

**Uni- ANHANGUERA - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS
CURSO DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O INÍCIO DA EXECUÇÃO DE
PENA, AINDA QUE PENDENTES RECURSOS**

MATHEUS TAVARES NEVES

GOIÂNIA
Junho/2019

MATHEUS TAVARES NEVES

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O INÍCIO DA EXECUÇÃO DE
PENA, AINDA QUE PENDENTES RECURSOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás - Uni-ANHANGUERA, sob orientação do Professor Dr./Ms Bruno Giorgi Ferreira Nobre como requisito parcial para obtenção do bacharelado em direito.

Goiânia
Junho/2019

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS TAVARES NEVES

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O INÍCIO DA EXECUÇÃO DE PENA,
AINDA QUE PENDENTES RECURSOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás - UNIHANGÜERA, defendido e aprovado em ____ de ____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Prof.(^a) Dr.(^a)/Ms. Bruno Nobre
Orientador

Prof.(^a) Esp.(^a) Karla Vaz Fernandes
(Membro)

Dedico este trabalho, à minha mãe, meu pai,
minha irmã e quem mais eu deva uma
dedicatória.

É a certeza da punição, mais do que a intensidade da pena, o grande fator de prevenção da criminalidade.

(Cesare Beccaria)

RESUMO

Trata-se de pesquisa acerca do princípio da presunção de inocência e o início da execução da pena ainda que presentes recursos. Justifica-se, pois, é presente a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio constitucional da presunção da inocência, o que gera entendimentos e aplicações diversas na execução da pena. Alinhado a tal problemática, firmou-se entendimento de que não fere a inocência presumida a execução antecipada da pena a fim de garantir a aplicabilidade e a integridade do sistema penal. Para que esta pesquisa fosse desenvolvida, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, bem como a análise doutrinária e jurisprudencial do sistema normativo brasileiro e internacional a respeito da incidência da presunção de inocência.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução antecipada. Pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS – DO DIREITO PENAL E DAS PENAS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
1.1. DO DIREITO PENAL E DAS PENAS	10
1.2. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
1.2.1. NO PLANO INTERNACIONAL	14
1.2.2. NO PLANO BRASILEIRO	17
1.2.2.1. NO PLANO CONSTITUCIONAL	18
1.2.2.2. NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL	24
1.3. DO CONCEITO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE	25
2. DOS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	28
2.1. DOS PRIMEIROS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE ATÉ 2009 ANTES DO HABEAS CORPUS 84.078/MG	29
2.2. APÓS 2009, ATRAVÉS DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 84.078/MG	30
2.3. APÓS 2016, ATRAVÉS DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP	32
3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, AS JURISPRUDÊNCIAS E AS DIVERGENCIAS DE ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	34
3.1. DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44	34
3.1.1. VOTOS VENCEDORES	35
3.1.2. VOTOS VENCIDOS	36
3.2. DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E A FORÇA DO PRECEDENTE	38
3.3. DA PONDERAÇÃO ENTRE A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO PENAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE	39
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O princípio da não culpabilidade é uma garantia constitucional que nos leva a refletir sobre as causas e consequências que ele importa ao processo penal e aos condenados no Brasil, dada a grande dúvida que se assenta quanto a sua aplicação.

A escolha do tema se deu em consideração às divergências que o cercam, a norma Constitucional se apresenta aberta a interpretações, provocando entendimentos de que a prisão só poderá ocorrer após todo o curso do processo, a fim de garantir o devido processo legal, culminando no trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De outro modo, é atual e necessário tal estudo, haja vista a corrente oposta que empresta entendimento de que para pôr fim no descrédito do sistema da justiça penal, na seletividade penal e nos infundáveis recursos protelatórios faz-se jus a coação antes do trânsito em julgado da sentença.

Pretende-se desenvolver este trabalho analisando os entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento de pena mesmo que pendentes recursos, bem como analisar o princípio da não culpabilidade e seus reflexos, traçando um paralelo entre os diversos posicionamentos decorrentes de tal princípio, e por consequência observar os entendimentos dos tratados internacionais sobre a presunção de inocência.

Para atingir tais objetivos, utilizou - se de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, análise de legislação e de dados e informações jurisprudenciais, bem como doutrinas acerca do princípio da não culpabilidade e do Direito Penal.

A composição do trabalho, estruturou-se em três capítulos. No primeiro, abordaremos as noções introdutórias do Direito Penal, e do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente analisaremos as informações sobre início do Direito Penal, promovendo a conceituação do princípio em estudo, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, dentro do direito brasileiro, a conceituação envolvida no plano constitucional e infraconstitucional.

Posteriormente, analisaremos os entendimentos do Supremo Tribunal Federal quanto ao princípio da não culpabilidade, suas idas e voltas na jurisprudência.

Já o terceiro capítulo, observar-se-á as ações declaratórias de constitucionalidade, ao qual traz os posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e que influenciará a incidência do princípio em estudo, bem como apresentar-se-á força do precedente nas jurisprudências, promovendo também a ponderação da efetividade da jurisdição penal.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS – DO DIREITO PENAL E DAS PENAS E O PRINCÍPIO DA PRESENÇA DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lastreado no Direito material e também no Direito Processual, o Direito Penal, regulamenta normas de convívio social, a fim de promover o bem comum. Assim, ultrapassando as regras estabelecidas, o indivíduo estará margeado pelo Estado para que possa eventualmente concorrer em penas, entretanto, somente após a devida valoração. Isto posto, passa-se a estudar a relação do indivíduo para com o Estado.

1.1 Direito Penal e das Penas

Importante faz-se destacar a origem da sociedade e dos agrupamentos sociais que originaram os modelos atuais de sociedade. Para isso, os filósofos procuraram conceituar o estado de natureza, teorias que buscavam explicações sobre as circunstâncias antes dos modelos de sociedade que se tem atualmente (CHAUÍ, 2000, p. 517). Dois importantes filósofos foram os principais nomes na busca de tal conceituação, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau. Na lição de Marilena Chauí (CHAUÍ, 2000, p. 517).

A concepção de Hobbes (no século XVII), segundo a qual, em estado de natureza, os indivíduos vivem isolados e em luta permanente, vigorando a guerra de todos contra todos ou "o homem lobo do homem". Nesse estado, reina o medo e, principalmente, o grande medo: o da morte violenta. Para se protegerem uns dos outros, os humanos inventaram as armas e cercaram as terras que ocupavam (CHAUÍ, 2000, p. 517).

A concepção de Rousseau (no século XVIII), segundo a qual, em estado de natureza, os indivíduos vivem isolados pelas florestas, sobrevivendo com o que a Natureza lhes dá, desconhecendo lutas e comunicando-se pelo gesto, pelo grito e pelo canto, numa língua generosa e benevolente. Esse estado de felicidade original, no qual os humanos existem sob a forma do bom selvagem inocente, termina quando alguém cerca um terreno e diz: "É meu". A divisão entre o meu e o teu, isto é, a propriedade privada, dá origem ao estado de sociedade, que corresponde, agora, ao estado de natureza hobbesiano da guerra de todos contra todos (CHAUÍ, 2000, p. 517).

Os conceitos, definidos por Hobbes e Rousseau, definiram o estado de natureza ao qual o homem vivia. Entretanto, os homens decidem passar à sociedade civil, isto é, ao Estado Civil, criando o poder político e as leis (CHAUÍ, 2000, p. 517).

