

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE GARANTISTA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 126.292/SP

THE PROVISORY EXECUTION OF IMPRISONMENT
SENTENCES AND THE PRESUMPTION OF
INNOCENCE: A GUARANTISTIC ANALYSIS OF
THE BRA-ZILIAN SUPREME COURT'S DECISION IN
HABEAS CORPUS 126.292/SP

EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA PENA Y PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA: UN ANÁLISIS GARANTISTA DE LA
DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL BRASILEÑO EN EL
HABEAS CORPUS 126.292 / SP

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli na obra “Direito e Razão”: entre direito e moral; 3. O princípio da presunção de inocência como pressuposto para formação da culpa: elemento fundante do Estado de Direito; 4. A execução provisória da pena a partir do julgamento do Habeas Corpus 126.292: uma materialização da presunção de inocência? 5. Conclusão; Referências.

RESUMO:

A execução provisória de acórdão penal condenatório é compatível com o princípio da presunção de inocência? Para responder à questão, parte-se do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, que estabelece três acepções de racionalidade e legitimidade da interven-

Como citar este artigo:

LIMA, Flávia,
PEDROSA, Laís.
Execução provisória
da pena e presunção
de inocência: uma
análise garantista da
decisão do Supremo
Tribunal Federal no
habeas corpus 126.292/
SP. Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 29, 2018,
p. 131-159.

Data da submissão:
21/09/2018

Data da aprovação:
11/12/2018

1. Universidade Federal
de Pernambuco–
UFPE - Brasil

2. Universidade Federal
de Pernambuco–
UFPE - Brasil

ção punitiva estatal: modelo normativo, teoria jurídica e filosofia política. Desta teoria, têm-se as premissas gerais do princípio da presunção de inocência, na interpretação da previsão do art. 5º, LVII, CF-88. Considerando o método dedutivo, propõe-se a análise exploratório-descritiva do entendimento jurisprudencial anterior e da decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus 126.292, que reinterpretou o citado dispositivo, para discutir a constitucionalidade do julgado.

ABSTRACT:

Is the imprisonment after a referenced sentence in degree of appeal compatible with the principle of the presumption of innocence? To answer the question, the research is based on Luigi Ferrajoli's Criminal Law's legal guarantism theory, which establishes three meanings of rationality and legitimacy of punitive state intervention: normative model, legal theory and political philosophy. From this theory, we have the general premises of the principle of presumption of innocence, in the interpretation of the prediction of article fifth, LVII, from the Constitution of 1988. Considering the deductive method, it is proposed the exploratory-descriptive analysis of the previous interpretation and the decision pronounced by Brazilian Supreme Court in Habeas Corpus 126.292/SP, which reinterpreted the aforementioned provision, to discuss its constitutionality.

RESUMEN:

La ejecución provisional de una sentencia penal condenatoria es compatible con el principio de presunción de inocencia? Para responder a la pregunta, se parte del Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, que establece tres acepciones de racionalidad y legitimidad de la intervención punitiva estatal: modelo normativo, teoría jurídica y filosofía política. De esta teoría, se tienen las premisas generales del principio de la presunción de inocencia, en la interpretación de la previsión del art. 5º, LVII, CF-88. Considerando el método deductivo, se propone el análisis exploratorio-descritivo del entendimiento jurisprudencial anterior y de la decisión proferida por el STF en el Habeas Corpus 126.292, que reinterpretó el citado dispositivo, para discutir la constitucionalidad del juzgado.

PALAVRAS-CHAVE:

Garantismo penal; Presunção de inocência; Supremo Tribunal Federal; Habeas Corpus.

KEYWORDS:

Legal guarantism; Presumption of innocence; Brazilian Supreme Court; Habeas Corpus 126.292/SP.

PALABRAS CLAVE:

Garantismo penal; Presunción de inocencia; Supremo Tribunal Federal; Habeas Corpus.

1. INTRODUÇÃO

A convivência social guarda estreita ligação com o surgimento das penas e do direito de punir. Diante da necessidade de satisfazer suas demandas básicas, o ser humano viu-se forçado a se reunir em agrupamentos sociais e, assim, foram cogitadas as primeiras normas. Contudo, o “estado de guerra” entre as sociedades acabou por desencadear uma incerteza que, posteriormente, culminou na privação da liberdade. Caberia ao soberano proteger a liberdade individual da usurpação de cada particular (BECCARIA, 2005).

A criação das penas com o intuito de proteger o espírito despótico está relacionada à aceitação da matriz contratualista, resultante da construção do processo civilizatório como superação do referido “estado de guerra”, uma vez que o contrato social representa o ato de alienação da liberdade individual ao Estado em troca de segurança (CARVALHO, 2008, p. 43). Demanda-se, assim, a racionalização desta atividade, a partir de cânones jurídicos.

Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, esclarece o sistema garantista de Direito Penal sob três acepções distintas da racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva estatal: modelo normativo de direito, teoria jurídica e filosofia política. Em sua teoria, demonstrou a ilegitimidade da prisão do acusado antes da certeza de uma sentença penal condenatória, tendo em vista o princípio da presunção de inocência. Segundo o autor, referida regra de tratamento determina que o acusado seja considerado inocente até o trânsito em julgado do decisum condenatório e está

relacionada ao Princípio da Jurisdicionariedade - axioma *nulla culpa sine iudicio* (AGUIAR; SANTOS, 2016, p. 794).

No Brasil, o princípio da presunção de inocência foi regulamentado, expressamente, pela Constituição Federal de 1988 (CRFB-88), em seu art. 5º, inciso LVII (BRASIL, 1988). O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, estabeleceu que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

Não obstante a jurisprudência consolidada, a questão ganhou particular impacto diante do julgamento do Habeas Corpus 126.292, em que o Tribunal, por maioria dos votos, concluiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a especial ou extraordinário, não compromete o referenciado princípio da presunção de inocência. A despeito do efeito *inter partes* do remédio constitucional, a decisão é considerada um marco na jurisprudência do Tribunal que, por sua relevância no sistema judicial, tem nítido caráter multiplicador¹. Mais recentemente, esta posição foi reforçada no julgamento do Habeas Corpus Preventivo 152.752, impetrado pela defesa do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, de importante repercussão jurídico-política, considerando que – no momento da decisão – este era potencial candidato à Chefia do Executivo Federal.

