e Extraordinário. Esta mesma decisão foi mantida em liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) N.º 43 e 44 (outubro de 2016), no julgamento do Agravo 946.246/SP (novembro de 2016), e também no HC 152.752⁴ (abril de 2018), o que nos permite inferir que até a presente data, em nosso sistema jurídico, está mantido o entendimento jurisprudencial do STF de que a execução da prisão logo após a confirmação da condenação por Tribunal é cabível e não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Entrementes, ainda que se tenha mudado a jurisprudência até então pacificada, a discussão é das mais acirradas no mundo jurídico. Juristas renomados tem alardeado o equívoco do STF com a nova decisão. Outros por sua vez, a tem defendido. Muitos são os argumentos contrários e favoráveis.

O objetivo geral do presente trabalho é a discussão da possibilidade de execução da pena privativa de liberdade após confirmação de sentença de colegiado sob a égide do princípio da presunção de inocência num viés de constitucionalidade. Para orientar a confecção do artigo utilizou-se do método dedutivo, isto é, buscaram-se posições jurídicas que sustentassem ou negassem a possibilidade da execução da pena em segunda instância. Buscou-se ainda categorias de conceitos e pesquisa bibliográfica qualitativa que compreendeu revisão doutrinária em obras jurídicas e artigos relativos ao tema discutido. O estudo dividiu-se na apresentação do conceito do Estado Democrático de

⁴ Na exata data em que se findava a confecção desta obra, 04.04.2018, o STF julgava Habeas Corpus impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva com fins de impedir que sua prisão fosse decretada com base no julgamento já realizado pelo STJ confirmando sentença condenatória de primeiro grau na justiça federal. O resultado do Pleno confirmou a possibilidade de prisão por 6 a 5. No dia seguinte ao julgamento, foi expedido mandado de prisão pro então ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva. No dia 05.05.2018 um novo HC foi interposto, com base em constrangimento ilegal do paciente, pedindo novamente sua liberdade. O Ministro Edson Fachin negou esse novo HC. A execução da prisão ocorreu no dia 07/04/2018 confirmando mais uma vez o STF a possibilitando a execução da pena de prisão após confirmação de sentença em segunda instância. Vide <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2018/04/08/imprensa-internacional-repercute-prisao-de-lula/>>. Acessado em 08.04.2018.

Direito e dos princípios constitucionais do processo penal com aprofundamento no conceito do princípio da presunção de inocência. Após, apresentou-se os argumentos favoráveis e contrários a execução de pena em segunda instância buscando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos mesmos sob a ótica dos autores estudados.

2 - Estado Democrático de Direito e suas implicações na Lei

O Estado Democrático de Direito está descrito no primeiro artigo da CRFB/1988, isso implica em assentir que o constituinte quis igualar os homens na forma da Lei, porém não numa Lei fria e formal, mas sim numa Lei que leve em consideração toda a conjuntura social que compõe o Estado. Neste sentido, o legislador permitiu florescer a ideia da construção de um Estado Democrático com diversos requisitos: “um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre as opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesse diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão”.⁵

Nesta direção, o Estado Democrático de Direito é muito mais do que um Estado formal de Direito, ele deve se efetivar na busca da justiça social. Não é a busca somente da igualdade dos homens perante a lei, mas sim que essa lei “possua conteúdo e adequação social (...) metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem estar comum, pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988 art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das ideias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana”.⁶

⁵ **SILVA** José Afonso. Curso de Direito Constitucional. (Revisada e atualizada até a E.C. 90 de 15/09/2015). São Paulo, Malheiros, 2016.

⁶ **CAPEZ** Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral – 21ª ed. São Paulo, Saraiva. 2017. p.22.

Por este viés, é através da Constituição Federal, nas suas traduções, mandamentos e disposições que o país se alicerça, uma vez que a “Constituição da República é a norma maior, sendo o fundamento de validade material e formal do sistema. Advém disto o fato de que todos os dispositivos e interpretações possíveis, inclusive o de transformar substantivo em adjetivo – exclusivamente -, como acontece com o art. 144, §4º, da CR, por exemplo, devem perpassar pelo controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria – esfera do indecível -, dado que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para a reforma, ciente ainda, da existência de cláusulas pétreas”.⁷

Para tanto, o constituinte, na própria CRFB/1988, definiu princípios fundamentais e garantias individuais que devem ser observados de modo que este Estado Democrático de Direito, o qual tem sua soberania no povo que elege seus representantes, seja alcançado.

Neste aspecto, diversos são os princípios descritos na CRFB/1988, os quais se ampliam aos mais diversos campos e assuntos pertinentes a vida em sociedade.

Especificamente quanto ao Direito Penal, muitos são os princípios dedicados na Constituição. Eles orientam os aplicadores do direito na “correta interpretação e na justa aplicação das normas penais”.⁸ Como princípio base de todos os princípios aplicados ao Direito Penal, Capez (2017) entende que o da dignidade da pessoa humana é o princípio reitor de todo o regramento a ser disposto e apresentado pelo legislador. “Da dignidade da pessoa humana, por sua vez, derivam os outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta”.⁹

No entendimento de Nucci (2012) não só a dignidade da pessoa humana é princípio reitor no Direito Penal, mas também o princípio do devido processo legal sendo

⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p.37.

⁸ CAPEZ, obra citada, p.24.

⁹ CAPEZ, obra citada, p.25.

que eles “conduzem os demais a produzir a meta principal do Estado Democrático de Direito, consistente em aplicar a justa medida punitiva, tendo por base a prática do crime”.¹⁰

Nucci (2017) descreve ainda que “sobre o prisma objetivo, a dignidade da pessoa humana obriga o Estado a assegurar ao indivíduo as condições mínimas de sobrevivência respeitável; sob enfoque subjetivo, garante o respeito à autoestima e à individualidade”.¹¹ E continua, “já o princípio do processo legal congrega, sob a ótica substantiva, todos os princípios penais, e sob o lado processual, todos os princípios processuais penais”.¹²

Destarte, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio norteador, pode-se inferir que no Estado Democrático de Direito, tanto na esfera do Direito Penal quanto na do Direito Processual Penal não devem ser utilizados como instrumentos de opressão, mas sim desenvolvidos de forma que protejam os bens jurídicos assim considerados, e, que cumpram sua grande função que é limitar o *jus puniendi* a partir da norma geral de controle, qual seja, a Constituição Federal. A não observação dos princípios constitucionais desestabiliza o Estado Democrático de Direito, dificultando a consecução dos seus fins, relegando à atos cometidos fora deste Estado, o teor de inconstitucionais.

Isto posto, o Processo Penal é executado por uma série de princípios ordenados orientados por esse perfil político democrático que é nosso Estado, sendo que quanto mais democrático for esse perfil, “mais o processo penal se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual”.¹³

3 - Princípios Constitucionais no Processo Penal

No processo penal, os princípios constitucionais decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana são: juiz natural, isonomia, contraditório e ampla defesa, devido processo legal, publicidade dos atos e presunção de inocência. Vejamos cada um deles.

Princípio do Juiz Natural – Neste princípio tem-se a garantia de que o cidadão será julgado por uma figura independente dentro do processo, “livre de coações, de

¹⁰ Nucci, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012. p.437.

¹¹ Nucci, obra citada, p 437.

¹² Nucci, obra citada, p 437.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 17ª ed. Revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2017.

influências constrangedoras, enfim de ameaças que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo”.¹⁴ Significa que, para ser punido penalmente, alguém deve ser julgado por um juiz imparcial que tem uma atividade competente conforme a CRFB/1988 (Art. 5º, LIII). Neste sentido, o Estado delega a função jurisdicional e só o magistrado investido em carreira terá legitimidade para conduzir processos no Judiciário, pois, ainda conforme a própria CRFB/1988 (Art. 5º, XXXVII) não teremos em nosso país “Juízo ou Tribunal de Exceção”.

Princípio da Isonomia – Este princípio, contido no Art. 5º caput da CRFB/1988, assegura às partes a igualdade de tratamento. Num processo, as partes, independentemente de sua posição, estão para o Estado, todas num mesmo patamar. Disso decorre que tem direitos iguais e deveres iguais. “Sem essa igualdade de condições não haveria equilíbrio entre elas, e a ausência de equilíbrio implicaria na negação da Justiça”.¹⁵ Também Beccaria, quando da publicação do livro “Dos Delitos e das Penas” assim já considerava que Justiça só poderia ser feita quando as vantagens da sociedade fossem igualmente repartidas entre todos os seus membros.¹⁶

Princípio do Contraditório e Ampla Defesa – Descrito no Art. 5º, LV da CRFB/1988: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Aqui temos a implicação de que não haverá ninguém considerado culpado sem que tenha sido lhe proporcionado o direito à defesa, sem que tenha sido ouvido e podido contraditar as imputações que lhe são feitas. Para Tourinho (2017), “tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.”¹⁷

A ampla defesa, conforme Nucci (2012) “representa a mais copiosa, extensa e rica chance de preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano”.¹⁸ Para

¹⁴ CAPEZ, obra citada, p.60.

¹⁵ CAPEZ, obra citada, p.61.

¹⁶ BECCARIA, obra citada, p. 13.

¹⁷ CAPEZ, obra citada, p.65.

¹⁸ NUCCI, obra citada, p. 290.

tanto, o próprio Estado, inclusive, deve proporcionar àqueles que não tem condições financeiras de prover sua defesa, o direito à ela (Art. 5º, LXXIV).

Princípio do Devido Processo Legal – Descreve o Art. 5º, LIV da CRFB/1988 *que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, ou seja, o legislador quis garantir a todo cidadão a possibilidade de acesso ao Judiciário para buscar seus direitos e ou defesa em consonância com o desenvolvimento de um processo baseado na Lei. Vários outros princípios validam esse princípio, “como a presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do julgador, direito às vias recursais, proibição do *reformatio in pejus*, respeito a coisa julgada (*ne bis in idem*), proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna (...)”¹⁹.

Princípio da Publicidade dos Atos Processuais – Este princípio, além de estar incluído na CRFB/1988 (Art. 5º LX), também está descrito no Código de Processo Penal (CPP – Lei 3.689/1941) em seu artigo 792, ambos descrevendo as possibilidades de restrição de atos processuais, mas nunca à eliminação. Implica na assertiva de que todos os atos processuais são públicos. O que tal princípio visa é dar transparência aos processo penal, “e deve ser assim para que a sociedade perceba que a Justiça não é feita entre quatro paredes”.²⁰

Princípio da Presunção de Inocência – Por ser o princípio motivador de nossa estudo, nos ateremos a detalhar mais este princípio. Ele tem sua origem na revolução liberal do século XVIII. Diante de uma borbulhante mudança no sistema repressivo, a presunção de inocência foi inserido no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem²¹ e do Cidadão em 1789: *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi*”.²²

O texto permite inferir que, diferente do momento histórico anterior a revolução, onde o cidadão deveria provar sua inocência (sistema penal inquisitório)²³, agora, com a

¹⁹ CAPEZ, obra citada, p.71.