A passagem do estado de natureza à sociedade civil se dá por meio de um contrato social, pelo qual os indivíduos renunciam à liberdade natural e à posse natural de bens, riquezas e armas e concordam em transferir a um terceiro – o soberano – o poder para criar e aplicar as leis, tornando-se autoridade política. O contrato social funda a soberania (CHAUÍ, 2000, p. 517).

Nesta mesma linha, Cesare Beccaria (1764, p. 9) ensina que a renúncia de uma parte da liberdade dos indivíduos, que é marco da passagem do estado de natureza à sociedade civil, constitui a soberania da nação.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo (BECCARIA, 1764, p. 9).

Por conseguinte, Beccaria (1764, p. 10) aduz que o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Portanto como consequência, complementa Beccaria (1764, p. 10) que somente as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.

Nesta linha, surge o Direito penal, configurando-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança (BITENCOURT, 2017, p. 38).

Ao passo que, Fernando Capez (2018, p. 48) ensina que Direito penal

É o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação (CAPEZ, 2018, p. 48).

Sob outra visão, André Estefam e Victor Rios Gonçalves (2017, p. 40) lançam mão do conceito de Direito penal.

Cuida-se do ramo do Direito Público, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança (ESTEFAM, GONÇALVES, 2017, p. 40).

Ademais, ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade (CAPEZ, 2018, p. 48).

Conforme já mencionado pelo doutrinador Fernando Capez (2018, p 48), o Direito Penal cumpre a selecionar os comportamentos humanos mais graves à coletividade. Assim, Beccaria (1764, p. 11) suplementa tal entendimento, promovendo uma relação entre a seleção dos comportamentos reprováveis e a devida constatação da violação do contrato social.

Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há. (BECCARIA, 1764, p. 11).

O doutrinador, Fernando Capez (2018, p. 49) completa ainda ensinando que toda lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal acarreta um resultado indesejado, que é valorado negativamente, afinal foi ofendido um interesse relevante para a coletividade.

Como introduzido por Beccaria (1746, p.11) cabe ao magistrado decidir acerca da violação do contrato social. Assim, quando um indivíduo pratica atos reprováveis ao comportamento social, o que cabe ao direito penal tal definição de reprovabilidade, surge ao Estado, na lição de Alexandre Araújo Reis e Victor Rios Gonçalves (2017, p.31), o direito de punir, conhecido como jus puniendi. Entretanto, complementam Reis e Gonçalves (2017, p.31), o direito de punir conferido ao Estado não é imediato ou arbitrário, devem-se conferir oportunidades de defesa aos acusados.

O que se tem aqui, até o momento, é chamada de conflito de interesses, onde tem-se de um lado o Estado, com a pretensão punitiva, e de outro, a pessoa apontada como suposta autora, com o objetivo de garantir sua liberdade. (REIS, GONÇALVES, 2017, p.31). Desta

feita, nasce o Direito Processual Penal, “conjunto de princípios e normas que disciplinam a persecução penal para a solução das lides penais” (REIS, GONÇALVES, 2017, p.31).

É nesse contexto que, segundo Norberto Avena (2017, p.01) surge o processo, como instrumento do Estado que dá vida do *ius puniendi*, que será exercido e disciplinado por normas e princípios jurídicos. O Processo Penal poderá culminar em penas aos acusados. Nesse viés, tem-se que pena é a

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2018, p. 473).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, reza que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988), o que constitui o princípio da legalidade. Para Canotilho (2013, p. 387) este é

É o princípio pelo qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenha sido instituído por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constituindo uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais (CANOTILHO, 2013, p. 387).

Canotilho (2013, p.387) aduz ainda que, tal princípio empresta segurança ao ordenamento jurídico, e garante aos indivíduos proteção em face do *jus puniendi*. Importa dizer que, somado a tal garantida constitucional, vê-se o princípio do devido processo legal, constituído no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inciso LIV, que reza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Princípio este que, no estado democrático de direito, garante para o indivíduo a interposição de um processo devidamente conduzido por um juiz. (CANOTILHO, 2013, p. 429).

É de grande valia somar os ensinamentos de Cesare Beccaria ao concluir que é muito difícil estabelecer uma justa proporção entre o delito e a pena, entretanto, ele adiciona que são necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem (BECARRIA, 1764, p. 31).

Assim como tudo na natureza possui um início, meio e fim, é extremamente necessário observar os primórdios do Princípio da não culpabilidade, afim de delimitar o início de sua incidência no mundo jurídico, ao qual produz efeitos sociais.

1.2. Do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

1.2.1 No plano Internacional

Remontando aos tempos das Grécia Antiga e também ao direito Romano, segundo Fernando Brandini Barbagalo (2015, p.37) já havia estudos que apontavam resquícios da presunção de inocência nas legislações remotas.

Entretanto, Canotilho (2018, p.472) afirma que na Idade Média vigorava o processo penal inquisitorial, não tendo lugar o princípio da presunção de inocência. O princípio ganha força, conforme Canotilho (2018, p. 472) nas críticas dos pensamentos iluministas sobre os processos penais.

Para Paulo Rangel (2015, p. 23-24) o processo penal era inquisitório, em que o acusado era presumidamente culpado. Ensina o mesmo que como reflexo da evolução da sociedade, fruto dos pensamentos iluministas, este pensamento começa a alterar:

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado, em seu art. 9º, que: Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei (RANGEL, 2015, p. 23-24).

Canotilho (2013, p.441) nos ensina que o princípio em estudo ganha relevância a partir das críticas iluministas aos sistemas penais, o que corroborou com sua inclusão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no “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” (ONU, 1789).

É inegável a grandiosíssima relevância de tal tema, mesmo que a priori haja apenas um reconhecimento jurídico a partir dessa primeira codificação, as alterações já foram valiosas à sociedade.

Nota-se, nessa escoteira redação sobre a presunção da inocência, o simples reconhecimento (com monumental repercussão, obviamente) da situação de inocência sem qualquer condicionamento temporal. A presunção de inocência alterava a então existente presunção de culpabilidade quando era o próprio acusado quem tinha que comprovar sua inocência. Diante dos abusos e exageros comuns a essa inominada exigência à época, foi um avanço significativo (BARBAGALO, 2015, p. 38).

Sob outra ótica, é de se ressaltar a existência de doutrinadores apontando a incidência, mesmo que pequena, de tal garantia nas remotas legislações da Grécia antiga e no ordenamento Romano. (BARBAGALO, 2015, p.37). “A presunção de inocência surgiu em face das práticas do *ancien regime* contra a liberdade das pessoas, em razão das prisões arbitrárias e da consideração da pessoa como sendo culpada, mesmo antes de ser provada a sua culpabilidade” (CANOTILHO, 2018, p. 444).

Após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se explícita ao mundo a crueldade e a total violação dos direitos individuais e sociais, resultando na morte de mais de 60 milhões de pessoas. Entretanto, estes acontecimentos corroboraram com inovações sociais formando bases para uma melhoria global.

Passada aquela última Grande Guerra, todas as nações compreenderam que era necessário criar bases ético-sociais para a convivência pacífica de todos os povos e de todos os seres humanos, pouco importando suas características biopsicológicas, culturais, religiosas, sociais, linguísticas ou, ainda, a localização geográfica do Estado no planeta (ZANOIDE, 2010, p.233).