O presente trabalho se propõe, portanto, o novo entendimento firmado pela Corte à luz da presunção de inocência, partindo-se da seguinte questão de pesquisa: a execução provisória de acórdão penal condenatório antes do trânsito em julgado é uma interpretação constitucional conforme o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli?

Para o desenvolvimento deste artigo, adota-se o método dedutivo, eis que se utilizou a pesquisa bibliográfica, tomando-se como marco teórico o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, na sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, na fonte primária e através de referências secundárias. O princípio da presunção de inocência será abordado a partir da doutrina constitucional e processual penal, tendo como finalidade principal a compreensão de seus postulados. Para o estudo de caso, o HC 126.292, propõe-se uma análise exploratório-descritiva, confrontando-o com o entendimento jurisprudencial anterior do STF. O objetivo, portanto, é discutir o novo entendimento do STF à luz da Teoria do Direito Penal.

2. O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI NA OBRA “DIREITO E RAZÃO”: ENTRE DIREITO E MORAL

A gênese do sistema garantista está associada ao modelo jurídico-penal de tutela dos direitos, que tem como finalidade a afirmação de valores fundamentais para construção dos direitos humanos e podem ser compreendidos como a legitimação externa do Estado Democrático de Direito. Salo de Carvalho (2008, p. 1) aponta que o direito penal e o direito processual penal podem atuar como parâmetros de tutela à liberdade; vez que as garantias asseguradas pelo modelo contratualista e liberal possibilitaram a formação da noção dos direitos de primeira geração.

O desenvolvimento das condições e dos postulados do Garantismo Penal tem como uma das suas principais fontes as atividades e pesquisas desenvolvidas pelo autor italiano Luigi Ferrajoli, que culminaram com o desenvolvimento de uma verdadeira Teoria Geral do Garantismo, exposta no livro *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale* (1989).

Em sua obra, Ferrajoli demonstra a ‘inapetência’ de um positivismo dogmático próprio do Estado de Direito e, amparado no Direito Penal nuclear, expõe uma concepção minimalista que tem como legitimidade a exclusiva proteção dos bens jurídicos primários. Seu garantismo propõe uma concepção unidirecional dos direitos fundamentais, os quais apenas são dotados de uma eficácia negativa, funcionando como parâmetro limitador do Estado (FELDENS, 2008, p. 69-70).

Na busca por um modelo normativo capaz de satisfazer as exigências de um Estado Democrático de Direito, em que haja uma democracia substancial e não meramente formal, o garantismo busca o minimalismo penal, a ultima ratio, em que haja uma restrição ao poder punitivo estatal, decorrente dos princípios penais fundamentais.

Por um longo período, o modelo de Direito Penal Máximo foi a base do controle penal no Estado Absoluto ou Totalitário, sendo o sistema penalista marcado pela ausência de limite e condições garantistas, por ser incondicionado e ilimitado. No referido plano, havia uma excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade nas condenações e nas penas, decorrentes de uma omissão de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Deste modo, o substancialismo penal e o modelo inquisitivo mostravam-se meios idôneos para sua afirmação, bem como a tortura e culpabilidade do acusado eram marcas do arbítrio punitivo (FERRAJOLI, 2010, p. 101-103).

Em contrapartida, o Direito Penal Mínimo está condicionado ao máximo e corresponde à busca pela tutela das liberdades dos indivíduos frente ao arbítrio estatal, além de ser um ideal de racionalidade e certeza. Neste sentido, o sistema garantista de direito trata-se de um modelo-limite do poder penal “absoluto” e sua axiomatização resulta da adoção de dez condições, limites ou proibições que são verdadeiras garantias do cidadão (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

Discorrendo acerca do racionalismo jurídico resultante do Direito Penal Mínimo, Ferrajoli (2010, p. 102) assevera:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos.

Com efeito, cumpre apontar que o principal pressuposto metodológico da teoria geral do garantismo reside na separação entre direito e moral, a qual impõe outras dualidades, quais sejam, justificação externa x legitimação interna (do direito), justiça x validade, ser x dever ser (PINHO, 2013, p. 45). O reconhecimento da cisão, no plano lógico, entre os dois critérios de fundamentação do direito está diretamente relacionado ao positivismo jurídico, resultante das lutas políticas determinantes de um lento processo de secularização do direito penal nos séculos XVII e XVIII.

A cisão entre Direito e Moral é o marco do sistema garantista, pois a independência do plano interno de validade jurídica – legitimação – no tocante aos critérios externos de justiça – justificação, possibilitou, de início, a limitação do poder punitivo do estado e, assim, a criação de técnicas “racionalmente idôneas” (COPETTI NETO, 2016, p. 26-27). A separação entre moral e direito propõe a visualização dos sentidos assertivo (ou teórico) e prescritivo (ou axiológico).

Da acepção teórica ou assertiva resultam três teses:

a) tese metalógica, decorrente de Lei de Hume e que veda a derivação do direito válido (como é) do direito justo (como deve ser) e vice-versa, configurando “ideologias” as teses e doutrinas viciadas por essa falácia;

b) tese científica, que exclui a ideia de que a justiça seja uma condição necessária ou suficiente para a validade das normas jurídicas; assim, o

direito deveria ser inteiramente positivo, ou seja, para ser válida basta que a norma atente ao princípio da legalidade e;

c) tese metacientífica, relacionada à recíproca autonomia entre o ponto de vista interno (ou jurídico) e externo (ético-político), permitindo o desenvolvimento de uma ciência do direito como disciplina empírico-descritiva de normas jurídicas desvinculadas da moral e de uma crítica externa do direito positivo, independente dos princípios axiológicos incorporados. (FERRAJOLI, 2010, p. 205-206)

Neste sentido, Ana Cláudia Pinho (2013, p. 47) interpreta que

Só o abandono de qualquer moralismo jurídico permite à ciência do Direito traçar regras de validade das normas com base em parâmetros internos, prescindindo de valorações morais externas, e só o abandono de qualquer legalismo ético permite utilizar critérios externos (não jurídicos) para averiguar a justiça do direito positivo.