²⁰ CAPEZ, obra citada, p.63.

²¹ Disponível em: <<http://www.ldh-france.org/section/auxerre/files/2010/12/LDH-D%C3%A9claration-des-droits-de-l'homme-et-du-citoyen-de-1789.pdf>> – Article IX. Acessado em 10/01/2018.

²² - Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Tradução disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> - acessado em 10/01/2018.

²³ A principal característica do sistema inquisitório, é a gestão de prova como função exclusiva do magistrado, tinha como defesa deste sistema a procura da verdade real no processo, onde o juiz poderia procurar e se inteirar dos fatos

previsão da presunção de inocência, este mesmo cidadão era considerado, presumidamente inocente. E, qualquer medida de restrição à liberdade de alguém seria ilegal.

A liberdade passou a ser difundida como um “direito natural”, sagrado do homem e, portanto, para se ver preso, era necessário que sua culpa ficasse provada, impedindo dessa forma, que medidas que restringissem sua liberdade, salvo as de medida cautelar, absolutamente indispensáveis ao processo, fossem aplicadas sem que um devido processo legal fosse aplicado.²⁴

Já em 1764, Beccaria²⁵, considerado o principal representante do iluminismo penal, já defendia a presunção de inocência quando enunciou que um “homem não pode ser culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se dúvida se ele é inocente ou culpado”.

Nos estudos de Henrique Ferri, 1931, apud Gomes Filho (1991),²⁶ “a presunção de inocência constitui dogma fundamental na elaboração doutrinária do direito repressivo, realizado no século XIX, a partir de trabalhos dos mestres peninsulares da denominada Escola Clássica²⁷. Também para isso contribuiu, sobretudo, uma forte motivação política, a luta pela unidade italiana e o patriótico anseio de se postular em favor dos nela envolvidos as garantias já consagradas pela Revolução Francesa”.

facilmente, ele então seria detentor da decisão processual, como este sistema exclui o acusado do processo, fazendo de mero objeto de análise do processo penal, garantias como contraditório não são existentes, fazendo com que o juiz seja orientado por suas próprias convicções. Disponível em: <https://juris-aprendiz.jusbrasil.com.br/artigos/444647780/sistema-processual-penal-sistema-inquisitorio> -Acessado em 16/01/2018.

²⁴ Sistema Penal acusatório, sistema adotado pelo Brasil, onde o acusado tem direito a um processo público, oral, legal e estruturado para assegurar igualdade entre acusação e defesa.

²⁵ BECCARIA, obra citada, p.35.

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo, Saraiva, 1991. p. 13

²⁷ A partir do século XIX, se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram, no entanto, os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, finalmente, a refletir o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, responsáveis, entre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção segundo a qual não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu! Fonte HC 126.292/2016 – voto do Ministro Celso de Melo.

Entende Carrara, 1903, apud Gomes Filho (1991),²⁸ que “a presunção de inocência do acusado é pressuposto da ciência penal, na parte que contempla o procedimento, e a ela são referidas praticamente todas as garantias do que hoje chamaríamos “justo processo”: juiz natural, amplitude de defesa, observância das condições de legalidade nas confissões, imparcialidade na apreciação da prova e, sobretudo, temperamento na custódia preventiva”.

Ainda, “em contraposição às colocações dos clássicos, os estudiosos ligados ao positivismo criminológico, coerentes em seu propósito de estudar o crime e a punição a partir dos subsídios fornecidos pelas ciências biológicas e sociais, e preocupados, sobretudo, com a defesa da sociedade contra o crime, negaram a presunção de inocência o valor que lhe emprestaram as colocações puramente jurídicas da escola Clássica”.²⁹

Nesta linha de pensamento, o entendimento de Garofalo em 1892, apud Gomes Filho, (1991), como representante do positivismo criminológico, sobre a presunção de inocência, é de que “a presunção mais razoável é a de culpabilidade, porquanto na maioria dos casos o julgamento é antecipado pela opinião pública e o réu já comparece a juízo com maior probabilidade de condenação; enfim, não se deve presumir a inocência do acusado, nem declará-lo culpado; ele é o que é: *imputato*”. (grifo do texto original)

Em âmbito mundial, em 1945, a presunção de inocência também foi firmada na declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 11, I:³⁰ “*Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”. No artigo, se percebe, que o texto apresenta o princípio da presunção de inocência “relacionado ao direito à tutela jurisdicional”, assegurando ao acusado que a demonstração de culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa”.³¹

²⁸ GOMES FILHO, obra citada, p. 13.

²⁹ GOMES FILHO, obra citada p. 14.

³⁰ Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> - acessado em 16/01/2018.

³¹ GOMES FILHO, obra citada, p. 18.

Em 1950, a Convenção Europeia de Direitos Humanos³², também consagrou, em seu artigo 6º, item 2: *“Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”*.

Outro texto internacional³³ onde o princípio da presunção de inocência é contemplado é no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,³⁴ 1966, do qual o Brasil é signatário:³⁵ *“as pessoas acusadas de um delito tem direito a que se presuma sua inocência até que se prove sua culpa conforme a Lei*.

Ainda na esfera internacional, a presunção de inocência foi defendida no artigo 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969³⁶, e ratificada pelo Brasil:³⁷ *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)”*

Por sua vez, a Comunidade Europeia, numa forma de validar sua criação como bloco, também elaborou uma carta de proteção aos direitos fundamentais dos seus cidadãos. Nos capítulos descritos na Carta, aquele relativo a Justiça, (capítulo VI) e que faz alusão ao processo penal, confere a todas as pessoas daquela comunidade, direito e garantias pelo Direito da União, pelo bloco em si, e foi nomeada de Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Assim descreve o artigo 48, item 1: *“Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.”*

Destarte, em algum momento a presunção de inocência também foi repudiada, como traz Lopes júnior (2009), chegando a ser retirada do Código de Rocco³⁸ de 1930: *“no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário e o fascista, a ponto de MANZINI chama-la de “estranho e*

³² Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&ID=4> - Acessado em 03.02.2018

³³ Salienta-se que em nosso Ordenamento Jurídico, os Tratados Internacionais, dos quais o Brasil for signatário, tem eles valor de legislação constitucional conforme Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte - CRFB/1988.

³⁴ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf> - Acessado em 16/01/2018.

³⁵ Decreto Legislativo Nº 226 de 12/12/1991, em vigor em 1992.

³⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf - Acessado em 16/01/2018.

³⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm - Acessado em 16/01/2018.

³⁸ Até o ano de 1988, vigia na Itália o Código de Processo Penal de 1930, conhecido como Código Rocco, editado sob a ditadura fascista de Mussolini, com características inquisitivas. Tal Código previa o chamado Juizado de Instrução, no qual eram obtidos os elementos de prova que seriam utilizados na fase de julgamento, ou *giudizio*. Fonte: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30260/submission/review/30260-31074-1-RV.pdf> - acessado em 20.01.2018. 2 - O Código de Processo Penal Italiano de 1930, chamado *Codice Rocco*, foi a matriz ideológica que influenciou a produção científica do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, vigente ainda hoje, apesar das inúmeras alterações que sofreu. Sua raiz enfática é o *sistema inquisitório*, regido pelo princípio unificador inquisitivo, cuja principal característica é a concentração de poder nas mãos do julgador, que detém a *gestão da prova*. Fonte: <https://canalcienciascriminais.com.br/processo-penal-brasileiro/> - acessado em 20.02.2018.

absurdo extraído do empirismo francês”.³⁹ E descreve o autor como se dava o pensamento acerca do princípio naquele regime político, tratando-o como excesso de garantismo e individualismo: “como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência”.⁴⁰

No Ordenamento Jurídico brasileiro mais especificamente, o princípio da presunção de inocência, está descrito no artigo 5º, inciso LVII da CRFB/1988: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Percebe-se no texto, que a adoção de tal princípio foi seguida pelo constituinte, baseada em parâmetros que se viu aplicado em vários Tratados Internacionais acima descritos.

O então Ministro do STF Teori Zavascki (2016),⁴¹ em julgado recente, valorizou a importância do princípio da presunção de inocência em nossa Constituição Federal, afirmando que “o reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório”.

³⁹ LOPES, Jr. Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol I, 4ª ed. Revisada e ampliada com as Leis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.190.

⁴⁰ LOPES, obra citada, p. 440.

⁴¹ Ministro Teoria Zavascki. HC N. 126.292 – 17/02/2016 – Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> – Acessado em 16/01/2018.

Entrementes, Bento (2007)⁴² adverte que na Constituição “a presunção de inocência, não está descrita de forma expressa, demonstrando uma lacuna quanto a verdadeira amplitude da presunção de inocência”. E continua, argumentando que “se tal observância tivesse sido privilegiada na CRFB/1988, seria atingido as seguintes garantias: primeiro, como regra de tratamento ao acusado; segundo, como regra de interpretação e valoração de provas e por último, como razoabilidade quanto a utilização das prisões provisórias”.⁴³

Carvalho (2009) pelo mesmo viés, entende que não foi ideal o texto eleito pelo constituinte quando fixou um marco processual para expressar o princípio da presunção de inocência, “como fez ao aludir ao trânsito em julgado, (...) mas sim, deveria ter expressado o princípio em termos genéricos.”⁴⁴ E certificou que, “andou melhor a Convenção Americana ao prever a presunção de inocência até que se comprove a culpabilidade, permitindo com isso, que regras infraconstitucionais estabeleçam, por meio dos efeitos atribuídos aos vários recursos, quando cederia a presunção”.⁴⁵

Também Barbagalo (2015) entende que “não foi utilizada a expressão “inocência” para designar a garantia processual, sendo que não foram poucos os autores que afirmaram (e afirmam) que a Constituição não reconheceu expressamente uma presunção de inocência, mas sim uma presunção de não culpabilidade”.⁴⁶ Afirma ainda que “a Constituição brasileira utilizou a expressão universal em sentido negativo “ninguém”, autorizando interpretação de que, independentemente da qualificação que se adote (indiciado, réu, acusado, imputado), o manto da presunção da inocência protegerá a pessoa processada de qualquer tratamento abusivo.