Zanoide (2010, p. 239) acrescenta ainda que:

A afirmação vinculativa e a defesa dos direitos humanos por uma perspectiva internacional é fenômeno posterior à 2ª Guerra Mundial, pois – sempre é importante

repisar – as atrocidades perpetradas por vários países contra uma multiplicidade de indivíduos de diferentes continentes fizeram com que a comunidade internacional percebesse que a tutela dos direitos do homem não pode ser deixada apenas a critério de cada Estado, mas, de modo vinculativo, deve ser uma pauta indispensável e impositiva dos organismos internacionais. (ZANOIDE, 2010, p. 239)

Com este propósito, entra em cena a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), uma organização internacional formada por países que se reúnem a fim de trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundial (ONU, 2019).

Assim, resultante dos anseios mundiais, pós a 2º Guerra Mundial, aos quais buscavam criar bases ético-sociais gerais, observa-se que a primeira aparição do princípio da presunção de inocência se dá na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Entretanto, não há que se falar em influencia legal desde princípio nos ordenamentos jurídicos mundiais, sendo sua incidência insuficiente (MACHADO, 2016, p.52).

Todavia, Machado (2016, p.52) acrescenta que tal inovação tornou-se balizadora para as nações ditando uma nova direção para a paz mundial somente a partir de 1948 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Barbagalo (2015, p. 38) assevera que após a inserção do princípio da não culpabilidade no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tal garantida passou a compor todos os regimes jurídicos supervenientes. E complementa, que assemelhado a este, o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, retoma como inspiração o artigo 9º do texto legal supramencionado.

Artigo 11

1. 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.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (ONU, 1948).

Juntamente com os diplomas legais supracitados, vieram também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de

São José da Costa Rica), todos de 1966, sendo ratificados pelo Brasil em 1992, após a Constituição de 1988 (BRASIL, 1922).

O “Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também previu a garantia da presunção de inocência” (BARBAGALO, 2015, p. 39).

O Pacto de San José da Costa Rica de 1969 prevê em seu artigo 8º “ 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (ONU, 1969).

Sob os ensinamentos de Canotilho (2018, p. 473) a partir da codificação na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ficou indiscutível a necessidade de positivar tais valores essenciais na estruturação do processo penal.

É importante ressaltar a valoração que se tem os diplomais internacionais. Consoante Piovesan (2018, p.251) ao se propor uma universalização de direitos, os Estados cedem parte de sua soberania submetendo-se à comunidade internacional o que era de sua competência exclusiva. O que traz reflexos internos, fazendo com que estes Estados signatários promovessem a implementação destes direitos.

Desta forma, no tocante ao princípio em estudo, tem-se que a afirmação interna do princípio da inocência presumida vincula o Estado Brasileiro devendo este assegurar sua eficiência interna.

Em decorrência da afirmação internacional da presunção de inocência, o Brasil se encontra juridicamente vinculado a dar plena efetividade a este direito humano no plano interno, devendo providenciar os ajustes legislativos e administrativos necessários a permitir uma estrutura processual que enxergue o sujeito passivo como inocente até que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória (MACHADO, 2016, p.54).

Caso o Estado signatário não promova a adequação processual a fim de internalizar as normas adotadas, este sujeitará as fiscalizações dos sistemas globais.

1.2.2. No plano brasileiro

1.2.2.1. No plano constitucional

Nas Constituições brasileiras antes de 1988, não se tem positivado o princípio da não culpabilidade, é o que confirma Canotilho (2018, p.473).

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988, embora destinassem um capítulo específico aos Direitos e Garantias Individuais, através de um rol meramente exemplificativo, não previam, expressamente, a presunção de inocência, limitando-se a mencionar que a especificação dos direitos e das garantias, contidos na Constituição, não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (CANOTILHO, 2018, p. 473).

Após a declaração de independência do Brasil em 07 de setembro de 1822 e eleita uma nova Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição Política do Brasil, como assim ficou conhecida, foi outorgada por Dom Pedro I. Marcada por ser a mais longa da história, cerca de 65 anos de vigência, constitui esta, uma das sete Constituições brasileiras (PADILHA, 2014).

Apesar de vivenciar uma época de transição, a Constituição de 1824 foi a primeira a consagrar direitos e garantias aos cidadãos, é o que reza os artigos 173 e seguintes deste diploma legal. Entretanto, raros são os doutrinadores que afirmam ser a Constituição da Bélgica de 1831 a pioneira em inclusão de direitos (PADILHA, 2014).

De outra forma, é salutar observar o que a Constituição de 1824 traz em seu artigo 179, VIII.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as (BRASIL, 1824).

Dessa forma, observa-se que ainda que vazia o momento da formação da culpa pela lei, a norma Constitucional, supramencionada, de maneira simplista traz analogicamente o princípio ora em estudo.

Soba lupa histórica das constituições brasileiras, a Constituição de 1891 foi resultante de uma constante de atos militares, religiosos e de certa maneira econômicos. Rodrigo Padilha (2014) nos direciona historicamente a esta sequência de atos.

Dilacerada pela Guerra do Paraguai (1864 a 1870), a Monarquia Brasileira gerou insatisfação entre os militares, o que deu a estes uma grande força política. De outro lado, a abolição da escravatura e a rixa com a igreja católica enfraqueceram de vez ao regime Monárquico. Todos esses fatos resultaram num golpe de estado, pelos militares, afastando Dom Pedro II do poder e instituindo a República como forma de governo (PADILHA, 2014).

Somando às mudanças nacionais, a família real portuguesa foi banida do território nacional, dando origem aos Estados unidos do Brasil. O que explica o título deste tópico. Assim, em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição republicana (PADILHA, 2014).

É valiosa a lição de Canotilho (2013, p. 442) ao ensinar que as Constituições brasileiras anteriores à 1988 apenas destinavam capítulo específico aos Direitos e Garantias Individuais, não prevendo expressamente o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, observa-se que assim como na Constituição de 1824, a Carta Magna de 1891, replicou o então artigo 179, VIII, que agora passa a ter o mesmo texto legal, porém situado no artigo 72, §, 14 (BRASIL, 1891).

Por outro lado, Padilha (2014) ressalta uma grandiosa inovação trazida pela Constituição de 1891, qual seja, a incorporação dos direitos individuais, incluindo o primeiro remédio constitucional, o habeas corpus.

Ainda, é de se ressaltar o artigo 78 da Constituição de 1891, o qual é relevante ao estudo histórico do princípio da presunção de inocência, que assim prevê “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (BRASIL,1891).

Resultante do enfraquecimento da República Velha e somada a Crise de 1929, sobreveio a Constituição de 1934 (MENDES, 2017, p.98).

A Carta Política de 1934 foi Inspirada na Constituição de Weimar, de 1919, e veio também a inaugurar a segunda dimensão dos direitos fundamentais e marcando a transição das características individualistas para as sociais (PADILHA, 2014).

Padilha (2014) ainda ressalta, entre outros pontos, a importância de tal Constituição destacando:

- a) Mantimento da Federação e República como forma de Estado e Governo, respectivamente;
- b) Mantimento da tripartição dos poderes, (executivo, legislativo, judiciário);
- c) dedicando um título à ordem econômica e social;
- d) incorporando direitos sociais;
- e) estendendo direito de voto às mulheres, quando exercessem função pública remunerada;
- f) incluindo nos direitos e garantias o mandado de segurança e a ação popular.

Aqui ainda não há o que falar da presunção de inocência, entretanto, há nessa constituição o mantimento do primeiro remédio constitucional, já trazido pela Constituição de 1891, a saber, o habeas corpus, e a inovação do segundo remédio constitucional, o Mandado de segurança.

Conhecida como “A polaca” tendo em vista a influência da Constituição autoritária da Polônia de 1935, a Carta Política de 1937 sobreveio por Getúlio Vargas, o qual implantou um governo ditatorial dando início ao Estado Novo (PADILHA, 2014).