O conjunto das três teses, considerando os seus significados e níveis diversos, forma a concepção positivista do direito e da ciência jurídica - convencionalismo ou formalismo jurídico. (FERRAJOLI, 2010, p. 206)

Por sua vez, o sentido prescritivo ou axiológico expressa um princípio político do liberalismo moderno que fundamenta a autonomia entre a esfera do Direito e da Moral, resultante de uma conquista do utilitarismo jurídico iluminista. A imoralidade pode ser considerada condição necessária para fundamentar a intervenção estatal coercitiva; contudo, não pode ser tida como uma condição por si só suficiente, como esclarece Copetti Neto (2016. p. 28):

Isso quer dizer que legitimação interna – razão de direito – e justificação externa – razão do direito – refletiram o processo de laicização do direito e da cultura jurídica, na medida em que criaram os pressupostos teórico e axiológico, respectivamente, do modelo garantista de legalidade, afastando a possibilidade futura de uma auto-legitimação ético-política, bem como de um retorno a uma hetero-legitimação jurídica do direito.

Confrontada com as crises jurídicas decorrentes da insuficiência do Estado em suprir os problemas decorrentes da inefetividade dos direitos fundamentais, a Teoria do Direito não consegue atender às mudanças estruturais, de modo que as teorizações acabam desenhando um vazio ontológico. Nesta quadra, a teoria garantista tem como objetivo a essência

social, amparada num caráter procedimental, na busca do distanciamento dos padrões dogmáticos ou extra-dogmáticos. (MAIA, 2010, p. 42)

Considerando a incompatibilidade entre normatividade e efetividade, o Garantismo permitiria uma junção entre as duas esferas com o intuito de reduzir a dicotomia existente no texto normativo (normatividade do modelo em nível constitucional) e sua aplicação prática nos níveis inferiores. Deste modo, sua influência não está restrita ao campo jurídico, mas também na esfera política, tendo como aplicação prática a redução da violência e consequente ampliação da liberdade, em virtude do conjunto de normas que permite a aplicação do jus puniendi em troca da preservação das garantias individuais (MAIA, 2010, p. 42).

No tocante à teoria do garantismo penal nos termos propostos por Luigi Ferrajoli, Luis Regis Prado (2014, p. 135) põe à luz que

Em que pese o destaque que se confere à incidência do garantismo em matéria penal, especialmente no tocante à limitação do poder punitivo estatal, vale esclarecer que aquele é enfocado mediante três acepções, conexas entre si: (a) como um modelo normativo de direito, segundo o qual será “garantista” o sistema jurídico compatível com as exigências do Estado de Direito; (b) como teoria jurídica crítica (oposição ao positivismo dogmático), que se propõe a distinguir normatividade e realidade, é dizer, entre dever ser e ser no direito; (c) como filosofia política, preconizando a justificação externa do Direito do e do Estado no reconhecimento e proteção dos direitos que constituem sua finalidade. (Grifos nossos)

Com relação à primeira acepção, o garantismo seria um modelo normativo de direito fundamentado no princípio da legalidade, que possibilita o limite e vínculo do poder; ademais, considera-se um tipo ideal próprio do Estado de Direito, que deve ser dotado de uma constituição rígida. Conforme o prisma epistemológico, a teoria seria caracterizada como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; no aspecto político, seria uma técnica capaz de reduzir o grau de violência e garantir a ideia de liberdade. Já no plano jurídico, o Garantismo seria um sistema de proteção imposto ao sistema punitivo do Estado para garantir os direitos dos cidadãos, ou seja, uma limitação ao poder estatal (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786).

Para Ferrajoli, este modelo de Estado deve ser caracterizado pelo

princípio da legalidade no plano formal e ter como fonte substancial a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos; o que permite que os poderes sejam limitados por deveres jurídicos.

Diante do modelo normativo garantista, é possível compreender os sistemas penais a partir dos graus de Garantismo na medida em que estejam em consonância ou se afastem do modelo limite. Deste modo, a partir das antinomias existentes entre o sistema normativo regido por princípios constitucionais e a efetividade dos direitos normativamente proclamados é possível estabelecer o grau de garantismo em que se encontra determinado sistema penal (BORTOLI, 2008).

No caso da execução provisória, o ordenamento jurídico brasileiro assegura no âmbito constitucional e também na legislação infraconstitucional – Código de Processo Penal - o princípio da presunção de inocência, de sorte que poderia ser caracterizado, normativamente, como um sistema penal com grau elevado de garantismo. Por sua vez, ao considerar a situação específica abordada no presente trabalho, consubstanciada no novo entendimento do Supremo Tribunal Federal exposto no julgamento Habeas Corpus 126.292, o qual permite o cumprimento provisório da pena a partir do acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância, pode-se concluir que o sistema é posto em nível baixíssimos de garantismo.

Neste sentido, é importante lembrar a distinção entre dever-ser e ser. Ao fazer a abordagem acerca dos graus do garantismo, Adriano de Bortoli (2008) analisa a antinomia decorrente das normas protetivas do direito do preso (art. 5º, XLIX, da CF; art. 38 do CP; art. 1º da Lei nº 8.653/93; art. 40 da Lei nº 7.120/1984) – grau elevado de garantismo- e a realidade do sistema penitenciário brasileiro, que não cumpre as exigências asseguradas no plano normativo – grau baixíssimo de garantismo.

A segunda acepção do termo garantismo reflete uma teoria e crítica do direito (razão de direito), que tem o objetivo de analisar problemas da validade e efetividade diante da antonímia entre o modelo normativo x as práticas operacionais, bem como a diferença entre o “ser” e do “dever ser” no direito, tendo em vista que pode ocorrer validade sem efetividade ou efetividade sem validade (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

Segundo Copetti Neto (2016, p. 36), trata-se de “uma teoria da diferença entre normatividade e realidade que atua como um fator legitima-

dor/deslegitimador, limitando e vinculando o poder, tanto à normatividade como à efetividade jurídica”.