Leciona Rangel (2017) que a terminologia “presunção de inocência” não é adequada,⁴⁷ e portanto não a utiliza em seus apontamentos. Sugere, dentro do princípio sugerido na Carta Magna, que “se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente

⁴² BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo, Quartier Latim, 2007, p. 77.

⁴³ BENTO, obra citada, p. 78.

⁴⁴ CARVALHO, Castanho de L.G. Grandinetti. Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5º ed, revista e ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 166.

⁴⁵ CARVALHO, obra citada, p. 167.

⁴⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro (recurso eletrônico). Brasília, TJDFT, 2015, p. 55.

⁴⁷ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 25º ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24.

inocente”⁴⁸. Entende o autor que a Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII CFRFB/1988).

Em julgado recente o próprio Ministro Gilmar Mendes enfatiza a problemática do arranjo verbal que o constituinte deu ao princípio em discussão: “A norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado”.⁴⁹

Numa busca aos julgados do nosso guardião da Carta Magna, Barbagalo (2015) descreve⁵⁰ que “o Supremo Tribunal Federal prefere a expressão presunção de inocência⁵¹, mas, às vezes, opta pela expressão presunção de não culpabilidade⁵², sendo que em alguns momentos as utiliza de maneira indistinta.⁵³ O Ministro Teori Zavascki, quando de seu voto no Habeas Corpus 126292/2016/SP, referiu-se ao princípio da presunção de inocência como princípio da não culpabilidade.⁵⁴

No entendimento de Capez (2017) o princípio da presunção de inocência também está ligado ao quesito culpabilidade, e neste sentido, o desdobra em três aspectos: “a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-se em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual”.⁵⁵

-Rangel (2017), também se aproximando do entendimento de Capez (2017), defende que a “visão correta que se deve dar à regra constitucional do art. 5, LVII, refere-se ao ônus da prova. (...) À luz do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o estado-administração (Ministério Público) que tem que provar a sua culpa. (...) Numa visão sistemática, o disposto no artigo 5º da CRFB não pode ser entendido como princípio da presunção de inocência, mas sim como regra constitucional que inverte,

⁴⁸ RANGEL, obra citada, p. 24.

⁴⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes. HC N. 126.292.

⁵⁰ BARBAGALO, obra citada, p. 59.

⁵¹ HC n. 110.235, 105.750, 93.427, 93.315, 89.503 e 71.289.

⁵² HC n. 80.719 e RHC 100.913.

⁵³ HC n. 108.440, 107.318, 107.229, 106.856 e 106.174.

⁵⁴ Voto do Ministro Teori Zavascki. HC N. 126.292.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público.”⁵⁶ Neste sentido, o autor conclui que a presunção pode ocupar tanto o campo da inocência (absolvição) quanto o campo da culpa (condenação) e, que isso não deixaria de se estar obedecendo a Constituição Federal. “O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal. (...) A mesma coisa ocorre quando o juiz condena (presumida a culpa), pois, se houver recurso do réu e for provido, a presunção de culpa é derrubada. O que a Constituição veda é considerar culpado e não presumir. O juiz, quando dá a sentença (seja condenatório ou absolutória), apenas presume”.⁵⁷

Em seus estudos, Lima (2017) adota o entendimento de que o princípio da inocência deve ser chamado de princípio da não culpabilidade, e, adverte que em nosso ordenamento, ambos são utilizados pela maioria dos juristas como sinônimos. Porém, “comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir-se à *presunção de inocência*, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão *inocente*, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado *culpado*”.⁵⁸ E conclui que o princípio da inocência “pode ser definido como direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual, o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação”.⁵⁹

Sustenta Bonfim (2015) que nosso ordenamento consagrou o princípio da não culpabilidade, e que a utilização da linguagem princípio da presunção de inocência não seria tecnicamente adequada, uma vez que “presunção em sentido técnico, é o nome da operação lógico dedutiva que liga um fato provado (indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. (...) A Constituição Federal (Art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal

⁵⁶ RANGEL, obra citada, p. 26.

⁵⁷ RANGEL, obra citada, p. 25.

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume único. 5ª ed, ver., ampl. e atual. Salvador: JusPoivm, 2017, p. 43.

⁵⁹ RANGEL, obra citada, p. 39.

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

condenatória”. Assim o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se pois, a um estado de inocência, ou de não culpabilidade”.⁶⁰

Para o então Ministro César Peluso (2016), uma busca histórica no pensamento conceitual do princípio da presunção de inocência permite entendê-lo como uma “garantia constitucional de um *valor político-ideológico* assumido, na configuração do processo penal e dos procedimentos similares, como consequência direta do reconhecimento da liberdade e da dignidade do homem”.⁶¹ E acrescenta, que sua dimensão semântica permite desdobrar a presunção de inocência em vertentes: “em primeiro lugar, é uma *regra de tratamento do réu* no curso do processo (...) É, portanto, uma *garantia*, no sentido de que o réu não pode ser tratado no curso do processo como se fosse culpado; deve ser tratado *como se fosse inocente*. (...) Trata-se de garantia constitucional de tratamento condigno do réu, enquanto não lhe sobrevenha sentença condenatória definitiva. É ainda, (...) a expressão máxima de um *modelo de processo penal*, concebido primordialmente para proteger a liberdade, e não, para punir. (...) Mas é também, em terceiro lugar, *regra de juízo*, isto é, regra de decisão e, como tal, tem reflexos importantes no campo probatório, na distribuição do ônus da prova”.⁶²

No atual estágio de evolução do direito, comenta Barbagalo (2015) “não faz qualquer sentido tentar diferenciar inocência e não culpabilidade, duas faces da mesma moeda. Os autores que adotam uma ou outra expressão, com raras exceções, não divergem que a essência de ambos os institutos é a mesma, consubstanciada em regras de tratamento e, como consequência, na excepcionalidade das medidas coercitivas processuais (favor libertatis); e ainda na produção, em contraditório, e análise do conjunto probatório (in dubio pro reo)”.⁶³

Além de entender o princípio da inocência como regra ligada ao ônus da prova, Lima (2017) acrescenta ainda que tal princípio deve ser visto também sob uma ótica de regra de tratamento. “Por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação

⁶⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95.

⁶¹ Cesar Peluso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>> - Acessado em 16/01/2018.

⁶² Cesar Peluso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>> - Acessado em 16/01/2018.

⁶³ BARBAGALO, obra citada, p. 70.

ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal”.⁶⁴

Gomes Filho (1991) aproxima o princípio da presunção de inocência como regra de tratamento e descreve que tal “garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado: e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo “justo”.⁶⁵ E complementa que a “denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico na qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes a dignidade da pessoa humana e como tal deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal”.⁶⁶

A natureza jurídica do princípio da presunção de inocência, conforme Luiz Flávio Gomes (1999) pode ser vista do ponto de vista extrínseco (formal) e intrínseco (substancial). Naquele, “o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, é dizer, está inserido no rol das *garantias fundamentais da pessoa* (Art. 5º). Do ponto de vista extrínseco, é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias (*garantista*) e de tratamento do acusado. Cuida-se, por último, como não poderia ser diferente, de uma presunção *iuris tantum*, é dizer, admite prova em sentido contrário”.⁶⁷

Pacelli (2017) discorre de forma didática seu conceito do princípio da presunção de inocência e lhe alcança sinônimos, como “estado” ou “situação de inocência”. Argumenta que tal princípio deve ser visto, pelo poder público, sob duas formas de regras, quais sejam, em regras de tratamento, onde “o réu em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de

⁶⁴ LIMA, obra citada, p. 45.

⁶⁵ GOMES FILHO, obra citada p. 37.

⁶⁶ GOMES FILHO, obra citada p. 37.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 108-109.

Formatado: Fonte: (Padrão) Times New Roman, Itálico

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Justificado

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

Formatado: Fonte: Georgia, 8 pt

condenação”.⁶⁸ A outra regra diz respeito à questão do ônus prova, sendo que “a prova da existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação”.⁶⁹

Lopes Júnior (2009) também defende que o princípio da presunção de inocência adquire status de regra de tratamento quando de sua aplicação. E que a regra seja aplicada em âmbito interno e externo ao processo, determinando naquele que a carga da prova seja inteiramente ao acusado, com severas restrições ao uso das prisões cautelares.⁷⁰ Já no âmbito externo, defende o autor, que a “presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do dado criminoso e do próprio processo judicial”.⁷¹

O entendimento do princípio da presunção de inocência sob o ponto de vista de regra de prova e como regra de tratamento, tem origem em ordenamentos da *common law*⁷², onde o princípio da presunção da inocência, apesar de reconhecido, não tem registro em norma escrita. Ambas regras são desdobramentos do *in dubio pro reo*.

Do exposto, é possível esquadrihar a visão da maioria dos juristas nacionais diante do princípio da presunção de inocência, qual seja, entendimento de que seja um princípio orientador da persecução penal em vertentes de defesa ao ônus e produção da prova bem como diretriz de tratamento ligada a dignidade do imputado como pessoa humana de direito.

4 - Presunção de Inocência e Prisão Cautelar

É preciso ainda trazer a discussão, quando se quer discorrer sobre o princípio da presunção de inocência, acerca das prisões cautelares, as quais tem por base também

⁶⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo, Atlas. 2017. p.33.

⁶⁹ PACELLI, obra citada, p.33.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, obra citada, p. 194.

⁷¹ LOPES JÚNIOR, obra citada, p. p.194-195.

⁷² Civil Law e Common Law são sistemas jurídicos utilizados nos países. Indicam a forma como aplicam e arranjam suas leis. A Common Law se fundamenta na lei não escrita, no direito jurisprudencial e nos costumes; enquanto que a Civil Law se alicerça na lei devidamente positivada e codificada.

previsão constitucional, e, que podem ser decretadas antes mesmo do veredito de primeiro grau, ou seja, sem culpa formada, ou ainda, em fase de inquérito policial. Neste sentido, é possível inferir, que em nosso ordenamento o princípio da presunção de inocência, concorre com outra determinação, também constitucional, que são as prisões cautelares, pois desde que observado o que determinam os artigos 283 e 312 do CPP nos termos do disposto no art. 5º, LXI da CRFB/1988, pode alguém ter liberdade restringida antes do trânsito em julgado de uma condenação.