Na esteira do Estado Novo, tem-se como marco então o fortalecimento do Poder Executivo. (MENDES, 2017, p.98). Entretanto, Padilha (2014) revela que mesmo mantendo a tripartição dos poderes, tal manutenção é apenas estética, haja vista a redução das funções dos Poderes Legislativo e Judiciário.

E não somente isto, a Carta do Estado Novo acabou por restringir direitos, retirando as conquistas das Constituições anteriores, tais como o mandado de segurança, a ação popular e se quer houve princípio da legalidade. Instituiu também a censura prévia da imprensa (PADILHA, 2014).

Desta feita, a supressão dos direitos tinha como escopo a segurança do Estado, é o que se vê no artigo 123 da Constituição de 1937.

Art 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição (BRASIL, 1937, grifo nosso).

Para Leonir Batisti (2009 apud MOREIRA, 2018) assim como nas Constituições anteriores não havia menção expressa do princípio da não culpabilidade ou o uso dessa expressão; entretanto, mantiveram a prisão em flagrante delito e após a pronúncia.

A queda dos regimes autoritários e o fim da Segunda Guerra Mundial respingaram sobre a política brasileira, influenciando sobre o período do Estado Novo e o governo de Getúlio Vargas e resultando na Constituição de 1946 (MENDES, 2017, p. 99).

Para Gilmar Mendes (2017, p. 99) “a Constituição de 1946 exprimiu o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável”.

Desta feita, o novo texto constitucional cuidou de organizar a vida econômica, vinculando a propriedade ao bem-estar social e estabelecendo como pedra angular da ordem econômica os princípios da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho. Estabelecendo também, expressamente, o direito de greve (MENDES, 2017, p.99).

Todavia, José Afonso da Silva (2003 apud PADILHA, 2014) afirma que

O maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores (...). Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu (2003 apud PADILHA, 2014).

Assim, sob a crivo da presunção de inocência, a carta constitucional manteve-se inerte quanto a sua disposição expressa, trazendo apenas um devaneio, nada mais do que uma manutenção do que já havia expresso nos textos anteriores, no artigo 144.

Com o temor do comunismo e a volta ao sistema presidencialista, os militares realizam um golpe de estado removendo o presidente (PADILHA, 2014).

Gilmar Mendes (2017, p.99) assevera ainda que a pauta desse novo texto constitucional era a segurança nacional, entretanto, maculada, temerária quanto a atuação dos grupos de esquerda e comunistas.

Tais preocupações, na lição do doutrinador acima citado, resultam no retorno do poder de legislar concentrado nas mãos do Presidente, tornando o texto constitucional centralizador.

A redução dos direitos individuais é o grande marco da Constituição de 1967, desta feita, não há o que dizer quanto a presunção de inocência, apenas contemplar o período histórico, de notório saber, ao qual aqueles que se perderam nas torturas, violências e abusos não tiveram sua inocência presumida, muito menos resguardados quantos aos direitos constitucionais (BATISTI, 2009, apud MOREIRA, 2018).

Com a intervenção das Forças Armadas no poder, a condução do país vigorou por meio de atos institucionais. Assim, por meio de um ato constitucional, foi proposta a Emenda Constitucional n. 1/69. O que para muitos autores constitui uma nova Constituição (MENDES, 2017, p. 100).

Assim, de forma a retrograda “o novo texto tornou mais acentuadas as cores de centralização do poder e de preterimento das liberdades em função de inquietações com a segurança, que davam a feição característica do texto de 1967” (MENDES, 2017, p. 100).

Com a exaustão do regime ao qual vivia a Constituição de 1967, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 26, que convocou uma Assembleia Nacional Constituinte “livre e soberana”. Tal convocação veio como resposta aos anseios populares de liberdade, participação política e pacificação social, características ausentes no período constitucional anterior (MENDES, 2017, p.100).

Rompendo com os laços autoritários e centralizadores foi promulgada em 5 de outubro de 1988 o novo texto constitucional, totalmente inovador.

Abarca direitos nunca antes tratados em textos constitucionais anteriores, é a carta mais completa da história no tocante aos direitos individuais, coletivos e sociais, é a Constituição que mais trouxe ações para tutelar esses direitos e também ampliou o âmbito de controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de garantir maior segurança ao sistema normativo (PADILHA, 2014).

Acolhendo o título de cidadã, a nova Carta Magna, inovou trazendo previsão de princípios de dignidade da pessoa humana e o título de direitos fundamentais logo no início de suas disposições. Embora, os direitos fundamentais já estivessem garantidos em textos constitucionais anteriores, a nova redação deu grande relevância e destaque a eles colocando-os logo no início (MENDES, 2017, p.100).

No tocante a presunção de inocência, Maurício Zanoide (2010, p.283) nos alerta que já no anteprojeto da Constituição de 1988, havia no capítulo II, especificamente no artigo 43, parágrafo 7º, a redação de que se presume inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa.

É curioso, mas a redação atual do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, só vem após uma emenda proposta por José Ignácio Ferreira à Comissão provisória de Estudos constitucionais (ZANOIDE, 2010, p.285).

Zanoide (2010, p. 286) justifica a alteração da redação do texto ensinando que visava apenas caracterizar mais tecnicamente a presunção de inocência, haja vista ser, antes da mudança, doutrinariamente criticável.

A inserção de tal princípio, configura a primeira incidência na história brasileira da presunção de inocência no ordenamento jurídico pátrio. Assim, constata-se que o Constituinte induz, só em 1988, o princípio fundamental humanitário já concebido em 1789 pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (ZANOIDE, 2010, p.287).

Por conseguinte, Barbagalo (2015, p. 37) confirma que as constituições republicanas apesar de consagrarem capítulo específico para os direitos e garantias fundamentais, nada mencionavam a respeito da garantia da presunção de inocência.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, contraria a ausência legal de seus antecedentes e expressa tal princípio no artigo 5º, LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Olhando atentamente ao ordenamento jurídico brasileiro, observar-se-á que apesar das primeiras constituições assegurarem lugar especial às garantias e direitos individuais, nenhuma expressou a não culpabilidade como garantia aos cidadãos brasileiros, restando a atual Carta Magna a responsabilidade de caucionar tal direito (BARBAGALO, 2015, p.47).

Sob outra ótica, encaminhando-se diretamente do plano dos direitos internacionais para o novo texto constitucional, observa-se, segundo Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2018, p.179), um impacto no novo texto, contendo neste, diversos dispositivos que vem a reproduzir fielmente aos correspondentes nos tratados internacionais. Sendo o princípio da presunção de inocência um exemplo claro dessa replicação jurídica.

1.2.2.2. No plano infraconstitucional

Dentro do plano infraconstitucional faz-se mister observar a origem do princípio da não culpabilidade, bem como promover uma análise histórica a qual influenciou tal princípio na legislação atual.

Assim como ensina Zanoide (2010, p.204) o Código de Processo Penal foi promulgado em 3 de outubro de 1941, portanto, durante o governo de Getúlio Vargas e a Segunda Guerra Mundial. Conforme o mesmo doutrinador, já na Constituição “Polaca” de 1937 não havia incidência do Princípio em estudo:

Dessa forma, muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no código de processo penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que se deve ter em mente, devido àquela clara e direta influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Está forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma “presunção de culpa” e sempre um “inimigo” a ser perseguido e punido (ZANOIDE, 2010, p. 209).