Neste sentido, com relação ao segundo aspecto, não se busca determinação de certezas, mas de um modelo que atenda ao questionamento, à dúvida em relação à validade das leis e sua aplicabilidade e no tocante ao direito válido e direito efetivo, requerendo uma avaliação crítica dos juristas acerca das leis vigentes. Ademais, o garantismo deve ater-se aos aspectos formais e substanciais para permitir a validade do direito, bem como a efetividade dos direitos fundamentais.

Por fim, a terceira acepção da teoria do garantismo seria uma filosofia política laica, a qual impõe ao Direito e ao Estado uma justificação externa dos parâmetros garantistas, um “ponto de vista externo” que permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever do Direito (direito e moral). Trata-se de uma forma reformadora que tem como finalidade limitar e vincular o poder do estado (BORTOLI, 2008).

Deste modo, a teoria do garantismo jurídico proposta por Luigi Ferrajoli, por intermédio de suas três manifestações, institui uma posição crítica a respeito do direito e objetiva a proteção da liberdade individual contra qualquer forma de exercício arbitrário de poder. Para Copetti Neto (2016, p. 38), foi possível estabelecer a incorporação interna de normas que tinham como finalidade a fundamentação externa do modelo. Portanto, com a positivação dos direitos naturais, os princípios axiológicos externos ao direito se tornaram princípios teóricos e científicos.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRESSUPOSTO PARA FORMAÇÃO DA CULPA: ELEMENTO FUNDANTE DO ESTADO DE DIREITO

O sistema garantista deve ser compreendido como uma teoria de base constitucional orientada à potencialização dos direitos fundamentais, o que permite assegurar juridicamente sua concretização. Nesse toar, o Estado Constitucional de Direito é o único modelo estatal habilitado a permitir a efetivação do modelo garantista, tendo em vista que em ambos é possível a formulação de técnicas idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade dos direitos fundamentais. (FELDENS, 2008, p. 67)

Neste sentido, como um dos instrumentos da tutela garantista, os princípios devem ser compreendidos como ordenações que irradiam e

imantam os sistemas de normas e que permitem a síntese de valores e bens constitucionais (SILVA, 2013, p. 93-94). Ademais, eles podem ser caracterizados como normas jurídicas impositivas de uma otimização, o que possibilita o balanceamento entre valores e interesses, já que são normas jurídicas com um grau de abstração elevado (CANOTILHO, 2003, p. 1160-1161).

Esclarece, ainda, JJ. Gomes Canotilho (2003, p. 1167) que os princípios devem ser observados diante do seu caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, já que eles assumem uma natureza estruturante e tem um papel fundamental no ordenamento jurídico diante da sua posição hierárquica. Neste sentido, destacam-se os princípios-garantia, os quais têm como objetivo a instituição de uma garantia dos cidadãos.

Desta forma, os princípios seriam normas de conteúdo abrangente, que têm como função instrumentalizar a integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Assim, devem ser analisados como verdadeiros mandamentos de otimização e como a base essencial do ordenamento jurídico, pois a partir deles são emanadas normas cogentes que determinam a diretriz do sistema e possibilitam a fundamentação de normas que lhe são derivadas (ANTUNES, 2010, p. 19).

De acordo com o princípio da presunção de inocência, a partir do trânsito em julgado de uma condenação penal, instala-se a certeza de culpa do indivíduo acerca de determinados fatos penais, afastando-se seu estado de inocência. Portanto, para formação da culpabilidade de um infrator é imprescindível a existência de uma sentença transitada em julgado e a partir deste marco é que deve haver a incidência de medidas restritivas à liberdade e ao patrimônio do acusado (ANTUNES, 2010, p. 39). E, em consonância com o princípio da dignidade humana, consagra-se a inocência como sendo o estado natural do ser humano, ou seja, a regra será que todo o indivíduo não seja culpado.

Todavia, caso o Estado consiga comprovar ser o acusado o autor do fato de acordo com o que for estabelecido em sentença penal irrecorrível, retira-se o seu estado natural de inocência. Nesse sentido,

Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal, e seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva

condenação criminal (NUCCI, 2010, p. 239).

Para o garantismo, “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo” (FERRAJOLI, 2010, p. 506).

A premissa de que o estado de inocência deve ser a regra regulamentadora da sociedade teve como marco histórico as ideias de Cesare Beccaria, que influenciou os pensadores iluministas que defendiam a reforma do processo penal, caracterizado como sistema inquisitorial e que utilizava a tortura como um dos meios de prova. Em sua respeitável obra *Dos delitos e das penas*, defendeu que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada” (BECCARIA, 2005, p. 63).

Contudo, foi com a Escola Clássica italiana, a qual tem como um dos seus principais representantes Francesco Carrara, que o Princípio da Presunção de Inocência propagou-se como um postulado fundamental do Direito Penal (ANTUNES, 2010, p. 41).

O estado de inocência caracteriza-se como garantia fundamental do homem, sendo indisponível e irrenunciável já que constitui parte integrante da natureza humana.

[...] a presunção de inocência dos cidadãos não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança, ou se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo (FERRAJOLI, 2010, p. 506).

No plano internacional, a garantia de que o acusado não será declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre sua culpa foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)² e na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), fortemente amparada no princípio da dignidade humana³, como se infere de seu art. 11.1:

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

Referida declaração estabeleceu três importantes fundamentos para

a presunção de inocência: (I) o seu firmamento como um direito, II) o estabelecimento de um limite temporal e legal, já que condiciona a presunção de inocência à prova da culpabilidade de acordo com os ditames da lei, e III) o julgamento do acusado deverá ser público, assegurando-se todos os instrumentos para garantir a ampla defesa (MORAIZ, 2017, p. 79).

Posteriormente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 14-2). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) também positivou o postulado da não culpabilidade⁴. Ainda segundo Ferreira (2016, p. 11-12), o entendimento que prevalece na Corte Americana de Direitos Humanos, a prisão sem a existência de uma sentença de uma sentença definitiva apenas poderia acontecer como medida cautelar, mas não punitiva. Deste modo, não caberia ao Estado impor a restrição da liberdade do acusado além do necessário para garantir o bom andamento do processo e a ação da justiça. Neste sentido, tem-se como exemplos os casos do Sr. Rafael Iván Suárez vs Equador e de Ricardo Canese vs Paraguay (AMARAL; CALEFFI, 2017, p. 1099).

