

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS
UniEVANGÉLICA *CAMPUS CERES*
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DO ESTADO DE INOCÊNCIA: O CUMPRIMENTO DE PENA A
PARTIR DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

HIGOR RODRIGUES DE OLIVEIRA

Ceres - GO
2018

HIGOR RODRIGUES DE OLIVEIRA

**DO ESTADO DE INOCÊNCIA: O CUMPRIMENTO DE PENA A
PARTIR DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Ceres - GO
2018

HIGOR RODRIGUES DE OLIVEIRA

**DO ESTADO DE INOCÊNCIA: O CUMPRIMENTO DE PENA A
PARTIR DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica *Campus Ceres*, Curso de Graduação em Direito como requisito parcial de conclusão da disciplina Trabalho de Curso II.

Orientador: Prof. Esp. Laurentino Xavier da Silva

Ceres, novembro de 2018.

HIGOR RODRIGUES DE OLIVEIRA

**DO ESTADO DE INOCÊNCIA: O CUMPRIMENTO DE PENA A
PARTIR DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia apresentada à UniEVANGÉLICA
Campus Ceres, Curso de Graduação em
Direito, 2018.

BANCA EXAMINADORA

Membros Componentes da Banca Examinadora:

Presidente e Orientador: Prof. Esp. Laurentino Xavier da Silva
UniEvangélica *Campus Ceres*

Membro Titular:
UniEvangélica *Campus Ceres*

Membro Titular:
UniEvangélica *Campus Ceres*

DEDICATÓRIA

Ao Deus de Abraão, Isaque e Jacó, do qual provém toda força, fé e sabedoria de seus servos e sem o qual a realização deste não teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

Ao professor orientador pelo incentivo. À minha amada esposa por seu amor e apoio incondicionais.

“Sede, pois, misericordiosos, como também vosso Pai é misericordioso.

Não julgueis, e não sereis julgados; não condeneis, e não sereis condenados; soltai, e soltar-vos-ão”.

Lucas 6:36,37

RESUMO

Este trabalho pretende analisar a constitucionalidade da interpretação dada pelo STF, em 2016, ao princípio constitucional da presunção de inocência, a qual, em síntese, passou a permitir o início do cumprimento da pena a partir da confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. Tal interpretação provocou acalorada discussão no mundo jurídico, sendo, hoje, alvo de infinidade de recursos contra a mesma. Durante a monografia visou-se apresentar opiniões de ambos os lados: defensores da nova interpretação e opositores da mesma. Os defensores assentam-se basicamente sobre dois motivos: em primeiro, o trânsito em julgado ocorreria quando da condenação em segunda instância, uma vez que se esgotaria a análise de matéria fática, isto é, estaria, por fim, comprovada a culpabilidade do réu, sendo impossível a alteração desta por eventuais recursos às cortes superiores, e, em segundo, pelos recursos às cortes superiores não possuem efeito suspensivo, o que não obstará o início do cumprimento da pena. Ainda, sustenta a corrente defensora da nova interpretação que o Direito deve adequar-se ao tempo em que se encontra, o que permitiria a aplicação do fenômeno da mutação constitucional, o qual ressignificaria o sentido originário de uma norma para adequá-la à realidade atual. De lado contrário, fundamentam os juristas desta corrente que tal interpretação é uma violação à uma norma fundamental e pétrea a qual só poderia ser afastada por via de nova constituição e que a mutação constitucional, embora reconhecida, não é cabível para o princípio em comento por desvirtuar o espírito da constituição.

Palavras-chave: Direito constitucional, processo penal, presunção de inocência, trânsito em julgado.

ABSTRACT

This work intends to analyze the constitutionality of the interpretation given by the STF in 2016 to the constitutional principle of the presumption of innocence, which, in synthesis, started to allow the beginning of the fulfillment of the sentence from the confirmation of the condemnatory criminal sentence in the second degree of jurisdiction. Such an interpretation provoked heated debate in the legal world, being, today, the target of infinity of appeals against it. During the monograph it was tried to present opinions of both sides: defenders of the new interpretation and opponents of the same one. The defenders are basically based on two motives: first, a final decision would be taken at the time of conviction in the second instance, once the analysis of factual matter would be exhausted, that is, the culpability of the defendant would finally be proven, it being impossible to change it by possible appeals to the superior courts, and second, by appeals to the superior courts do not have suspensive effect, which would not prevent the beginning of the sentence. Still, the current supporter of the new interpretation maintains that the law must adapt to the time in which it is, which would allow the application of the phenomenon of the constitutional mutation, which would resignify the original meaning of a norm to adapt it to the current reality. On the contrary, the jurists of this case are convinced that such an interpretation is a violation of a fundamental and stony norm which could only be removed by means of a new constitution and that the constitutional change, although recognized, is not applicable to the principle in question to distort the spirit of the constitution.