Então, o que se observa, a priori, é que se tem na legislação atualmente vigente, pontos históricos diversos, quanto a inserção da presunção de inocência em seu texto legal. Zanoide (2010, p.210) ensina que primeiro, a legislação atual foi fortemente influenciada pelo momento histórico mundial, segundo, que a instrumentalização do princípio só vem a ocorrer em 1988 com a Carta Cidadã.

O advento da Lei nº 12.403/2011, introduziu no artigo 283 do Código de Processo Penal a presunção de inocência.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença

condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 2011).

Desta feita, para Rangel (2015, p.24) desaparece do ordenamento jurídico a sentença penal condenatória recorrível. A saber, sentença penal condenatória recorrível, consoante o mesmo autor, é aquela em que bastasse uma sentença para que houvesse a prisão. Não obstante, esse entendimento era proveniente do artigo 393 do Código de Processo Penal, que foi revogado pela Lei 12.403/2011, fazendo com que dissipasse de vez da execução provisória da pena.

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados (BRASIL, 1941).

Nesta mesma linha Ricardo Marcão (2016, p.700) ensina:

A Lei n. 11.719/2008 revogou expressamente o art. 594 do CPP, de maneira que não subsiste no ordenamento processual a possibilidade de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. O atual art. 283 do CPP enfatiza que ninguém poderá ser preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nesse caso, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, deixando claro que não há mais qualquer possibilidade de se pensar em prisão resultante de sentença condenatória recorrível (MARCÃO, 2016, p.700).

Assim, é possível observar que tanto no plano constitucional, artigo 5, LVII, da Constituição Federal de 1988, quanto no plano infraconstitucional, artigo 283 do Código de Processo Penal, há a garantia do princípio da presunção de inocência.

1.3 Conceito do Princípio da não culpabilidade

A estrutura sistemática do Código Penal possibilita, desde logo, vislumbrar os princípios comuns e as orientações gerais que o norteiam (CAPEZ, 2018, p.76). Admite-se também, no Processo Penal, conforme André Estefam e Victor Rios Gonçalves (2017, p.

182), como fontes mediatas do Direito, os costumes, os princípios gerais de direito e a analogia.

Nesta concepção, restam claros que para o direito Penal e Processual Penal, os princípios asseguram lugar reservado na produção do Direito.

O princípio da não culpabilidade, encontra diversos tratamentos na doutrina e jurisprudência, observa-se que ora será chamado de Princípio da não culpabilidade, ora de Presunção de inocência, Presunção de não culpabilidade ou até de estado de inocência, entretanto referem-se mesmo assunto.

Presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção. Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988 (TÁVORA, 2017, p.69).

Mesmo com diversos tratamentos, faz-se importante conceituar o princípio ora estudado. Para Humberto Nogueira Alacá (2005 apud NOVELINO, 2016) o princípio da não culpabilidade é o

direito que têm todas as pessoas a que se considere, a priori, como regra geral, que elas agem de acordo com a reta razão, comportando-se conforme os valores, princípios e regras do ordenamento jurídico, enquanto um tribunal não forme a convicção, através dos meios legais de prova, de sua participação e responsabilidade em um fato punível determinada por uma sentença firme e fundada (2005 apud NOVELINO, 2016, p. 6).

Nesta linha, Canotilho (2018) entende que a presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal (CANOTILHO, 2018, p 475).

No julgamento do Habeas Corpus 84078, a ministra Ellen Gracie, proferindo voto, explicita que

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” (HC 84078,

Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010) (BRASIL, 2009).

Com efeito, o doutrinador Marcelo Novelino, expondo sobre este tema, ensina que no direito penal e processual penal, a presunção de não culpabilidade proíbe o Estado de tratar o indivíduo como culpado antes da definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal (NOVELINO, 2016, p. 7).

Por outro lado, o que se tem mesmo é a garantia a que consagra a Constituição Federal de 1988, que reza em seu artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

2. DOS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Firmado no Estado Democrático de Direito, o princípio da não culpabilidade visa garantir eventuais excessos das autoridades públicas contra indivíduos potencialmente culpáveis (NOVELINO, 2016, p. 6). Dessa forma, dentro do direito penal e processual penal a presunção de não culpabilidade proíbe o Estado de tratar o indivíduo como culpado antes da definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal (NOVELINO, 2016, p. 7).

Acontece que, para a responsabilização criminal do indivíduo, as leis penais garantem que o autor convença ao juiz da culpabilidade do fato imputado ao réu. A conclusão, pelo juiz, acerca da veracidade da acusação, portanto, subordina-se à constatação da existência de fatos pretéritos, sobre cuja ocorrência não há, em princípio, certeza (REIS, GONÇALVES, 2016, p. 259). Constatação esta que se dá por meio de provas. Prova, é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância (REIS, GONÇALVES, 2016, p. 259). Somente assim, consubstanciados os fatos alegados e lastreados em provas, o magistrado estará, em linhas gerais, primado a condenar o réu.

A comprovação inequívoca da culpabilidade compete ao Ministério Público (MP) (NOVELINO, 2016, p. 7). Ou seja, cabe ao MP, unificar os fatos à lei, afim de pleitear a devida sanção. A legitimidade do MP vem também garantida no Código de Processo Civil, no artigo 179 e respectivos incisos, cabendo ao mesmo a produção de provas. Art. 179. “Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer” (BRASIL, 2015).

Fortalecidos por estes ensinamentos, sabendo que incumbi ao MP o dever de constituir provas a fim de que o juiz pudesse sentenciar, o princípio em questão, princípio da não culpabilidade, sob a visão de Marcelo Novelino (2016, p. 7), proíbe o Estado de tratar o indivíduo como culpado antes da definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. Desta feita, o instituto proibitivo do Estado, tem sido objeto de idas e vindas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (NOVELINO, 2016, p. 7).

Para Gilmar Mendes, também é rico o debate sobre o significado da garantia de presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal (MENDES, 2017, p. 560).

Sabe-se que ao Supremo Tribunal Federal (STF) cabe a guarda da Constituição Federal de 1988 (DANTAS, 2017, p. 157), assim, no tocante ao princípio da não culpabilidade, o STF durante as duas primeiras décadas do atual regime constitucional, admitiu-se a possibilidade de imposição da pena com base em decisão condenatória de segundo grau, mesmo ante a existência de recurso especial ou extraordinário pendente de julgamento (NOVELINO, 2016, p. 7).

A execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, no passado e hoje é palco de grandes debates e divergências no decorrer dos anos no Supremo Tribunal federal, desta forma, com base nas posições diferentes deste Tribunal, pode-se dividir em três períodos diferentes o entendimento sobre a prisão privativa de liberdade antes do trânsito em julgado: (1) até 2009, antes do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG; (2) após 2009, através do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG; (3) após fevereiro de 2016, da decisão da Corte no Habeas Corpus 126.292/SP.

2.1. Dos primeiros entendimentos do supremo tribunal federal acerca do princípio da não culpabilidade até 2009 antes do Habeas Corpus 84.078/MG

Resultante destes primeiros entendimentos do Pretório Excelso, tem-se o Habeas Corpus nº 72061-7 de 1995, Rio de Janeiro.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE RECURSO. I. – Não configura constrangimento ilegal o fato de réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos quem interpôs. II. – O Supremo Tribunal decidiu, pelo seu Plenário, que a prisão de réu condenado por decisão ainda pendente recurso não afronta o princípio da presunção de não culpabilidade previsto no art. 5., LVII, da Constituição. III. – H.C. indeferido. (STF – HC: 72061 RJ, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 26/04/1995, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 09-06-1995 PP-17232 EMENT VOL-01790-03 PP-00486) (BRASIL, 1995).