No tocante ao sistema jurídico brasileiro, a ausência de previsão expressa no ordenamento pátrio até a promulgação da CRFB-88 levou doutrina e jurisprudência à aplicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos como fundamento para os institutos do favor rei e do *in dubio pro reo*. As constituições de 1937, 1946 e 1967 eram omissas em relação ao princípio e, em certos períodos, como na vigência do período autoritário, o ônus probatório cabia ao próprio acusado, competindo-lhe provar sua inocência (ANTUNES, 2010, 51-53).

Contudo, sintonizando os direitos e garantias fundamentais, a CRFB-88 positivou explicitamente o postulado da não culpabilidade no art. 5º, inciso LVII, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por sua vez, estabelece o art. 283 do Código de Processo Penal:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

De acordo com a processualística penal, a parte acusatória terá o ônus de provar a culpabilidade do acusado, ou seja, não caberá ao réu demonstrar sua inocência, mas sim ao órgão acusatório reunir o conjunto probatório necessário para atestar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe é imputado. O ônus de prova é considerado um dever processual da acusação de delimitar as provas da inversão do estado de inocência do réu, para que assim seja demonstrada sua culpa e aplicada a pena ao caso concreto.

No âmbito criminal, a formação da culpa decorre de um conjunto probatório incontestado da prática de uma infração penal – um fato típico, jurídico e culpável. Assim, deve o órgão acusatório provar ao julgador que o acusado cometeu o crime em sua inteireza, demonstrando a ocorrência do crime e sua autoria; ou seja, é necessário provar, eliminando-se qualquer dúvida razoável⁵.

Com relação ao ônus probatório do órgão de acusação,

No processo criminal, o órgão acusatório deve demonstrar ao magistrado a verdade do alegado na inicial, o que servirá de lastro para alterar o status constitucional de inocência do acusado. Este, por sua vez, detendo em seu favor a presunção de não culpabilidade, precisa apenas refutar o alegado e produzir contraprova facilitar a improcedência da ação. Não lhe cabe inserir, nos autos, elementos impeditivos, de modo a vedar o pleito inicial. Afinal, inexistente disputa de igual dimensão, com perfeito equilíbrio, no processo penal. A linha de tensão entre as partes é fundada, de um lado pela acusação, com maior encargo, visto lutar contra a presunção de inocência, enquanto, do outro, ocupado pela defesa, atua o réu, buscando manter seu status, em trabalho de convencimento ao Judiciário. (Grifos nossos) (NUCCI, 2010, p. 241).

Como reconhecimento da regra probatória, o voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento do Habeas Corpus 84.078 (BRASIL, 2009):

O domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade

das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela Promotoria e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não sejam obtidos por meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessas circunstâncias, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisprudencial que lhe está à altura. (BRASIL, 2009)

Portanto, o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação, bem como permite que seja assegurado ao acusado o devido processo legal, durante o qual possa utilizar de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Conforme o princípio da jurisdicionalidade, o processo penal não pode ser compreendido como mero meio para realização do direito penal, mas sim como um instrumento de limitação do poder punitivo que é garantido pela função jurisdicional, sendo a prova a atividade necessária para comprovar a culpabilidade de um suposto autor do crime e, até que o conjunto probatório seja idôneo para sua confirmação, ninguém poderá ser considerado culpado. Constitui-se, assim, num corolário lógico-racional do processo penal e primeira garantia fundamental assegurada pelo cidadão ao procedimento (AMARAL; CALEFFI, 2017, p. 1102).

Neste sentido, o sistema garantista estabelece que a presunção de inocência deve estar condicionada ao princípio de submissão à jurisdição, pois esta é uma atividade necessária para obtenção do conjunto probatório apto a formar a culpabilidade do acusado. Em seu sentido lato, não deve haver culpa sem juízo e, no sentido estrito, para formação do juízo é imprescindível que a acusação se sujeite à prova e à refutação. Assim, postula-se “a presunção de inocência do imputado até a prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação”, como uma “opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (LIMA; 2017, p. 44).

4. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292: UMA MATERIALIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

Ao analisar a trajetória jurisprudencial do STF em relação à execução provisória da pena, percebe-se julgamentos oscilantes quanto ao tema. Considerando que, de modo geral, os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo, nos termos no art. 637 do Código de Processo Penal c/c arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do Código de Processo Civil, o entendimento jurisprudencial preponderante, mesmo na vigência da CRFB-88, era quanto à possibilidade de execução provisória diante de uma sentença penal condenatória recorrível, mesmo não estando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva do acusado (LIMA, 2017, p. 46).

Com fundamento no art. 637 do CPP (BRASIL, 1941), seria possível a execução da sentença após a baixa dos autos originais do recurso extraordinário ao juízo de primeira instância. Neste toar, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 267⁶, que estabelece a possibilidade de expedição do mandado de prisão não obstante a interposição do recurso sem efeito suspensivo. Deste modo, era o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocado do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o par. 2º, do art. 27 da Lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinários e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo assim ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se execute contra o réu. Habeas corpus indeferido.⁷

Habeas corpus. Efeito de recurso especial interposto contra decisão condenatória em segunda instância. Não cabe prisão

albergue domiciliar quando é determinado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. Contra decisão condenatória, proferida em Segunda Instância por Tribunal Estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária - especial ou extraordinário - sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes do seu trânsito em julgado. O recolhimento do condenado em residência particular só é compatível com o regime aberto e de acordo com as quatro hipóteses do art. 117 da LEP, Lei n. 7.210/1984. Habeas corpus indeferido.⁸

As turmas do STF afirmavam e reafirmavam que a execução provisória da pena decorrente de decisão condenatória recorrível, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, não colidia com o Princípio da Presunção de Inocência.

Apesar do entendimento de que era cabível a execução antecipada da pena, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 em 2009, por maioria dos votos (7 a 4), o STF alterou entendimento até então dominante e passou a adotar a orientação de que a execução da pena apenas poderia ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo em vista que a prisão antes da sentença penal irrecorrível atingiria os pressupostos do princípio da presunção de inocência (MORAIZ, 2017, p. 78).