Nessa linha de raciocínio, “importa verificar, então, dentre as finalidades atribuídas pelo legislador ordinário – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal -, em que medida estaria, ou não, afrontada a presunção de inocência; além disso, importante procurar estabelecer certos parâmetros para evitar que, mesmo nas hipóteses em que não se manifeste incompatibilidade, não se afaste a ideia de excepcionalidade que deve revestir a prisão anterior a condenação definitiva”.⁷³

A partir dos parâmetros acima descritos, não deve o poder público utilizar de sua força para que conceda prisões durante a persecução penal, quais sejam, prisões cautelares, ainda que previstas na Carta Magna, sem a real necessidade de sua adoção, que sob justificativa de urgência e necessidade acabam por desrespeitar o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, enfatiza Eugênio Pacelli (2017) que a presunção de inocência, ou, como ele próprio descreve, o “estado de inocência” é princípio de grande relevância, pois exige que a prisão decretada, antes do trânsito em julgado da ação, deve ter caráter cautelar, sendo apenas imposta por uma ordem judicial devidamente motivada. “Em outras palavras, o estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundamentada em razões de extrema necessidade, ligados à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”.⁷⁴

⁷³ GOMES, obra citada, p. 65.

⁷⁴ PACELLI, obra citada, p.33.

O professor Afrânio Silva Jardim, apud Machado (2009), argumenta que “nada obstante a adoção do princípio da inocência pelo legislador constituinte, o próprio texto constitucional vigente admitiu também a prisão provisória ou cautelar, ao lado daquele princípio, uma vez que permitiu a prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (Art. 5º, LXI), sem fazer qualquer restrição a oportunidade processual de tal medida cautelar – se antes, no curso ou no fim do processo”.⁷⁵

Ainda no tema, Machado (2009) entende que as prisões cautelares e o princípio da presunção de inocência convivem bem em nosso ordenamento na medida em que “ambas tem caráter constitucional”.⁷⁶ E saliente que o princípio da presunção de inocência “pode servir como regra hermenêutica para uma aplicação equilibrada das normas processuais, de modo a garantir um processo penal mais justo e menos repressor”.⁷⁷

5 - Pela constitucionalidade da execução da pena logo após a confirmação do Tribunal

A despeito de se considerar a existência e o conceito do princípio da inocência em várias ordens jurídicas e Tratados Internacionais, como já comentado aqui, sua adoção nos países pode vir revestida de um entendimento diferente quanto aos parâmetros de aplicação e de sua valoração conforme o processo vai acontecendo. São estes parâmetros, do quando aplicar o princípio, e de como aplica-lo (valoração) que estão trazendo toda uma discussão em nosso ordenamento a partir do julgamento do HC 126.292 do STF⁷⁸. Como vimos anteriormente, os entendimentos dos juristas brasileiros acerca deste princípio tem diferentes nuances.

Um outro ponto de vista adotado para o tema, e que se distancia da maioria dos juristas que discute somente a ofensa/não ofensa ao princípio da presunção de inocência, foi encampado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no HC 126.292/2016, qual seja, de que o fundamento da ordem de prisão, independente de quando ela ocorre,

⁷⁵ MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.347.

⁷⁶ MACHADO, obra citada, p. 347.

⁷⁷ Obra citada, p. 349.

⁷⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> – acessado em 22/03/2018.

é ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não se levando em conta a discussão da presunção da inocência em si.

Em linhas gerais, os argumentos apresentados por alguns juristas que concordam com o novo entendimento do STF quando do julgamento do HC 126.292/SP, e que abaixo veremos em mais detalhes, perpassam pela análise sistêmica da composição de nosso arcabouço legal.

Quando de seu voto, o Ministro Teori Zavascki, além da análise constitucional e infra legal brasileira, também fez menção ao direito comparado para justificar seu voto, citando trabalho de pesquisa realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, descortinando o fato de que, em países como Inglaterra, Alemanha, Estados Unidos, Canadá, Portugal, França, Espanha e Argentina, há a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Os argumento, em linhas gerais, que defendem a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, evocam: **1)** que o duplo grau de jurisdição se encerra com a possibilidade de que o acusado tenha revisto sua decisão de segundo grau, pelo tribunal, sendo analisadas aí toda a questão de forma e de direito envolvidas no processo; **2)** o efeito devolutivo dos recursos ao STF e STJ e a impossibilidade destes dois Tribunais na reanálise de questões materiais, bem como a necessidade de prova da repercussão geral do recurso extraordinário para sua aceitação; **3)** - que o pressuposto para a decretação da prisão no Direito Brasileiro é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI da Carta de 1988; **4)** que o princípio da presunção de inocência, deve ser relativizado quando posto em análise do conjunto de princípios que rege o processo penal; **5)** necessidade de efetividade da Justiça. Vejamos os detalhes dos argumentos

5.1 – Encerramento do duplo grau de jurisdição com Acórdão de Segundo Grau – a doutrina corrente descreve que o duplo grau de jurisdição, não encontra previsão constitucional expressa, mas sim que decorre da sistemática do ordenamento legislativo brasileiro na medida em que se garante ao acusado, no processo penal, recurso ordinário de apelação; subsequente (se possível) recurso em sentido estrito e embargos de

declaração. Nesta lógica, decorre que, RESP e RE não contemplam a garantia do duplo grau de jurisdição.

Neste sentido é o entendimento do então Ministro Teori Zavascki no Habeas Corpus (HC) 126.292 quando argumenta pela prisão logo após esgotada a apelação: “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. Por conseguinte, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorre a espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”.⁷⁹

A força deste argumento está no entendimento de que, após prolatada a sentença de primeiro grau, o acusado tem amplo direito de se defender no Tribunal,⁸⁰ o qual poderá, dentro do devido processo legal, e, respeitando o direito de confirmação de sentença (ou não) de que toda a matéria de fato e de direito, seja revisada por um colegiado. E aqui estaria se encerrando os recursos ordinários e por consequência o duplo grau de jurisdição com consequente formação de culpa.

E ainda que exista, para os que são contra este argumento, a possibilidade de julgamento indevido por tal colegiado, um remédio legal é encontrado no ordenamento pátrio, qual seja, a possibilidade, para os casos de processos penais, da concessão de Habeas Corpus nos termos do artigo 654 § 2º do Código de Processo Penal (CPP). E desta forma, mesmo que exequível a prisão, o Habeas Corpus estaria garantindo um recurso de tutela jurisdicional para casos de flagrante violação de direito.

Batisti (2012) mesmo antes do julgamento do HC 126.292 em 2016, já postulava o reconhecimento do trânsito em julgado com a confirmação de sentença em tribunais: “reafirmamos o entendimento de que tendo havido confirmação de condenação por Tribunal (de Justiça do Estado ou Regional Federal ou equivalente) já terá havido o trânsito em julgado, porque os recursos de natureza ordinária se esgotam aí. (...) recursos

⁷⁹ Voto do Ministro Teori Zavascki, HC N. 126.292.

⁸⁰ Veja-se as regras de competência dos Tribunais definidas por matéria e em relação às pessoas.

de natureza extraordinária e habeas corpus, substitutivos ou complementares a eles não deveriam sustar a execução”.⁸¹

O reforço a este argumento, também é comentado pelo Ministro Edson Fachin, quando analisa que “se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias”.⁸²

E enfatiza o mesmo Ministro que, “a opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”.⁸³

Este argumento também é explorado no voto do Ministro Luiz Fux, que entende haver o encerramento do segundo grau quando do julgamento da apelação e suas intercorrências, analisando recente julgado do próprio STF que admitiu a coisa julgada em capítulos: “As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transite em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento”.⁸⁴

5.2 – Supremo Tribunal e Superior Tribunal não reexaminam matérias de fato e de direito – Este argumento se fundamenta partindo da premissa legal de que todo Ordenamento Jurídico Brasileiro está organizado, de antemão, para que os recursos ao Supremo Tribunal Federal (STF), no caso Recurso Especial (REsp.) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) no caso Recurso Extraordinário (RE.),⁸⁵ tenham uma fundamentação e vinculação muito restritos⁸⁶ não sendo tais recursos aptos a reexames de provas. Argumento este, que é consubstanciado na súmula 279 do STF – “Para simples

⁸¹ BATISTTI, Leonir. Curso de Direito processual Penal. Vol 1. 4ª Ed Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2012. p.36-37.

⁸² Voto do Ministro Edson Fachin HC N. 126.292.

⁸³ Voto do Ministro Edson Fachin HC N. 126.292.

⁸⁴ Voto do Ministro Luiz Fux HC N. 126.292.

⁸⁵ Retirados os recursos que lhe são próprios na origem conforme matéria e pessoa.

⁸⁶ Vide artigos 102, III e 105, III da CRFB/1988.

reexame de prova não cabe recurso extraordinário” - e, na Súmula 07 do STJ - “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Isto posto, tais recursos não obstarão a possibilidade da prisão (ainda que inexistente os pressupostos de prisão cautelar) em decorrência de sentença mantida pelo Tribunal quando analisadas suas competências constitucionais.

Além da Constituição, também a legislação infraconstitucional confirmou o recurso extraordinário como de efeito devolutivo, no artigo 637 do CPP. Este artigo, combinado ainda com o artigo 995 e 1029, § 5º, ambos do Código de Processo Civil (CPC), reforçam a regra de que, em tese, recursos ao STF e STJ não são dotados de efeito suspensivo. E, ainda que se queira argumentar, pela impossibilidade da execução da pena findo a segunda instância, com base no artigo 283 do CPP, àqueles tem promulgação recente, ano de 2015, posterior a este.⁸⁷ Analisa o Ministro Edson Fachin que “o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais considerados em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos art. 995 e 1029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinários e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação”.⁸⁸

Esta linha de argumentação, também é mencionada no voto do Ministro Teoria Zavascki quando descreve que “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”.⁸⁹

Calculado nessas premissas, o voto do Ministro Edson Fachin também se fundamenta neste argumento quando leciona que, as instâncias ordinárias é que analisam

⁸⁷ Os artigos 995 e 1029 do CPC são posteriores ao artigo 283 do CPP e por critério temporal, caso se quisesse argumentar solução de antinomia, a prevalência seria dos artigos do CPC.

⁸⁸ Voto do Ministro Edson Fachin – ADC Nºs. 43 e 44.

⁸⁹ Voto do Ministro Teoria Zavascki. HC N. 126.292.

o caso concreto - “Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar “*injustiças do caso concreto*”. O caso concreto tem, para sua escoeita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças. O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes”.⁹⁰

Este argumento ainda se reforça, quando se traz a lume de que para se postular RE existe a necessidade, conforme artigo 102, § 3º da CRFB, de que seja demonstrada a “repercussão geral” da norma motivadora do recurso.⁹¹ “Tal repercussão, nas palavras do Ministro Teori Zavascki impõe “ao recorrente, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto”.⁹² Disso decorre que, a admissão de um RE está estritamente ligada a comprovação de que a causa subjacente tem uma relevância social, está acima dos interesses recorrentes e tem interesse direto da sociedade.⁹³

O Ministro Teori afirma ainda mais seu convencimento quando aborda os insucessos de tais recursos: “mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente”.⁹⁴ No mesmo sentido é a manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento das ADCs 43 e 44: no período de 01.01.2009 a 19.04.2016, o percentual

⁹⁰ Voto do Ministro Edson Fachin HC N. 126.292.