Esta primeira Jurisprudência, já firmava entendimento da Suprema Corte de que não afrontaria o princípio do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, a prisão de réu condenado ainda que pendente recurso, entretanto, com remissão aos habeas corpus HC 68.726 de 1991, HC 69.667 de 1992, os quais já prestigiavam o mesmo entendimento.

Consoante o Ministro Néri da Silveira relator do HC 68.726 de 1991, após reconhecida a responsabilidade criminal do réu no tribunal de segundo grau, respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, não haverá conflito com o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, haja vista ser a decisão do órgão julgador de caráter processual. Consequentemente, justifica-se tal entendimento visando garantir o interesse da garantida da aplicação da lei.

Nesta mesma linha, o Ministro Moreira Alves, relator do HC 69.667 de 1992, confirma o entendimento da Corte ao prolatar, no referido, habeas corpus o mesmo entendimento do HC 68.726/91 ratificando a compatibilidade da execução de pena ainda que pendente recurso com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

2.2. Após 2009, através do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG

Entretanto em 2009, firmou-se orientação em sentido contrário. O Tribunal, por sete votos a quatro, considerou a prisão formalizada antes do trânsito em julgado do decreto condenatório incompatível com o texto constitucional e com as garantias fundamentais asseguradas ao réu (NOVELINO, 2016, p. 7).

A jurisprudência que firma tal entendimento é sobre o Habeas Corpus nº 84.078-07 Minas Gerais.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado

até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

(HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048) (BRASIL, 2009).

Concedendo a ordem do Habeas Corpus, supracitado, o Ministro Eros Grau permitiu que o paciente aguardasse em liberdade a sentença condenatória, o que gerou na Suprema Corte um novo entendimento a respeito no princípio do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, o supracitado Ministro pauta seu entendimento demonstrando que a ampla defesa, princípio resguardado no Texto Constitucional de 1988, não pode ser amputado, o que demonstraria a sua falta de amplitude ao ser restringido a apenas a algumas fases processuais. E não somente isso, aduz que a antecipação executória penal se daria por conveniência dos togados, inobservado também o processo penal.

2.3. Após 2016, através do julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP

Outrossim, o tema foi revisitado em 2016, quando fixado o entendimento de que execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, embora sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola a presunção de inocência (NOVELINO, 2016, p. 7).

O tema revisto em 2016 é resultado do Habeas Corpus nº 162.292 São Paulo.

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.
(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016) (BRASIL, 2016).

Por fim, com este último e atual entendimento jurisprudencial, ao julgar o Habeas Corpus nº 162.292 São Paulo, promoveu-se o que o novo entendimento em relação ao princípio da presunção da inocência, conhecendo então a possibilidade de execução provisória da pena.

Acompanhando o Ministro Luís Roberto Barroso, ao qual proferiu voto vencedor no julgamento do HC 126.292 SP de 2016, observa-se, em linhas gerais, que visando: (1) garantir a efetividade e a equidade do sistema de justiça penal, (2) diminuir a impunidade e (3) reduzir a seletividade do sistema penal, assenta-se aqui o lastro no qual se permite a execução provisória da pena.

Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva⁹ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados (BRASIL, 2016).

Isto posto, fica evidenciado o histórico dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da não culpabilidade.

3. O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE, AS JURISPRUDENCIAS E AS DIVERGENCIAS DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44

Cumpre-se ressaltar, de antemão, que assim como ensinado por Novelino (2014) havendo controvérsia judicial relevante e tendo como objeto apenas lei ou ato normativo federal, fará jus o instrumento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Sob este entendimento, as ações declaratórias 43 e 44 visam pleitear a harmonização do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988.

Importante se faz também observar a legitimidade ativa das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, em que pese estarem objetivadas no artigo 103, inciso VIII da Constituição Federal de 1988. No caso das ADC's em estudo, a legitimidade ativa recai sobre o Partido Ecológico Nacional (PEN), pois trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional. De outro modo, o Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento que, objetivando a defesa da Constituição, tal ação não terá partes opostas. É o que se observa no Agrado de Instrumento 748327 RJ, de 08 de fevereiro de 2012.

Com efeito, o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal traz que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Desta feita, aqui se assenta a controvérsia, pois assim como aludido pelo Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2016), após o julgamento do habeas corpus 126.292 de 2016, onde restou decidido pela alteração do entendimento do Tribunal possibilitando a execução da decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, embora sujeita a recurso especial ou extraordinário não obstará a presunção de inocência.

Assim como consta no Acórdão da ADC 43 e 44, configuraram vencedores os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e

Cármem Lucia, dentre os vencidos restaram os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Rosa Weber, tendo o Ministro Dias Toffoli vencido em parte.

3.1.1 Votos vencedores

Reiterando o voto vencedor do Ministro Edson Fachin no julgamento da ADC 43 e 44 ao qual assentou sua base desapegando à literalidade do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, e promovendo entendimento que o acesso irrestrito às Cortes Superiores via numerosos recursos afasta a confiança a qual atribuiu a Constituição às decisões monocráticas e acórdãos de segundo grau.

Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, 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 (BRASIL, 2016).

Já para o Ministro Luís Roberto Barroso, há três motivos que, lastreados na Carta Magna de 1988, ensejam a execução da pena após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição: (1) o não condicionamento da Constituição brasileira a prisão, mas sim a certeza jurídica da culpabilidade ao transitado em julgado; (2) A presunção de inocência interpretada como princípio, sendo assim flutuante quanto sua maior ou menor aplicabilidade; (3) o esgotamento das instâncias ordinárias gerando a exigência de ordem pública para a eficácia do direito penal.

Consoante o Ministro Teori Zavascki, a fundamentação jurídica a qual coaduna seu entendimento se baseia no fato de ser as instâncias ordinárias as responsáveis a exaurir a possibilidade de exame de fatos e provas, ou seja, compete a estas, a fixação da culpabilidade e da pena do réu. Restando às instâncias extraordinárias apenas revisão estritamente de matéria de direito.

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 (BRASIL, 2016).

E não somente isto, aduzia ainda o Ministro Teori que a manutenção do entendimento firmado pelo HC 126.292 não acarretará o encarceramento em massa como aludido pelos seus pares, ao contrário, as quantidades de recursos revistos não chegam a 2%, o que reafirma e mantém seu entendimento acerca da execução provisória da pena.

Sob a luz do entendimento do Ministro Luiz Fux, a execução provisória da pena encontra refúgio a fim de salvaguardar os princípios da igualdade, do devido processo legal e da duração razoável do processo. E complementa ainda que a matéria de execução é estritamente de direito processual e não direito penal, assim aplica-se a fatos pendentes.

Aplicando a lição ao ordenamento brasileiro, tem-se que a atribuição de efeito suspensivo a um rol virtualmente limitado de recursos viola o direito a proteção das vítimas de crimes, na medida em que confere ao acusado a prerrogativa de obstar indefinidamente a imposição da reprimenda penal (BRASIL, 2016).

Não obstante, o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Carmem Lúcia, restaram votos vencedores. Demonstraram que o princípio da presunção de inocência acaba por esvair-se, pois, tendo havido o devido processo legal, desde as decisões monocráticas até as colegiadas, não há que se falar em inocência presumida, do contrário enfraqueceria e desmoralizaria as instituições democráticas.