Ao analisar o HC nº 84.078, o Ministro Relator Eros Grau asseverou que:

[...] aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. 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. Apenas um desafeto da Constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição. (BRASIL, 2009)

O entendimento firmado vigorou até fevereiro de 2016, eis que ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292, o Plenário do STF, por maioria dos votos (7 a 4), entendeu que é possível a execução antecipada do acórdão penal condenatório proferido por um Tribunal de segundo grau de jurisdição, não obstante haja a pendência de um recurso especial ou extraordinário sem efeito suspensivo, bem como estejam ausentes os requisitos para a prisão cautelar. Deste modo, a partir da nova interpretação da Suprema Corte, volta a ser possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado (MORAIZ, 2017, p. 78).

No caso referido, o paciente havia sido condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP). Inconformada com a decisão, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, todavia, o Órgão negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Da referida ordem, a defesa impetrou Habeas Corpus 313.021/SP no Superior Tribunal de Justiça, tendo como um dos seus fundamentos o fato da prisão ter sido decretada sem a ocorrência de qualquer fato novo que justificasse a prisão cautelar e que a determinação da ordem de prisão ocorreu antes do trânsito em julgado, em desacordo com o entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF. Contudo, o Ministro Presidente indeferiu o pedido liminar, sendo impetrado o Habeas Corpus nº 126.292/SP (BRASIL, 2016).

No julgamento do writ, em fevereiro de 2015, o Ministro Relator Teori Zavascki deferiu o pedido liminar para suspender a prisão preventiva decretada pelo órgão de segunda instância. Por sua vez, não obstante estivesse atribuído à Segunda Turma do Supremo, os ministros decidiram afetar o julgamento do habeas corpus ao Plenário (FERREIRA, 2016).

Ao analisar o caso, o Relator reconheceu que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, possibilitou a execução antecipada da pena, tendo em vista que foi determinada a ordem de prisão contra o condenado, estando a referida decisão em conflito com o entendimento firmado pela Suprema Corte no Habeas Corpus

nº 84.078/MG.

Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki ponderou que nas instâncias ordinárias, salvo na revisão criminal, exaure-se a possibilidade de exame de fatos e provas, ficando estabelecida a responsabilidade criminal do acusado. Além do mais, os recursos de natureza extraordinária não possuem ampla devolutividade, não sendo possível um amplo debate da matéria fático-probatória, já que apenas será discutida a matéria de direito. Deste modo, asseverou que:

[...] nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 1026, p. 7-8).

Assentadas as linhas gerais do seu posicionamento, ao votar pela denegação da ordem de habeas corpus, o relator concluiu pela possibilidade da execução antecipada da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária por entender que não haveria o comprometimento do princípio da presunção da não culpabilidade, tendo em vista que o acusado foi considerado como inocente no âmbito do processo ordinário criminal já desenvolvido, não havendo comprometimento do princípio da presunção de inocência” (BRASIL, 2016, p. 16).

Ao seu turno, em consonância com a tese firmada, o Ministro Edson Fachin afirmou que o postulado do art. 5º, LVII, da CRFB-88 não tem caráter absoluto (BRASIL, 2016, p. 21-22).

Em contrapartida, o Ministro Celso de Mello ressaltou o princípio da presunção de inocência como notável conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder (BRASIL, 2016, p. 80) e destacou que a repulsa à tal postulado é incompatível com os

padrões do regime democrático e capaz de produzir restrições não autorizadas pelo sistema constitucional (BRASIL, 2016, p. 82). Acrescentou que, a fundamentalidade da presunção de inocência demanda uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos da pessoa, sendo prerrogativa do acusado sua inocência, para todos os efeitos legais, até o trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2016, p. 84).

O então presidente Ricardo Lewandowski reconheceu a divergência e posicionou o seu voto no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, cuja compreensão exige uma interpretação taxativa da norma constitucional (BRASIL, 2016, p. 97). Ressaltou, ainda, o fato de que o “sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido” e configura um verdadeiro estado de coisas inconstitucional, como foi concluído no julgamento da ADPF 347 e no RE 592.581 (BRASIL, 2016, p. 98).

Diante do julgamento pelo Plenário, o STF, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, estabelecendo a revogação da limitar e modificou o entendimento jurisprudencial que havia sido consolidado no Habeas Corpus nº 84.078/MG (BRASIL, 2009). Foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O novo entendimento firmado pela Corte gerou ampla reação. No âmbito do STF, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, cujo objeto é a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e o reconhecimento que o cumprimento da pena privativa de liberdade está condicionado ao trânsito em julgado da condenação. Contudo, o STF indeferiu as liminares das ADC's 43 e 44 e concluiu que o referido dispositivo não impede a execução antecipada da pena decorrente de condenação de um órgão de segunda instância (FERREIRA, 2016, p. 32). Referidas ações, cuja decisão teria efeitos erga omnes e caráter vinculante, ainda não foram julgadas. Mais recentemente, o novo entendimento foi confirmado no Habeas Corpus (HC) 152752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. A maioria dos ministros acompanhou o relator, Edson Fachin, no sentido da ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia (anormalidade) na decisão do Superior Tribu-

nal de Justiça, que aplicou ao caso a jurisprudência do STF, que permite o início do cumprimento da pena após confirmação da condenação em segunda instância.

Assentadas as linhas gerais da mutação constitucional decorrente da decisão proferida pelo STF, resta compreender se o novo entendimento firmado é uma manifestação do Princípio da Presunção de Inocência.

No tocante ao argumento utilizado de que a análise do mérito da demanda criminal realizado pelas instâncias ordinárias consumaria a presunção de inocência, é fundamental compreender que a previsão contida no texto constitucional tem como significado que a execução da pena somente poderá ocorrer após o julgamento de todos os recursos interpostos, em virtude da expressão “transito em julgado” contida no art. 5º, LVII, da Constituição. Deste modo, não se pode confundir a referida garantia constitucional com o duplo grau de jurisdição, tendo em vista que:

[...] a confirmação da condenação em segunda instância não importa em considerar o acusado culpado e, por consequência, sucessível de ter sua liberdade restringida sem a existência de pressupostos de cautelaridade (prisão preventiva) ou do trânsito em julgado (coisa julgada material) (AMARAL, CALEFFI, 2017, p. 1089-1090).