⁹¹ O novo Código de Processo Civil, estabelece no seu artigo 1035, § 1º: Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

⁹² Voto do Ministro Teoria Zavascki. HC N. 126.292.

⁹³ Ainda que o recorrente queira desistir do recurso, a ele não cabe mais, posto que sua causa, de interesse social será analisada, conforme artigo 998, PU do CPC.

⁹⁴ Voto do Ministro Teoria Zavascki. HC N. 126.292.

médio de recursos extraordinários criminais providos em favor do réu foi de 1.12%, e de recursos especiais criminais, no período de 01.01.2009 a 20.06.2016, foi de 10,29%”.⁹⁵

5.3 – O pressuposto para a decretação da prisão no Direito Brasileiro é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente - Como argumento para a aceitação da execução da pena após decisão do tribunal de apelação, invoca o Ministro Luis Roberto Barroso, a tese de que, também na CRFB/1988 está previsto no artigo 5º, LXI que: *“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”*, e conclui que ao “contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art.5º, LVII, da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no Direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas sobre a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI da Carta de 1988”.⁹⁶

5.4 - O princípio da presunção de inocência deve ser relativizado quando se trata também de outros princípios constitucionais- O Ministro Luís Roberto Barroso leciona que na leitura dos princípios constitucionais, é necessário que se pondere e se gradue a aplicação e entendimento dos mesmos. No Estado democrático de Direito, tal graduação se faz necessária quando estudado junto ao caso concreto posto que mais de um princípio pode concorrer para aplicação. “Há desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. (...) com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivale ao aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas”.⁹⁷

⁹⁵ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso ADCs. 43 e 44.

⁹⁶ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. HC 126.292.

⁹⁷ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. HC 126.292.

Neste diapasão, a graduação do princípio da presunção de inocência estaria, após a confirmação da sentença em segundo grau, menos valiosa do que por exemplo, do princípio da garantia útil do processo, do tempo legal do processo, vendo crescer, portanto, o juízo da culpabilidade.

Ao manifestar adesão ao relator do HC 126.292, o Ministro Gilmar Mendes, comenta em seu voto, a evolução possível do princípio que se discute: “É natural a presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...) Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado”.⁹⁸ No julgamento das ADCs 43 e 44, o mesmo Ministro foi bastante didático, ressaltou que o sistema estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal: “há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau”.⁹⁹

O Ministro Edson Fachin manifestou-se pela possibilidade de relativização do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena, pois ocorrendo qualquer erro no julgamento ordinário de segunda instância, o acusado poderá ter acesso a instrumentos processuais, como por exemplo, o *habeas corpus*.

O Desembargador do Tribunal do Estado de Santa Catarina (TJSC), Ernani Guetten de Almeida, no primeiro Acórdão julgado após a edição do HC 126.292, em decisão que se orientou pela imediata execução da pena, também postulou sobre o tema da relativização de princípios constitucionais: “(...)É importante destacar que, ainda que se trate de valor constitucional consagrado, não pode a presunção de inocência ser vista de forma absoluta, em prejuízo de outros direitos e princípios igualmente fundamentais. (...) a partir da compatibilização de princípios, o estado de presunção de inocência cede espaço a um juízo inicial de culpabilidade, lapidado no momento em que o Tribunal de segundo grau, revolvendo pela última vez as provas amealhadas ao longo do processo –

⁹⁸ Voto do Ministro Gilmar Mendes HC 126.292.

⁹⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes – ADCs. 43 e 44.

ressalvada a revisão criminal -, profere decisão final, o que se apresenta mais do que o suficiente para a imediata exequitude do édito condenatório”.¹⁰⁰

Diante então da possibilidade de variação na valoração do princípio da presunção de inocência, cresce a valoração de outros princípios do processo penal que caminham junto na persecução. Neste sentido, argumenta o Ministro Luiz Roberto Barroso, “que é necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional”.¹⁰¹ E nesta esfera, também se viola a Constituição quando não se atua para proteger tais bens, também relevantes para a sociedade.

Nesta seara, se traz como exemplo, para reforço deste argumento, de que a Lei Nº 135/2010, conhecida com a Lei da Ficha Limpa, expõe não ser necessário o trânsito em julgado de condenação (em crime de natureza política) para executar uma das possibilidades da pena nos crimes nela descritos, qual seja, a inelegibilidade.

5.5 - Necessidade de efetividade da Justiça como exigência de ordem Pública –

Defensor em seu voto deste argumento, o Ministro Luiz Roberto Barroso argumenta que “em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário”.¹⁰² E desta forma, complementa o Ministro que, “retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal”.¹⁰³

¹⁰⁰ Apelação nº 0000516-81.2010.8.24.0048 - Primeira decisão da Turma e do Tribunal do Estado de Santa Catarina no sentido da execução da pena após julgamento confirmatório em segundo grau.

¹⁰¹ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. HC 126.292.

¹⁰² Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. HC 126.292. Neste momento o Ministro discorre sobre CPP. Art. 312. “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁰³ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. HC 126292.

Neste diapasão, o Ministro elabora seu voto defendendo que a execução da prisão logo após publicação de Acórdão em segunda instância, teria como possível consequência a diminuição do abusivo e procrastinatório direito de recorrer bem como se teria no uma razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade. “Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos”.¹⁰⁴

Este argumento é um dos mais corroborados pelos juristas. Atualmente, o processo tornou-se situação de indevida e sucessiva interposição de recursos de todo modo, deixando o próprio julgador numa posição extremamente desconfortável, pois de forma escancarada, recursos com propósitos apenas protelatórios são proposto, os quais, em sua maioria, visando a prescrição da pretensão punitiva.¹⁰⁵

A tradução social deste argumento foi bem levantada por Moraiz (2017) descrevendo que a prisão tão logo confirmado Acórdão condenatório geraria uma consequência: “recolher-se-iam às cadeias não somente os pobres que não puderam recolher às instâncias extraordinárias, mas também os ricos que, apostando na duração pouco razoável dos processos no Brasil, valeram-se de todos os expedientes recursais e conseguiram chegar os tribunais superiores, ainda que possam não ter seus recursos sequer admitidos”.¹⁰⁶

A força deste argumento, efetividade da Justiça como exigência de Ordem Pública, também vai de encontro a sensação de impunidade que condenações confirmadas deixam para à sociedade na medida em que criminosos (até confessos) condenados permanecem em liberdade, acarretando uma distanciamento temporal entre a prática de um delito e sua punição. Uma situação, por exemplo, pode ser vista em casos de homicídios, onde a prisão do acusado pode se dar em mais de 15 anos após a ocorrência do crime. O sabor que deixa, ocorrências desta natureza, são de inefetividade do sistema e descrença no Judiciário.

¹⁰⁴ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. HC 126292.

¹⁰⁵ O Artigo 117 do Código Penal, IV, prevê, dentre outras, que a prescrição se interrompe pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

¹⁰⁶ **MORAIZ**, Breno Ferreira. O Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e a Constitucionalidade da Execução da Pena após Julgamento por Órgão de segundo Grau de Jurisdição. Revista Síntese do Direito Penal e Processual Penal. V. 18, Nº 103. Ab/Maio 207. Porto Alegre: Síntese.

Ainda que tenha discorrido sobre a inconstitucionalidade da decisão do STF, o jurista Luiz Flávio Gomes partilha como positiva a decisão do STF, e enfatiza que “o espírito do julgamento do STF está correto, ninguém mais suporta a criminalidade e sua impunidade (...) e o assunto ganhou relevância nacional.”¹⁰⁷

A Ministra Ellen Gracie traduziu com propriedade em julgado, a sensação social do crime não punido: “se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo Tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminoso e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressentir”.¹⁰⁸

No mesmo sentido o Ministro Teori Zavascki: “se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”.¹⁰⁹

6 - Confirmação do HC 126.292 - Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, Agravo 964.246/SP e HC 152.752

Mesmo havendo toda uma linha de juristas, como veremos a seguir, entendendo que a execução imediata da pena de prisão após decisão confirmatória em segundo grau é inconstitucional, por maioria, o Plenário do STF manteve entendimento da constitucionalidade da decisão proferida no HC 126.292. Em sede liminar, os Ministros confirmaram que o artigo 283 do CPP¹¹⁰ não impede o início da execução da pena após

¹⁰⁷ Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisducao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/>> - Acessado em 16/01/2018.

¹⁰⁸ Voto da Ministra Ellen Gracie - Habeas Corpus Nº 84078.

¹⁰⁹ Voto do Ministro Teori Zavascki – ADCs. 43 e 44.

¹¹⁰ O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> - Acessado em 25/02/2018. Entendemos que o artigo que não autoriza a execução provisória da pena porque, quando de sua redação (2011), prevalecia o entendimento anterior do Supremo que declarava a sua inconstitucionalidade (HC 84.078, em 2010).

condenação em segunda instância e indeferiram as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.¹¹¹ Quanto ao mérito, tais ADC's estão pendentes de julgamento¹¹².

Quanto as ADCs, este já era o entendimento do Desembargador Ernani Guetten de Almeida em voto em Acórdão do TJSC: “é importante registrar novamente que não se nega vigência ao art. 283 do Código Penal e ao art. 105 da Lei de Execução Penal. O que se tem feito até aqui é apenas uma releitura de tais dispositivos para, a partir de uma interpretação sistemática, conformá-los com as hipóteses legais do art. 637 do Código de Processo Penal e do art. 26, §2º, da Lei 8038/90, as quais preveem apenas o efeito devolutivo para os recursos especial e extraordinário”.