3.1.2 Votos vencidos

Invocando o artigo 5º, LVII, da Lei Maior, como um preceito garantidor, como uma cláusula pétrea, apegando-se a literalidade do preceito, o Ministro Marco Aurélio Melo produz sua base ao sustentar que tal norma impede a execução provisória da pena.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão

condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender (BRASIL, 2016).

Assim, restou conhecida pelo Excelentíssimo Ministro, a compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Reiterando os mesmos fundamentos acima citados, o Ministro Ricardo Lewandowski enxerga a execução provisória como um desrespeito à norma do Artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988. Para o referido Ministro, é preciso ir além de um acordão condenatório de segundo grau para justificar a coação antecipada, é de extrema necessidade a motivação da coação, outrora, seria prisão cautelar ou temporária, como aduz o dispositivo do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Para o Ministro Celso de Mello, não pode ser retirada a importância, como direito fundamental, a qual a Constituição Federal consagrou ao dispositivo do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Este mesmo Ministro rebate ainda:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República (BRASIL, 2016).

No tocante ao entendimento do Ministro Dias Toffoli, é de suma importância destacar a inobservância do Estado em garantir o que preceitua na Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, que reza tratamentos distintos aos presos provisórios e aos que já estão sob sentença transitado em julgado. Isto posto, revela a preocupação do Ministro no tocante às consequências do sistema punitivo, restando a ele, grande injustiça a mistura dos presos.

Com essas considerações, voto pela concessão, em parte, da medida cautelar, para o fim de i) se determinar a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp) que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP; e ii) se obstar que, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões (BRASIL, 2016).

Demonstrada a sua preocupação com o sistema de execução penal, o Ministro Toffoli soma a seu entendimento o direito processual, reconhecendo em parte o pedido, aduzindo que há possibilidade de interpretar-se o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, como exigência de certeza na formação da culpa.

3.2. Do direito como integridade e a força do precedente

Barroso (2010, p.165) ensina que os textos Constitucionais devem permanecer imutáveis, sendo, ao mesmo tempo, capazes de serem maleáveis o bastante para se amoldar às evoluções sociais; por outro lado, o estado de maleabilidade deve ser parcial, pois correrá risco de perder sua efetividade perante as forças sociais.

Desta feita, a guinada jurisprudencial desde 2009 do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade, ou não, do início do cumprimento da sentença penal ainda que pendentes recursos, se amolda aos ensinamentos do nobre doutrinador acima citado. Ora, assim como mencionado no julgamento da ADC 43 e 44 pelo Ministro Barroso, o que se tem, é uma mutação constitucional, ou seja, mudança de maneira informal, ausente a mudança do texto legal.

Bulos (2017, p.436) ensina que “mutação constitucional, portanto, é o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados”

Miguel Reale (2010, p.158) ensina que, jurisprudência, em *stricto sensu*, significa a forma de interpretação do direito através da jurisdição, sob o condão de decisões harmônicas dos tribunais.

A jurisprudência, além de constituir ferramenta apta a suprir as lacunas deixadas por eventual omissão legislativa, tem a função de uniformizar a interpretação da legislação constitucional e infraconstitucional, evitando que demandas envolvendo casos análogos sejam decididas de forma totalmente distintas, como se a legislação nacional e a própria Carta Magna estabelecessem regras diversas para cada Estado do país (DONIZETTI, 2018, p.5).

Consagrada a importância da jurisprudência no ordenamento jurídico, resta claro que a mutação de entendimento da suprema Corte constitui instrumento importantíssimo a fim de suprir a omissão legislativa e promover uniformidade legal.

Dworkin (2002, p.176) ensina sobre o precedente, e conceitua como “um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro”. (DWORKIN, 2002, p.176)

Sob esse entendimento, resta esclarecido a força do precedente, lançando mão do princípio da não culpabilidade, observa-se que o precedente aberto durante as decisões da Suprema Corte brasileira ganha força objetivando a tratar casos semelhantes de maneira igualitária.

Quanto a integridade do direito, Dworkin (2002) promove interpretações da prática jurídica, como um processo em desenvolvimento, levando em conta, tanto o passado como o futuro. Para ele “uma decisão da Suprema Corte continua sendo uma decisão jurídica e deve levar em conta os precedentes e as considerações institucionais, como as relações entre a Corte e o Congresso, assim como a moralidade”. Desta forma, necessário se faz, quanto a aplicação do precedente jurisprudencial, a implementação coerente com o passado a fim de exteriorizar a melhor aplicação ao futuro.

3.3 Da ponderação entre a efetividade da jurisdição penal e presunção de inocência ou não culpabilidade

O princípio da presunção de inocência apesar de se tratar de direito material, acaba por implicar alterações no mundo do direito penal processual, ao qual está inserido. As divergências quanto a sua aplicação correm de maneira voluptuosa na mais alta Corte brasileira. Desta feita, é de extrema importância estudar o mundo ao qual comporta os efeitos refletidos do princípio em estudo, a fim de delimitar sua eficácia fora do direito material.

Ora, o último entendimento que prevalece quanto a incidência desse princípio no direito brasileiro, data do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, ao qual se assentou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de jurisdição,

mesmo que pendentes recursos, não comprometerá o princípio do artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988.

O Ministro Roberto Barroso, no julgamento da ADC 43 e 44 adverte quanto as falhas do sistema penal brasileiro. Aduz o Ministro que o tempo entre o transito em julgado da sentença penal e a efetiva execução da pena é grandioso, o que incorre em desconfiança na Justiça penal. Não obstante, o Ministro traz a luz, dados dos Tribunais que afrontam a justiça criminal no sentido de condicionar a efetividade da sentença penal ao trânsito em julgado.

O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp (BRASIL, 2016).

Barroso destaca ainda que ao impossibilitar a execução provisória da pena, além do descrédito na justiça criminal, reforça a seletividade do sistema penal e incentiva a interposição de recursos protelatórios. Assentando-se sobre a seletividade do sistema penal, é notório que réus, como os dos crimes de colarinho branco, cercados de excelentes advogados aproveitam-se da qualidade do sistema para, quase sempre, recorrerem em liberdade. De outro modo, torna-se quase impossível o mesmo aproveitamento pelos jovens da periferia, que não possuem recursos a fim de possibilitarem recorrerem em liberdade durante a persecução penal.

Nessa mesma linha, Nilo Batista (2007, p. 25-26) corrobora com o entendimento acerca da seletividade do sistema penal, demonstrando que apesar de igualitário, a realidade do sistema penal é outra.

Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (BATISTA, 2007, p. 25-26).

Foucault (1999) complementa ainda sobre a efetividade da jurisdição penal, demonstrando que eficácia da jurisdição corre apenas para as últimas camadas sociais:

nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem (FOUCAULT, 1999, p.303).

Nesse sentido, resta claro a seletividade e a ineficácia da jurisdição penal, o princípio da presunção da inocência passa a ser aplicado a casos particulares o que vai de encontro com a igualdade e o devido processo legal que é amplo e irrestrito.

Para a efetivação do direito fundamental à presunção de inocência, a sustentar um processo penal contemporâneo, livre de toda e qualquer matriz autoritária, devemos antes trabalhar com a sociedade um pacto de comprometimento moral, demonstrar que a ausência desta garantia, tão nobre, tão fundamental ao processo penal quanto à sociedade, não diminui a criminalidade, não melhora a persecução penal, retira do processo a instrumentalidade sadia na aplicação de uma sanção, e destrói com a sensação de justo, que se busca ter alcançado ao fim de um processo (LOPES, BERTONCINI, SANTIAGO, 2015).