Key words: Constitutional law, criminal procedure, presumption of innocence, res judicata.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1: PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ORIGEM, CONCEITO, APLICABILIDADE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
1.1 Aspectos históricos do princípio da presunção de inocência	13
1.2 A importância dos princípios para o Direito Penal	17
1.3 Presunção da inocência: abrangência e significação.....	20
CAPÍTULO 2: DOS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	24
2.1 Da função do STF de proteção ao texto constitucional.....	24
2.2 Das oscilações interpretativas pelo Supremo quanto ao Princípio da Presunção de Inocência.....	25
2.3 Do entendimento atual pela Suprema Corte acerca do Princípio da Presunção de inocência.....	30
CAPÍTULO 3: ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTRUMENTAL UTILIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL PARA POSSIBILITAR A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	34
3.1 Da adstrição do julgador à norma.....	34
3.2 Mutação constitucional: fundamento, limites e mecanismos de atuação	37
3.3 Da impossibilidade de aplicação da mutação constitucional sobre o princípio da Presunção de Inocência.....	40
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como Constituição Cidadã, pois trouxe em seu bojo diversas garantias e direitos da pessoa. Exemplos de tais garantias são as que estão elencadas no artigo 5º da Constituição Federal, dentre as quais, uma em particular é objeto desta monografia: a presunção de inocência, a qual prevê a possibilidade de início do cumprimento da pena apenas após a condenação definitiva, ou seja, quando não há mais possibilidade de interposição de qualquer recurso.

Com a nova Carta Política, o Estado brasileiro quis pôr fim a uma sequência de regimes não democráticos que tolhiam diversas liberdades individuais e impediam a chegada ao poder de legitimados por meio do voto direto e secreto. Um dos objetivos era realinhar o Brasil a valores como a dignidade humana, a democracia, o devido processo legal, a ampla defesa, entre outros. Por isso, o fato de a Constituição trazer consigo o ditame de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória pressupõe a intenção de ver cessadas as tiranias e prisões ilegais cometidas nos governos anteriores.

Para isso, quedou-se também elencar tal direito em um dos artigos tidos pela própria constituição como cláusula pétrea, ou seja, sem possibilidade de modificação para exclusão ou redução de seu alcance legal por mero processo legislativo. Para mudar tal dispositivo seria necessária a revogação da própria Carta.

Mais do que isso, o constituinte também quis evitar más interpretações sobre o conteúdo da Lei Maior, incumbindo, para tanto, a um órgão a proteção e guarda dos valores constitucionais: Supremo Tribunal Federal. É este órgão que, em última instância, faz o controle de constitucionalidade para impedir projetos de leis inconstitucionais, para cessar a eficácia de normas já em vigor ou até mesmo interpretar a Constituição frente aos casos concretos.

E foi exatamente essa última função que trouxe à tona a polêmica sobre a possibilidade ou não da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É importante salientar que a própria Constituição não traz o conceito sobre o que é trânsito em julgado, mas cita esse termo ao falar da possibilidade do início do cumprimento da pena.

Observa-se, também, que o próprio texto Constitucional introduz

exceções a essa regra, cite-se o próprio artigo 5º, quando abre a possibilidade de prisão em flagrante delito e prisão preventiva, quando cita a liberdade provisória com ou sem fiança. Tais possibilidades, no entanto, não se afetam a fazer cumprir a condenação do indivíduo de forma antecipada, mas tão somente retirá-lo do convívio da sociedade com vistas a assegurar o devido processo legal, ou até mesmo evitar novas práticas enquanto o processo está em curso.

Mas para os casos em que não há decretação de prisão preventiva, temporária ou em flagrante, considerando o ditame constitucional, o indivíduo somente deveria ser preso após não lhe restar nenhuma forma de recorrer da decisão que o condenou. No entanto, tal entendimento não é aceito por muitos estudiosos do direito e até pelo próprio Supremo Tribunal Federal, vez que veio à tona a dicotomia entre o trânsito em julgado material e formal, sendo que, para muitos, após a segunda instância, os recursos não terão o condão de modificar a realidade fática (material) do julgamento, sendo apenas de ordem processual ou formal. E uma vez não sendo possível a reversão da condenação em si, houve na segunda instância o trânsito em julgado material, e, portanto, a prisão do indivíduo seria constitucional.