Em Memorial enviado ao STF, a Sra. Procuradora da República, Raquel Dodge, defende que após julgado o Agravo 964.246/SP, está inequívoca a conclusão de que cabe a execução da pena privativa de liberdade tão logo confirmado sentença de primeiro grau, e, que tal decisão deve ser oponível *erga omnes*, uma vez que a eficácia vinculante geral da *ratio decidendi* contida no julgamento do (Agravo em) Recurso Extraordinário n. 964.246/S decorre diretamente do fato de se tratar de precedente formado em sede de repercussão geral, oriundo do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A Procuradora alerta, diante ainda de um ambiente de instabilidade na manutenção desta decisão,¹¹³ de que “o precedente contido no ARE n. 964.246/SP tem eficácia vinculante geral que produz duas consequências de interesse deste memorial: • a primeira é a de que a sua *ratio decidendi* obriga a todos os órgãos jurisdicionais do país. Deste

¹¹¹ Em sessão realizada no dia 5 de outubro de 2016, o Plenário do STF, em decisão de 6 votos contra 5, acompanhou o voto divergente proferido pelo Ministro Edson Fachin, que declarava, em sede cautelar, “a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

¹¹² Precedente do STF quanto a ADC's: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - OUTORGA DE MEDIDA CAUTELAR COM EFEITO VINCULANTE - POSSIBILIDADE. - O Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato. Precedente. - O provimento cautelar deferido, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, além de produzir eficácia “erga omnes”, reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Precedente. - A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão - precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente -, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas.” (STF, ADC 8 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 13/10/1999).

¹¹³ O motivador ensejador deste memorial e seu envio ao STF foi, que após a decisão do Agravo 964246, alguns Ministros do STF, como por exemplo, Gilmar Mendes, estavam oportunizando Habeas Corpus à alguns condenados para que fossem mantidos em liberdade até o julgamento do recurso extraordinário, a exemplo do que entendeu no voto no HC 126.292 o Ministro Dias Toffoli.

modo, segundo o art. 489, §1º do CPC, é nula qualquer decisão que, apreciando questão jurídica idêntica, “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”; • a segunda, de certo modo contida na primeira, é a de que a sua inobservância só é possível em um caso específico que apresente peculiaridades capazes de o distinguir do caso paradigma (técnica conhecida como *distinguishing*); ou, então, à luz de determinados requisitos formais e materiais que autorizem a revogação do precedente (técnica conhecida como *overruling*)”.¹¹⁴

Isto posto, e diante de liminar do julgado nas ADCs. 43/44, do julgamento do Agravo 946.246/SP e também do julgamento do HC 152.752 (relativo ao paciente Luiz Inácio Lula da Silva), está mantido o entendimento jurisprudencial do STF de que a execução da prisão logo após a confirmação da condenação por Tribunal é cabível e não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

7 - Pela INconstitucionalidade da execução da pena logo após a confirmação do Tribunal

A despeito de todos os argumentos apresentados no tópico anterior, pela constitucionalidade da execução da pena logo após confirmada no tribunal, uma parte dos juristas nacionais entendem pela inconstitucionalidade da medida.

O ponto de partida dos defensores contrários à decisão do STF no HC 126.292, está no próprio texto constitucional - do art. 5, inc. LVII - enfatizando que o legislador optou por validar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sustentam que a adoção de tal princípio em nosso ordenamento, deixa clara a intenção do legislador ao elaborar a Carta Magna explícita em atrelar a presunção de que todo cidadão processado é inocente quando do exaurimento do trânsito em julgado, leia-se inclusão dos recursos extraordinário e especial.

Outro ponto de argumento, é que, grande parte dos Juristas também reconhece a necessidade de medidas mais efetivas na seara penal, as quais venham a combater a impunidade e a criminalidade crescente. Porém, tal necessidade de efetividade não pode

¹¹⁴ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/memorial-pgr-execucao-antecipada-pena.pdf>> - assinado pela Procuradora da República Raquel Elias Ferreira Dodge> - acessado em 25/02/2018.

vir a sobressaltos e ferindo texto constitucional. Nesta medida, ainda que concordem que a prisão já em segunda instância seria um bom remédio para combater a sensação de impunidade, argumentam os juristas que a mudança deve vir a partir do texto constitucional, e não de uma reinterpretação, por parte do STF, de um princípio constitucional de interpretação literal. Vejamos os detalhes dos argumentos.

7.1 - Segundo Grau de Jurisdição e Trânsito em Julgado - Para explicar a situação, o jurista Luiz Flávio Gomes (2016)¹¹⁵ traz a lume que existem dois sistemas jurídicos que usam parâmetros do princípio da presunção da inocência para a execução da pena, e, o que os diferencia é exatamente o momento da ocorrência dessa prisão: 1) o do trânsito em julgado final e; 2) o do duplo grau de jurisdição.

Corporificado nessa premissa, Luiz Flávio Gomes (2016) leciona que “no primeiro sistema, somente depois de esgotados “todos os recursos” (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva). No segundo sistema, a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Neste último, há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, ou seja, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra”.¹¹⁶

E informa o mencionado jurista que a grande maioria dos países ocidentais segue o segundo sistema (duplo grau) e que o direito internacional deixa que cada país regule o tema da sua maneira. Uma minoria, incluindo-se aqui o Brasil (vide art. 5º, inc. LVII), segue o primeiro sistema - do trânsito em julgado. Reformando seu entendimento anterior (HC 84.078, de 2009), o STF passa a adotar o segundo sistema, qual seja, o duplo grau. Desta feita, entende Luiz Flávio Gomes, que a prisão, quando apenas cumprido o segundo grau, ofenderia o princípio da presunção de inocência e consequente uma inconstitucionalidade, pois, estão na pendência ainda recursos, que se diga extraordinário e especial, não tendo vencido portanto o trânsito em julgado da decisão.

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio - Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-violata-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>> - acessado em 25/02/2018.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio - Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisducao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/>> - acessado em 25/02/2018.

Para o Ministro Celso de Melo, há um momento, “claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades”.¹¹⁷

O professor Lopes Júnior (2016)¹¹⁸ explica sua posição de contrariedade com a decisão do STF comparando duas formas de conceito da culpabilidade, uma sob a ótica normativa e outra sobre a ótica fática. Esclarece que em nosso sistema pátrio, o princípio da presunção da inocência como norteador do processo penal, está ligado à ótica normativa de culpa. Diferente portanto, daquele adotado, por exemplo, nos estados Unidos da América, o qual o princípio da inocência está a reger o processo penal assentado no paradigma do controle social do delito, o qual se estrutura num conceito de culpabilidade fática.

Para o professor Lopes Júnior, o STF está se distanciando da história e dos conceitos do processo penal adotados até então em nosso ordenamento: “Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória. (...) Não pode o STF imaginar (...) que pode reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. (...) não pode criar um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação”.¹¹⁹

O Ministro Celso de Melo, em seu voto no HC 126.292, também não vê com bons olhos a busca em países de orientação jurídica diferente daquela do Brasil, e diz que “se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da

¹¹⁷ Voto do Ministro Celso de Melo – HC 126.292.

¹¹⁸ **LOPES JÚNIOR**, Aury. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> - Acessado em 23/01/2018.

¹¹⁹ **LOPES JÚNIOR**, Aury. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> - Acessado em 23/01/2018.

América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal”.¹²⁰

Neste diapasão, o argumento aqui, contrário a decisão do STF no HC 126.292, é de que a decisão de culpabilidade pela segunda instância não é definitiva, pois se assim for considerada, suprimir-se-á outra instância recursal, que poderá reverter a decisão do colegiado e acarretar irreparável prejuízo ao cidadão, em razão da segregação injusta. De modo inequívoco, “a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.¹²¹

Esta é também a preocupação do Ministro Marco Aurélio, quanto a irreversibilidade dos prejuízos para o caso de uma prisão injusta, haja vista que, diferente da esfera civil, onde a execução provisória irregular poderá estabelecer o status quo anterior, “na prisão irregular uma liberdade cerceada indevidamente não se poderá restituir”.¹²²

Por outro lado, o professor Lopes Júnior (2016), não deixa de mencionar o tempo transcorrido entre o início da ação e a publicação do trânsito em julgado, por certo moroso atualmente. Contudo pondera que é preciso “respeitar o tempo do direito, (...) e isso não quer dizer que o processo deve demorar demais ou ser infundável. Há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais”.¹²³

Os argumentos da inconstitucionalidade se permeiam ainda quando da necessidade de observância aos pactos internacionais adotados pelo Brasil, os quais estão positivados em nosso ordenamento, tais como o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992) e Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992). Em ambos, assim como no texto constitucional, “a presunção de inocência” é princípio a ser respeitado. Desta forma, se está, ao deferir a prisão de qualquer cidadão após a segunda instância de julgamento, em flagrante desrespeito à Constituição.

¹²⁰ Voto do Ministro Celso de Melo – HC 126.292.

¹²¹ Voto do Ministro Celso de Melo – HC 126.292.

¹²² Voto do Ministro Marco Aurélio – HC 126.292.

¹²³ **LOPES JÚNIOR**, Aury. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> - Acessado em 23/01/2018.

É também nesse sentido o voto do Ministro Celso de Melo: “segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral”.¹²⁴

Por este viés, não se verificando uma sentença transitada em julgado, ou, as possibilidades de prisão de caráter cautelar – preservação da ordem pública e econômica, e, aplicação da lei penal, não se vislumbra legalidade para o decreto de prisão em processo não definitivamente julgado. E mais, esta provisoriedade da prisão, só poderá se revestir de legitimidade quando devidamente fundamentada e demonstrada sua necessidade (Art. 5º, LXI da Constituição Federal).

7.2 - O efeito devolutivo dos recursos ao STF e STJ – “Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º”.

Este acima foi o argumento do então Ministro Eros Grau do STF, no ano de 2009, quando a Corte julgou o HC 84.078 e decidiu que apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de um processo. Porém, conforme já discutido, esse entendimento mudou com o julgamento do HC 126.292/2016. No entendimento do jurista Lopes Júnior (2016) o julgamento de 2009 era coerente com o princípio da presunção de inocência descrito na CRFB/1988, e nesta medida, entende que errou o STF: “Os defensores da decisão argumentam que o imputado é considerado “culpado” com a decisão de segundo grau, na medida em que somente cabem recurso especial e extraordinário, que não permitem “reexame de prova. Duplo erro. (...) A presunção de inocência é cláusula pétrea e

¹²⁴ Voto do Ministro Celso de Melo – HC 126.292.

princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. (...) O caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário em nada afeta, porque o caráter extraordinário desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o tratamento de culpado”.¹²⁵

Os argumentos aqui perpassam pelo entendimento de que não se está a discutir um mero efeito recursal, mas sim a questão do que predispõe o ordenamento quanto ao fim do processo, quanto a possibilidade de dizer que alguém deve ser culpado e preso pelo cometimento de um crime, e esse momento, é o do trânsito em julgado. Porque afinal, cabem sim os recursos extraordinários, e que a sua possibilidade de aceitação dos mesmos, não põe fim ao processo, e sim impedem que se tenha o trânsito em julgado do processo. Sob esta ótica, “o conceito de trânsito em julgado não tem absolutamente nenhuma relação com o efeito recursal”.¹²⁶

E nessa medida, é grave erro, segundo os juristas contrários¹²⁷ a decisão do STF, em se trazer aqui no âmbito penal, determinações do Código de Processo Civil, pois neste tratamos de questões patrimoniais e de direitos disponíveis, e na esfera penal o que se trata é da liberdade das pessoas. “Uma execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o ‘tempo’ que lhe foi tomado se ao final o STJ/STF anular *ab initio* o processo, reduzir sua pena, alterar o regime de cumprimento, enfim, acolher o recurso”.¹²⁸

Também o jurista Streck (2016) vê neste posicionamento do STJ um equívoco na medida em que não houve uma decisão amparado no conjunto normativo brasileiro. Sustenta que a coerência só pode ser mantida “diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo ao sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que sempre são compreendidos conjuntamente). Portanto novamente, esse julgamento foi um equívoco – julgou inconstitucional o próprio texto constitucional”.