Assim, diante a evolução jurisprudencial é relevante que se garanta, de maneira ampla e irrestrita a igualdade de tratamentos e a eficácia dos direitos salvaguardados. Barbagalo (2015, p.149) ainda complementa, pois, a efetividade da jurisdição do Estado, através da morosidade jurisdicional, se revela grandioso problema enfraquecendo o Estado de Direito com descredito.

Entretanto, o supracitado autor, é enfático em propor uma solução, de modo que, não se deve atentar somente na condenação e detenção do acusado, mas por outro ângulo, não deve haver inocência em tolerar manobras processuais tendentes a burlar a jurisdição.

CONCLUSÃO

Observando todos os alicerces firmados neste trabalho, pode-se dizer que é de grande valia os enriquecimentos e esclarecimentos, aqui feitos, quanto a incidência do princípio da presunção de inocência na legislação brasileira, onde se conclui que mesmo se tratando de uma norma aberta, é possível coadunar garantias processuais com a efetiva prestação jurisdicional.

Sob uma análise constitucional, observa-se que o Poder Constituinte estava, certamente, muito além do seu tempo na feitura da Constituição de 1988, bem como promoveu naquele texto inovações acompanhando a tendência mundial ao incluir a presunção de inocência na legislação pátria.

Entretanto, paira sobre os aplicadores da lei, grandiosa dúvida sobre como efetivar o que está garantido no texto legal sem desprezar as outras garantias do mesmo texto. Dessa maneira, tem-se uma divisão de opiniões quanto a aplicação da inocência presumida.

Para certos julgadores, aficionados na taxatividade do texto da Constituição de 1988, não é possível promover mudanças no entendimento quando a letra da lei garante ao réu a inocência presumida até o trânsito em julgado da sentença, pois para eles a vontade do legislador está clara quanto à garantia de inocência.

De outro modo, outros julgadores, olhando para os efeitos decorrentes de tal garantia, veem não é possível manter essa inocência presumida, pois como réu já passou por vários julgadores, e se mantida a condenação, não há mais do que duvidar, pois sua culpa já está estabelecida, outrora estaria retirando a força dos julgadores passados.

Assim, a Justiça criminal brasileira vem sofrendo com o descrédito ao aceitar a interposição de numerosos recursos a fim de protelar sua efetividade.

Neste caminho, conclui-se que não há como manter essa dúvida para o resto da vigência da legislação, mesmo se tratando de norma aberta a interpretações não se pode promover diversos entendimentos em curto prazo de tempo, pois haveria de estimular insegurança jurídica.

Logo, as mudanças de entendimento produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, acabam por gerar juridicamente tal insegurança.

Sob outra ótica, é conclusivo reiterar que a guinada jurisprudencial que circunda o princípio da não culpabilidade deve manter uma relação com o passado das decisões anteriores, a fim de manter uma melhor aplicação daquilo pretendido pelo legislador. Ou seja, os precedentes firmados pelas cortes jurídicas em suas decisões devem respeitar o intuito do autor único, sendo este, aquele consagrado na Carta Magna brasileira, onde o poder emana no povo através de seus representantes, tendo como o Poder legislativo a vontade única.

Entretanto, mesmo que respeitada a integridade dos precedentes anteriormente fixados nas jurisprudências, não se pode estabilizar o Direito, os textos constitucionais possuem grande maleabilidade, tal qual que não pode ser engessada, pois as evoluções sociais acabariam por retirar sua eficiência. Assim, o estado de maleabilidade deve ser parcial, a fim de equacionar os preceitos legais às evoluções sociais.

Em uma situação ideal, e analisando a legislação é possível concluir que há possibilidade de haver a execução antecipada da pena a fim de frustrar a propositura de numerosos recursos meramente protelatórios para se ter a prescrição do crime. De tal modo, a legislação consagra que a Suprema corte não analisará a culpabilidade sendo esta função do recurso especial, do Superior Tribunal de Justiça, o que leva a conclusão de que já definida a culpabilidade não se presta mais a deixar livre o condenado.

Por fim, não se consagra inconstitucional a execução provisória da pena mesmo que pendentes recursos, sob a luz dos entendimentos aqui firmados baseado na legislação vigente, não obstando princípios já consagrados.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Método, 2017.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDFT, 2015.

BATISTA, Nilo, **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**, ed.11, Rio de Janeiro: Revan. 2007.

BECARRIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Editora Ridendo Castigat Mores. Acesso em 26/02/19 <<http://livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf>>

BITENCOURT; Roberto. **Tratado de Direito Penal** Vol. 1 - Parte Geral. 23. ed. Editora Saraiva, 2017.

BOULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**, ed.11, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de mar. 2015.

_____. STF. **HABEAS CORPUS 84.078**. Relator: MIN. EROS GRAU. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. STF. **HABEAS CORPUS 126.292**. Relator: MIN. TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. STF. **HABEAS CORPUS 72061**. Relator: MIN. CARLOS VELLOSO. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746256/habeas-corp-us-hc-72061-rj/inteiro-teor-100462450>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

_____. **CONSTITUIÇÃO DE 1824**
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 06 de março de 2019

_____. **CONSTITUIÇÃO DE 1891**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm > Acesso em 06 de março de 2019

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em 14 de março de 2019

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos,**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em 14 de março de 2019.

_____. **Agravo de instrumento**

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3107907&tipoApp=RTF>> Acesso em 18 de março de 2019.

_____. **Ação declaratória de constitucionalidade 43,**

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>> Acesso em 18 de março de 2019.

_____. **Habeas corpus 68.726 – DF**

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>> Acesso em 24 de março de 2019

_____. **Habeas corpus 69.667 – RJ**

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71904>> Acesso em 24 de março de 2019

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 22. ed. Editora: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, J J Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2016.

LOPES, L. S; BERTONCINI, M. E. S. N; SANTIAGO, N. E. A. **Processo Penal e a Constituição**, Florianópolis: CONPEDI, 2015.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

DDHC. **Declaração de direitos do homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%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>>. Acesso em: 26 nov. 2018. DONIZETTI, Elpídio, **Curso Didático de Direito Processual Civil**, ed.21, São Paulo: Atlas, 2019.

DWORKIN, Rolanld, **Levando os direitos a sério**, <<https://docero.com.br/doc/sn055e>> acesso em 17 de março de 2019.

ESTEFAM, André; GONÇALVES e Rios. **Direito penal – parte geral esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e punir**, ed.27. Petrópolis: Vozes, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Série IDP - Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. rev., ampl. e atual. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.

ONU, <<https://nacoesunidas.org/conheca/>> Acesso em 13 de março de 2019

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**, ed. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Acesso em 28 de fevereiro de 2019 em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5380-5/cfi/6/28!/4/28/2@0:100>>

PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, ed. 18, São Paulo: Saraiva, 2018.

REALE, Miguel, **Lições preliminares do direito**, <https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale> Acesso em 28 de março de 2019.

REIS, Alexandre Araújo, GONÇALVES, Victor Rios, **Direito processual penal esquematizado**. 6ª ed. página 31.

TAURINO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, ed.32, São Paulo:Saraiva, 2010, <https://kupdf.net/queue/processo-penal-vol-i-fernando-da-costa-tourinho-filho_5bbde2d4e2b6f54d1b60027a_pdf?queue_id=1&x=1551225399&z=MTg5LjI3LjEwOS45NA> Acesso em 6 de fevereiro de 2019.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atu. Salvador: JusPodivm, 2017.