Quanto à sugestão de que na sentença condenatória em primeira instância haveria a formação de um juízo de culpa, é oportuno apontar que, conforme pontuado pelo Ministro Celso de Mello, aproximadamente 25% dos recursos em matéria criminal que chegam ao STF são acolhidos integralmente. Desta forma, seria incoerente com o sistema constitucional limitar a presunção de inocência de alguém à decisão firmada pelos Tribunais de segundo grau, tendo em vista que ainda cabem os recursos excepcionais (LIMA; LEITE, 2017, p. 329).

A decisão ainda promoveu uma ampla discussão na teoria jurídica, sobretudo porque alguns dos argumentos para a execução antecipada da pena é a necessidade de equilibrar o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, a qual deveria, além de atender às garantias do acusado, possibilitar os anseios sociais. Isto porque o entendimento anterior favorecia a sucessiva interposição de recursos com propósito protelatório, que acarretava, em muitos casos, a prescrição punitiva ou executória (LIMA, 2017, p. 47-48).

Neste sentido foi o voto do Ministro Relator Teori Zavascki, que defendeu caber ao Poder Judiciário – no caso, ao STF - garantir a função institucional do processo para conciliar a presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional do Estado (BRASIL, 2016, p. 17-18).

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a discussão sobre a execução da pena a partir do acórdão proferido por Tribunal competente engloba dois núcleos de normais constitucionais colidentes. Tendo em vista que, de um lado, há a máxima incidência da presunção de inocência e, no outro lado, pondera-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, já que o sistema penal deve ter efetivo, sério e dotado de credibilidade (BRASIL, 2016, p. 40). Em resumo, apresentou como argumento para a possibilidade da execução antecipada da pena três fundamentos pragmáticos, quais sejam:

(i) a interpretação permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) a execução provisória da pena diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. (BRASIL, 2016, p. 28)

No tocante ao argumento utilizado pelo Ministro Barroso, deve-se compreender que a presunção de inocência não pode ser atrelada a extensão do seu alcance a determinado tipo penal. Neste sentido, a execução provisória da pena não deve ser manejada do ponto de vista do bem-estar social como pressuposto de efetividade punitiva para determinadas infrações penais e para adoção de políticas públicas de combate ao crime (AMARAL; CALEFFI, 2017, p. 1096).

Alguns dos fundamentos que levaram a Suprema Corte a, no exer-

cício do seu “poder soberano”, permitir pela antecipação da pena seria o fato de haver muita prescrição e impunidade, bem como a necessidade de ouvir a voz das ruas e dar nova interpretação à presunção de inocência (NICOLITT, 2017, p. 7-8).

Ocorre que a incapacidade dos tribunais superiores de julgar em tempo razoável os recursos extraordinários em sentido amplo a ponto de obstar a prescrição da pretensão punitiva seria uma das motivações que está subjacente ao novo entendimento determinado pela Corte. Deste modo, ao buscar dar conta do princípio constitucional da duração razoável do processo, estaria o Supremo violando a garantia da presunção de inocência. Acrescenta, ainda, Nicolitt que no modelo democrático de processo a absolvição de culpados deve ser tolerada e é um custo do risco de submeter os inocentes a penas injustas.

A tentativa de equilibrar a presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional pode estar atrelada ao tratamento da presunção de inocência como princípio jurídico a ser ponderado com outros interesses. Contudo, a Carta Magna estabelece tal garantia como regra que deve ser efetivada em sua integralidade, não estando sujeita a ponderações ou sopesamentos. Além do mais, a flexibilização da presunção de inocência como meio para controle da morosidade no Poder Judiciário trata-se de argumento meramente consequencialista, tendo em vista que os direitos e garantias constitucionais são instrumentos atribuídos ao próprio indivíduo em face do Estado (LIMA; LEITE, 2017, p. 329-330).

Deste modo, levando em consideração que o novo entendimento afrontou a literalidade da garantia constitucional, apontam aos autores que “a corte se transubstanciou em poder constituinte permanente, ou seja, em autoridade política soberana, capaz de reescrever cláusulas constitucionais como lhe aprouver” (LIMA; LEITE, 2017, p. 329-331).

Neste cenário, os “crimes de colarinho branco” ganhavam destaque com o fortalecimento das investigações policiais de combate a tais infrações e pelos julgamentos emblemáticos, como é o caso da “Lava-jato” e do “Mensalão”. Além do mais, há a expectativa popular pelo controle da corrupção, diante das notícias de enriquecimento em prejuízo ao erário e do desvio de verbas públicas (FERREIRA, 2016, p. 31 e 52). Bevilaqua (2017, p. 17) ainda ressalta que todos esses argumentos são reproduzidos pela mass media e são referentes ao recrudescimento penal, o qual tem

como consequência a flexibilização das garantias processuais e a atuação do Poder Judiciário como verdadeiro órgão de política criminal.

A decisão proferida pela Corte, amparada sob o prisma da proporcionalidade, teve com objetivo estabelecer uma correspondência entre a presunção de inocência e a eficiência do sistema de justiça, contudo, acabou por violar o texto expresso da norma constitucional e da lei infraconstitucional – art. 283 do CPP, uma vez que o trânsito em julgado não simboliza condenação em segundo grau. Outrossim, a decisão proferida pelo STF foi contrária à evolução jurídico-constitucional fundamentada na proteção dos direitos fundamentais e na domesticação do poder estatal, pois:

[...] considerando que o STF tem como dever a proteção à Constituição (Schutzpflicht), que deve ser promovida em observância à proibição de excesso estatal (Übermassverbot) e à proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot), não cumpriu a Corte com a sua função, pelo contrário, suprimiu a garantia constitucional de presunção de inocência em prol de uma suposta efetividade da justiça, utilizando-se de argumentos rasos e sem um adequado aprofundamento teórico (BEVILAQUA, 2017, p. 17).