¹²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> - Acessado em 23/01/2018.

¹²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> - Acessado em 23/01/2018.

¹²⁷ Aury Lopes Júnior, Luiz Flávio de Melo, Renato Brasileiro de Lima, Lenio Luiz Streck.

¹²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> - Acessado em 23/01/2018.

Na CRFB/1988, o princípio da inocência, atrelado ao trânsito em julgado não distingue entre questões de fato e de direito, isto é, não há distinção entre trânsito em julgado de questões de fato e de questões de direito. O advogado Martinelli (2018), defende que “o fato de um recurso não ser destinado a modificar a decisão impugnada não significa que esta não possa ser alterada. Os Tribunais Superiores analisam questões originalmente de direito, porém, pode haver consequência em questões fáticas”.¹²⁹

Afirmar que o trânsito em julgado das matérias de fato já seria suficiente para executar a pena é distorção de interpretação. Os Tribunais Superiores analisam questões originalmente de direito, porém, tais decisões não estão livres de reverberar consequência em questões fáticas.

A decisão de culpabilidade pela segunda instância pode não ser definitiva, e em assim se considerando, suprimir-se-á outra instância recursal, que poderá decidir de modo diverso daquela decisão do colegiado. Isto sem dúvida traria um prejuízo desmedido ao cidadão e acarretaria irreparável prejuízo ao cidadão, em razão da segregação injusta.

Desta forma, “o caráter extraordinário dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é argumento legítimo para sustenta a execução antecipada da pena. Isto porque o caráter extraordinário desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado”,¹³⁰ o qual está explícito no artigo 5º, LVII da CRFB/1988.

Temos um modelo de carta constitucional garantista, e nesta medida o zelo e a estrita observância de seus preceitos é questão formal. Esta foi uma das preocupações do Ministro Marco Aurélio em seu voto ao declarar que a mudança da jurisprudência para que se aceite uma execução precoce da pena, sem ter-se a culpa previamente formada, estariam esvaziando o modelo de carta garantista que o legislador propôs quando da aprovação da CRFB/1988. E se manifestou quanto aos rumos da nova decisão: “Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã”.¹³¹

¹²⁹ MARTINELLI, João Paulo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275867,61044-Pragmatismo+e+Constituicao+a+presuncao+de+inocencia+ameacada>> – acessado em 18/03/2018.

¹³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 5ª ed. rev. ampl e atual. Salvador. JusPodium, 2017. p.49.

¹³¹ Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo no HC 126.292.

Para Rosa (2014) “a teoria Garantista representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade. Esse resgate constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irredutível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para a resolução dos conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado e os direitos fundamentais (...)”.¹³²

O STF, em lugar de relegar ao Congresso Nacional a explicitação do texto constitucional, optou por reler a interpretação de algo claro no texto constitucional. Nas palavras de Carvalho (2009) a impossibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes de transitado em julgado um processo fere a CRFB/1988 uma vez que tal carta deve ter uma interpretação conforme motivação do constituinte, qual seja, uma carta com um “espírito claramente preocupado com os direitos e garantias individuais, (...) e que decorre dos seus exatos termos: ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado.”¹³³. O Ministro Marco Aurélio também enfatizou a questão interpretativa da CRFB/1988: “o preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”.¹³⁴

Outro argumento relativo a questão dos recursos extraordinários, diz respeito a relação existente entre o número de recursos interpostos e a concessão dos mesmos. No voto vencido, o ministro Celso de Mello, argumentando sobre sua decisão, mostrou preocupação quando afirmou que 25% das decisões que chegam ao STF são reformadas.

O Relatório de Pesquisa da Defensoria Pública de São Paulo, em 2012, indica que mais de 49% dos Habeas Corpus impetrados pela Defensoria Pública de São Paulo têm a ordem concedida pelo Superior Tribunal de Justiça após teses afastadas pelas cortes inferiores, dentre as quais as de segundo grau.¹³⁵

Estudo elaborado pelo Superior Tribunal de Justiça demonstra que, em sede de REsp. (e agravos respectivos) interpostos pela Defensoria Pública, um número

¹³² ROSA, Alexandre Morais. Guia compacto de Processo Penal conforme Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 36.

¹³³ CARVALHO, obra citada, p. 168.

¹³⁴ Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo no HC 126.292.

¹³⁵ Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/priso-es-em-2a-instancia-e-a-presuncao-da-inocencia>> - acessado em 23/01/2018.

considerável de julgados de segunda instância são revisados¹³⁶. Verificado um período de 2 anos, entre aproximadamente 28 mil recursos especiais da Defensoria, em torno de 12% dos casos as penas foram diminuídas e em 8% houve alteração do regime prisional. Ainda, em cerca de 4% desses recursos especiais, a pena de prisão é afastada, seja por absolvição, prescrição ou substituição da pena por restritiva de direito.¹³⁷

Luiz Flávio Gomes (2016) também traz dados estatísticos que merecem reflexão. De acordo com o mencionado jurista, a Fundação Getúlio Vargas concluiu que “é grande a quantidade de reformas das decisões de segunda grau (cerca de 10% no STF e 30% no STJ). Isso sinaliza que muitos réus são condenados indevidamente nesses tribunais. O problema não está relacionado tanto com a análise dos fatos e provas, sim, reside na aplicação incorreta do direito. Cada juiz e cada tribunal tem uma visão de mundo (*Weltanschauung*). Mas nem todas correspondem ao Estado de Direito vigente”.¹³⁸

Nesta medida, diante de uma estatística real, a execução da pena privativa já em segunda instância poderia estar colocando inocentes na prisão.

7.3- Necessidade de efetividade da Justiça – mudança do texto constitucional - Não se põe dúvidas de que o país vive uma crise de valores com reflexos diretos na área penal, e que exige do Estado, uma resposta mais efetiva e rápida para que deixemos de viver o medo constante do crime. Também, para garantir uma segurança pública, que está tão precária, e que deixa a sociedade num inconformismo diante de tantos descasos governamentais.

Muitos juristas argumentam da necessidade de mudança em algumas das legislações penais hoje em vigência. Contudo, a busca pela eficiência dos julgados penais e pela busca da justiça social não pode desmerecer princípios e orientações contidos na CRFB/1988. E embora grande maioria dos estudiosos da literatura penal concordem que a prisão após confirmação de sentença em segunda instância, possa ser medida eficiente para a diminuição da impunidade, existe um texto constitucional que a proíbe.

¹³⁶ O voto do Ministro Gilmar Mendes propôs a seguinte solução para a controvérsia constitucional de fundo discutida na presente ADC: “Em conclusão, penso que a regra da presunção de não culpabilidade, diante da formação progressiva da culpa, permite o início da execução da pena a partir do julgamento pelo STJ de REsp e AResp (fixando-se limite nos primeiros Embargos Declaratórios), marco de maior segurança jurídica, quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena”. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180404-13.pdf> >. Acesso em 05.04.2018.

¹³⁷ A íntegra da pesquisa realizada pelo STJ está disponível no seguinte endereço eletrônico: < http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/pesquisa_recursos.pdf >. Acesso em: 23.01.2018

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-dema-is-condenados-no-pais/>>- acessado em 22/03/2018.

No Estado Democrático de Direito, flexibilizar direitos e garantias individuais em nome do combate deste ou daquele delito pode ser um caminho tortuoso e sem rumo. “A investigação, a acusação e o julgamento devem ser orientados pelos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, do juiz imparcial, da proibição de prova ilícita, da proporcionalidade”¹³⁹ entre outros princípios constitucionais.

O jurista Luiz Flávio Gomes (2016) é categórico quando expõe que “o espírito do julgamento do STF está correto (ninguém mais suporta a criminalidade e sua impunidade, sobretudo da delinquência econômica cleptocrata). O império da lei (para todos) vale mais do que a edição populista e estelionatária de novas leis penais mais duras”.¹⁴⁰ Contudo, adverte o jurista, que o Estado Brasileiro adotou um marco para a imposição da culpabilidade do acusado, qual seja, a do trânsito em julgado das decisões. Este preceito constitucional, impede que se execute a pena após decisão de segunda instância. Salienta ainda Luiz Flávio, que o novo entendimento do STF “se alinha com o que se passa praticamente no mundo civilizado. Ocorre que as constituições desses países não dizem que “ninguém pode ser considerado culpado até **o trânsito em julgado da sentença.**” (grifo do autor)¹⁴¹. Por fim, entende o jurista que o correto, para dirimir a controvérsia, seria a aprovação de uma emenda constitucional de forma a adequar o texto da CRFB/1988, sendo ali explicitada a adoção do segundo sistema (duplo grau), alinhando o Brasil com a quase totalidade dos sistemas jurídicos do mundo Ocidental e internacionais.

Compactuando com o espírito do julgado no STF, qual seja, de buscar efetividade das decisões penais, Reis, (2016), denota que a decisão do STJ no HC 126.292 “merece elogios”. Contudo, entende que o em sendo o princípio da presunção de inocência “política mestra da aplicação do jus puniendi estatal, sob a ótica estritamente constitucional, esse atual entendimento do STF afronta a literalidade do art. 5º, inciso LVII da CRFB/1988, (...) logo, ao tentar reescrever o postulado constitucional da

¹³⁹ YAROCHEWSKY Leonardo Isaac. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-uti>> - acessado em 22/03/2018.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>> - acessado em 22/03/2018.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>> - acessado em 22/03/2018.

presunção de inocência, o STF se subjugou no papel do legislador constituinte, o que nos parece deveras temerário para o Estado Democrático de Direito brasileiro”.¹⁴²

Também o jurista Lima, (2017), demonstra preocupação com a decisão do STF com intuito de eficiência processual: “Não negamos que se deva buscar uma maior eficiência do sistema processual pela pátria. Mas ao nosso juízo, essa busca não pode se sobrepor à Constituição Federal, que demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. E só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se torna imutável, o que, como sabemos é obstado pela interposição de recursos extraordinários. Não há portanto, margem exegética para que o at. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, seja interpretado o sentido de concluir que o acusado é presumido inocente (ou não culpável) tão somente até a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância”.¹⁴³

O Doutor Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2016) também aponta no sentido de compreender o julgamento do STF no sentido de atender aos pedidos da sociedade na batalha contra a impunidade, porém, alega que “nenhuma decisão pode afrontar a Constituição, lei fundamental que confere estabilidade não só jurídica, como também política e social, principalmente quando afronta as cláusulas consideradas pétreas. E para que não haja abuso, o próprio poder tem o dever de deter o poder quando a flexibilidade confere aos juízes a possibilidade de modificar a lei para atender anseios da sociedade, segundo o pensamento de Montesquieu, no Espírito das Leis”.¹⁴⁴

Nesta esteira, ainda que o espírito do julgamento do STJ tenha dado passos corretos, a decisão do HC n. 126.292/SP contraria a preceito constitucional e legislação pátria agregada. No entendimento da jurista e professora alemã Ingeborg Maus (2000),¹⁴⁵ cada poder no Estado Democrático de Direito tem o seu papel, mas, “quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.

¹⁴² **DOS REIS**, Wanderlei José. *Ciência Jurídica*. V. 30, Nº 188 mar/abr. 2016. Minas Gerais – Edições Ciências Jurídicas. p. 309 a 327.

¹⁴³ **LIMA**, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único – 5ª ed. rev., ampl e atual*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 48.

¹⁴⁴ **OLIVEIRA JÚNIOR**, Eudes Quintino. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234299,21048-STF+Nova+formatacao+de+prisao>> – acessado em 18/02/2018.

¹⁴⁵ **MAUS**, Ingeborg. Disponível em: <<http://novosestudios.uol.com.br/produto/edicao-58/>> - acessado em 16/01/2018.

No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré democráticos de parâmetros de integração social.”

No mesmo sentido a preocupação de Ronaldo Dworkin (2001) com relação ao papel interpretador do STJ e não legislador: “argumentações éticas, morais e pragmáticos são conteúdos políticos desempenhados pelos legisladores durante o processo legislativo de elaboração das leis, no entanto, publicada e ingressando no ordenamento e, portanto, após sua incorporação ao Direito, sua invocação jurisdicional ou pelo sistema de justiça, apenas se pode dar por meio de argumentos de princípios jurídicos e não mais por argumentos de política”.¹⁴⁶

Sob a ótica desse argumento, quando o STF não interpreta a constituição, conforme sua função precípua, mas tenta reescreve-la se colocando no lugar do poder legislativo no que concerne a elaboração da norma, (ainda que um poder omissor), chama para si uma função que não lhe compete, qual seja, a de legislar, e atribui para si a responsabilidade (que se diga, perigosa) de dar a sociedade uma resposta que tanto clama atualmente, a busca de diminuição da criminalidade e a redução da impunidade.

A solução para a discussão, aponta Lima (2017) passaria por “uma mudança legislativa – não jurisprudencial, como feita pelo STF – para que seja antecipado o momento do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de 2ª instância, hipótese em que os recursos extraordinário obrigatoriamente teriam que ter sua natureza jurídica alterada para sucedâneos recursais externos”.¹⁴⁷

Essa foi a preocupação no voto da Ministra Rosa Weber: “Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem. Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a

¹⁴⁶ **DWORKIN**, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 101 e ss.

¹⁴⁷ **LIMA**, obra citada, p. 50.

menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto”.¹⁴⁸

Não desmerecendo a manifestação da sociedade, mas clamor social não deve tomar conta do senso dos julgamentos de nossos julgadores. A conquista da presunção de inocência teve um caminho histórico, e pensemos, a relativização de princípios constitucionais pode nos levar a um caos jurídico.

8 - Conclusão

Considerando a evolução histórica dos pressupostos processuais penais, mais especificamente do princípio aqui tratado, o da presunção de inocência, se constata que o homem tem garantido sua dignidade como pessoa portadora de direitos a duras penas. Situações de indescritível ofensa a moral e ao corpo físico foram perpetradas em diversos momentos da história do homem. O que dizer da obtenção da confissão sob atos de tortura, ou da degola mediante gosto do imperador. Por certo, acreditamos estarmos distante à volta de tais liberalidades. A evolução se constata em tratados e convenções internacionais e nas diversas constituições mundo a fora, os quais reconhecem a importância da presunção de inocência enquanto valoração das provas, e, enquanto regra de tratamento do acusado, bem como na excepcionalidade das prisões cautelares. E não diferente é o nosso regramento. Aqui também temos defendido em nossa CRFB/1988, o princípio da presunção de inocência, que se diga, explicitado de uma forma diferente da maioria dos outros países, traduzindo, ela não expressa claramente para que se presuma a inocência, mas declara o momento em que alguém será considerado culpado, qual seja, o do trânsito em julgado.

Nesta medida, nas palavras de Gomes Filho (1991), “o que parece mais relevante, quanto a esse ponto, é a constatação de que na atualidade o princípio da presunção de inocência insere-se num quadro mais amplo de garantias, não apenas do cidadão individualmente considerado, mas sobretudo no próprio exercício da atividade jurisdicional: sua aceitação como pressuposto indispensável da persecução penal no moderno Estado de Direito deve objetivar, fundamentalmente a superação das desigualdades sociais que são naturalmente trazidas para o âmbito do processo,

¹⁴⁸ Voto da Ministra Rosa Weber – HC 126.292.

assegurando-se uma efetiva “paridade de armas”, sem a qual a dignidade da pessoa humana não estaria preservada”.¹⁴⁹

Em que pese os argumentos contrários e favoráveis, ao que parece, a certeza da permanência do julgado nos transmite uma sensação de instabilidade. Diversos são os posicionamentos no momento atual, e ao que parece, estamos diante de uma ausência de um entendimento unânime para garantir a estabilidade da decisão. São de um primor irretocáveis votos favoráveis dos Ministros, as questões pragmáticas trazidas pelo Ministro Barroso, a questão na sensação de impunidade por conta da inúmera possibilidade de recursos, a sobrecarga dos Tribunais, seja do STJ quanto do STF, a necessidade de valorização das decisões de primeira instância, tudo nos leva a crer numa necessidade premente de mudanças do até então status quo das decisões no sentido de mudá-las para que alcancem efetividade.

Destarte, o caminho escolhido para essa efetividade nos deixa de ouvidos e olhares atentos, será que os meios justificam os fins? Não podemos deixar de observar as competências do STF, que munido por certo de uma necessidade de justiça e efetividade diante de um clamor social, acaba por arguir para si função que não lhe compete, qual seja, a de legislar. Não conseguimos ficar indiferentes a taxatividade do artigo 5º, inciso LVII da CRFB/1988.

Convém trazer a reflexão o silêncio do legislativo diante de controversa situação. E tal silêncio pode ser constatado não somente com relação ao tema que se discute, mas também quanto a uma legislação que permite um sem número de recursos, os quais tornam de fato ineficiente o processamento da persecução penal.

Não querendo indicar o conteúdo do julgamento do STF como adequado ou inadequado, deixando tal julgamento a convicções dos leitores. Há que se pontuar a possibilidade da restrição de direitos constitucionais e garantias fundamentais em suposto momento específico de conjuntura política do país. Neste aspecto, como bem afirmou o Ministro Marco Aurélio, “há de vingar o princípio da autocontenção”.

¹⁴⁹ GOMES FILHO, obra citada, p. 85.

Referências Bibliográficas

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Flório de Angelis. São Paulo: EDIPRO, 1993.

BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro (recurso eletrônico). Brasília: TJDFT, 2015, p. 55.

BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latim, 2007, p. 77.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral – 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.22.

_____. Fernando. Curso de Processo Penal, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal, 5ª ed, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.168.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/memorial-pgr-execucao-antecipada-pena.pdf> - assinado pela Procuradora da República Raquel Elias Ferreira Dodge> - acessado em 25/02/2016.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 101 e ss.

GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 108-109.

_____, Luiz Flávio - Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisdicao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/>> - acessado em 25/02/2018.

_____, Luiz Flávio: Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-dema-is-condenados-no-pais/>>- acessado em 22/03/2018.

_____, Luiz Flávio. Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>- acessado em 22/03/2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 13.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume único. 5ª ed, ver., ampl. e atual. Salvador: JusPoivm, 2017, p. 43.

LOPES, JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol I, 4ª ed. Revisada e ampliada com as Leis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.190.

_____, Aury. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> - Acessado em 23/01/2018.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.347.

MARTINELLI, João Paulo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275867,61044-Pragmatismo+e+Constituicao+a+presuncao+de+inocencia+ameacada>> – acessado em 18/03/2018.

MAUS, Ingeborg. Disponível em: <<http://novosestudios.uol.com.br/produto/edicao-58/>> - acessado em 16/01/2018.

MORAIZ, Breno Ferreira. O Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e a Constitucionalidade da Execução da Pena após Julgamento por Órgão de segundo Grau de Jurisdição. Revista Síntese do Direito Penal e Processual Penal, v. 18, p. 77-111, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.437.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234299,21048-STF+Nova+formatacao+de+prisao>> – acessado em 18/02/2018.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21 ed. Ver. Atual. e Ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.33.

PELUSO, Cesar. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>> - Acessado em 16/01/2018.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 25º ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 24.

REIS, Wanderlei José. Ciência Jurídica. V. 30, Nº 188 mar/abr. 2016. Minas Gerais – Edições Ciências Jurídicas. p. 309 a 327.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto de Processo Penal conforme Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 36.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. (Revisada e atualizada até a E.C. 90 de 15/09/2015). São Paulo: Malheiros, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 17ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-uti>> - acessado em 22/03/2108.

Referência de Sites

Disponível em: <<http://www.ldh-france.org/section/auxerre/files/2010/12/LDH-D%C3%A9claration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789.pdf>> Acessado em 10/01/2018.

Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acessado em 10/01/2018.

Disponível em: <<https://juris-aprendiz.jusbrasil.com.br/artigos/444647780/sistema-processual-penal-sistema-inquisitorio>> Acessado em 16/01/2018.

Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>> Acessado em 16/01/2018.

Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acessado em 16/01/2018.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acessado em 16/01/2018.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acessado em 16/01/2018.

Votos do HC 126.292 - Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acessado em 16/01/2018.

Blogs Fausto Macedo: Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/prisoas-em-2a-instancia-e-a-presuncao-da-inocencia>> Acessado em 23/01/2018.

Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>> Acessado em 03/02/2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acessado em 25/02/2018.