Diante da guinada promovida pela Corte, caberia aos Ministros adotar duas decisões, quais sejam, decretar que a decisão proferida no Habeas Corpus nº 126.292 ia de encontro com o artigo 283 do Código de Processo Penal⁹, o que ensejaria a sua reforma; ou reconhecer, expressamente, a inconstitucionalidade do referido dispositivo infraconstitucional. Todavia, nenhuma das posições foi adotada pelo STF e o dispositivo foi declarado constitucional, sem legitimar o valor do seu conteúdo, o que resultou em uma interpretação contrária ao texto constitucional (AMARAL; CALEFFI, 2017, p. 1092).

5. CONCLUSÃO

O Direito Penal pode ser caracterizado como um dos instrumentos da maior interferência do direito, por apresentar um alto grau invasivo na esfera privada, decorrente da própria restrição de liberdade do ser humano. Deste modo, o mal causado pelas penas deve ser sempre um mal absolutamente necessário, ou seja, apenas deve ser utilizado quando for o único meio necessário para atingir seu objetivo.

Neste diapasão, o sistema garantista propõe, sob o ponto de vista de um viés utilitarista, o máximo de bem-estar dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário aos desviantes, sendo vedados os meios arbitrários e severos do sistema punitivo sob a justificação da máxima felicidade.

Além da defesa social, um dos objetivos do Direito Penal é a tutela do mais fraco perante o mais forte. O julgamento e a imposição da pena devem proteger os réus, os acusados, contra as vinganças e outras reações mais severas. Assim, como proposto por Luigi Ferrajoli, a lei penal pode até mesmo ser compreendida como a “lei do mais fraco”.

O garantismo penal permite um equilíbrio entre a invasão na liberdade individual do investigado e o próprio poder punitivo estatal, leva-se em consideração a necessidade indispensável da intervenção do jus puniendi, o qual deve ser compreendido como única alternativa e não como uma das possibilidades para segurar a segurança social.

No tocante às garantias asseguradas ao indivíduo, a presunção de inocência é uma das mais relevantes no âmbito do processo penal, a regra de tratamento tem como objetivo atribuir o ônus probatório à acusação, cabendo ao Estado-acusação demonstrar a culpa do acusado. Ademais, o princípio a não-culpabilidade determina que o acusado não seja tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que impõe que o estado de inocência deve vigorar durante todo o trâmite do processo penal.

Tendo como base a análise do Habeas Corpus nº 126.292, percebe-se que o STF, no tocante à mutação constitucional, admitiu o antigo entendimento jurisprudencial que vigorou até 2009, ao permitir que execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio da presunção de inocência.

O posicionamento firmado pela Corte está em desacordo com a taxatividade do disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, uma vez que o constituinte originário utilizou o trânsito em julgado como marco temporal para pôr fim ao estado de inocência.

Registra-se que um dos argumentos fundantes da divergência consistia na suposição de que a execução antecipada da pena viabilizaria a efetividade do sistema penal, ao afastar uma das causas da impunidade - a morosidade do próprio Poder Judiciário. Isto porque não seria mais pre-

ciso aguardar o distanciamento temporal entre o cometimento do delito e a sua efetiva punição. Outrossim, o novo entendimento tornaria o sistema punitivo brasileiro mais republicano ao inibir o cometimento das infrações de “colarinho branco”.

Do exposto, sob o aspecto da teoria garantista, percebeu-se que o STF cedeu ao clamor social, à opinião pública e às pressões políticas quando deveria ter atuado como verdadeiro escudo para proteção das garantias e dos direitos fundamentais. Assim, conclui-se que a decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus 126.292 é inconstitucional por violar a Constituição Federal, que exige o trânsito em julgado da condenação como marco para se romper a presunção de inocência e acabou por evidenciar o retrocesso de umas das principais garantias do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Fabrício Alves de; SANTOS, Samuel Barbosa dos. **Execução provisória da pena: garantismo penal x combate à impunidade**. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/278ea7a5cf221b880cac1c78c4ee4183.pdf>. Acessado em: 1 nov. 2017.

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set-dez 2017.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. 110 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Alexis Augusto Couto Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEVILAQUA, Victor Matheus. HC 126.292: o STF como mero instrumento à disposição do homem por detrás do dique. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 295, p. 16-18, jun. 2017.

BORTOLI, Adriano de. **Garantismo Jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública**. Disponível em: <

direito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pd. Acessado em: 1 out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.078, Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 5 fev. 2009. **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 out. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 6ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantia**. 3 ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução provisória da pena: análise dos argumentos da Suprema Corte à luz da teoria de Dworkin**. 74 f. Monografia (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ed. rev, ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2017.

LIMA, Flávia Santiago; LEITE, Glauco Salomão. Entre o éthos e a práxis: oscilações da jurisdição constitucional na proteção de direitos fundamentais. In: COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Dilemas na constituição**. Belo Horizonte, Fórum, 2017.

MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli** – notas preliminares. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 145, p. 41-46, 2000.

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 Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, ano XVIII, n 103, p. 77-111, 2017.

NICOLITT, André. STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 290, p. 7-8, jan 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. São Paulo: Melhoramentos Editores, 2013.

Notes

1 Deve-se destacar que as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 têm por objeto a referida questão, de sorte que há a possibilidade de conferir efeito *erga omnes* ao entendimento do STF sobre o alcance da presunção de inocência em uma decisão vinculante e definitiva, como será exposto adiante.

2 “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”.

3 Com efeito, o período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial foi marcado pelo espanto decorrente das atrocidades perpetradas pelas autoridades do regime totalitário e pelo desrespeito aos direitos humanos de um modo geral. Diante deste contexto, o princípio da presunção de inocência ganha uma nova

roupagem fundamentada na dignidade da pessoa humana, bem como foi inspirada a Declaração Universal de Direitos Humanos (FERREIRA, 2016, p. 11).

4 Art. 8^a – 2 (primeira parte). “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

5 Acerca do ônus probatório estabelece o Código de Processo Penal: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (art. 156, CPP).

6 Súmula 267/STJ: “a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 6.876, DJ 26.11.1992, p. 21.612, Rel. Min. Néri da Silveira

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 69.176, DJ 23.10.1992, p. 18.780, p. 74, Rel. Min. Paulo Brossard

9 O artigo 283 do CPP dispõe que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