O presente estudo visa alcançar essa discussão jurídica de forma a explanar e contrabalancear os diversos argumentos favoráveis e contrários à prisão em segunda instância, utilizando, além do extenso material jurisprudencial da Suprema Corte, livros e entendimentos de juristas sobre o assunto.

Por um lado se assiste razão à crítica ao Supremo Tribunal de dar uma aparente interpretação reducionista ao ditame constitucional da presunção de inocência, o que geraria a prática de atos inconstitucionais subsidiados pelo órgão que, na realidade, deveria defender a Carta Magna contra desmandos. Por outro giro, a realidade fática brasileira sobre a impunidade causada pela pouca efetividade policial, demora do judiciário e uma gama de recursos judiciários que assumem motivação protelatória. Tudo isso na medida em que o início de cumprimento da pena se torna um objetivo, muitas vezes, tão distante que gera até a prescrição da pretensão punitiva estatal.

As duas correntes de pensamento sobre o tema levantam igualmente argumentos que, em certa medida, convalidam tanto um como outro

posicionamento, levando a uma repartição de tendências dentro do próprio Tribunal. Por isso se deram as oscilações de decisões que ora tenderam para um lado, ora para outro, conforme através dos julgamentos históricos que serão abordados aqui.

Esta monografia fará uma exploração desses diversos julgados e posicionamentos superiores sempre comparando os argumentos e decisões lá colhidos com outros de fontes e pensadores diversos, como forma de aprofundar o estudo e a discussão sobre o tema da presunção de inocência.

Ao final, se fará um juízo de valor sobre a temática de modo parcial, visto que este é um estudo introdutório, mas de modo a especificar alguns pontos de conclusão acerca do que foi estudado e explanado nesse trabalho.

CAPÍTULO 1: PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ORIGEM, CONCEITO, APLICABILIDADE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em apertada síntese, o presente capítulo visará tratar dos aspectos originários de dois institutos contrastantes no Direito: a presunção de inocência e a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Somente pela compreensão dos fundamentos de tais institutos é que se poderá avançar à análise valorativa de ambos, bem como se avançar no estudo da interpretação e aplicação dos mesmos pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

1.1 Aspectos históricos do princípio da presunção de inocência

Em proêmio, impende levantar as origens históricas do Princípio da Presunção de Inocência, bem como contextualizá-lo à atual dogmática jurídico brasileira. De acordo com Kumode (2016, *online*), a origem da presunção da inocência remonta aos tempos do Império Romano, quando já se encontrava presente uma certa noção sobre o favorecimento do réu quando havia dúvida sobre o cometimento do crime, ou sua autoria (*in dubio pro reo*)¹.

Obviamente, somente certos aspectos que posteriormente poderiam se esboçar como base para a presunção de inocência poderiam ser vistos nas civilizações antigas. Conforme a mesma autora explica (KUMODE, 2016, *online*), na Idade média não houve evolução quanto a presunção de inocência. Pelo contrário, a presunção que existia era a de culpa, restando ao acusado sobreviver aos castigos corporais para provar a sua inocência.

Tanto no Império Romano quanto na Idade Média a prisão se antecipava ao processo e ao julgamento, ou seja, punia-se de forma imediata sem preocupação com os efeitos dos castigos para um possível inocente:

As prisões da Inquisição viviam abarrotadas de presos, grande número dos quais ainda não tivera nenhuma acusação feita contra eles. Podiam ficar encarcerados durante anos, sem ao menos saber a transgressão de que se dizia que eram culpados. Enquanto isso, eles e suas famílias eram privados de toda a propriedade, pois a prisão invariavelmente era seguida do imediato confisco de todos os pertences do acusado – tido, desde a casa até os pratos e panelas. E enquanto o homem definhava na prisão, ainda sem nenhuma acusação feita, suas posses eram vendidas para pagar sua manutenção no cativoiro (MORAES, 2010 *apud* KUMODE, 2016).

¹ Expressão jurídica em latim que significa literalmente: na dúvida, a favor do réu.

Na citação acima, é possível vislumbrar a ausência de princípios basilares que sustentam o Direito Penal moderno, como por exemplo, o do devido processo legal, ampla defesa e, principalmente, o princípio da presunção da inocência, visto que o indivíduo sofria a penalização antes de mesmo de auferir sua real culpabilidade. Tal afirmativa é confirmada por diversos outros autores, conforme se observa na passagem abaixo:

Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semi culpabilidade e uma semi condenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia.” (FERRAJOLI, 2002, p. 441 *apud* SILVEIRA, 2014, *online*).

Michel Foucault (2012, p. 34) também denunciou tal situação de precariedade e horror dos castigos físicos e da antecipação da pena em detrimento do processo apuratório do fato, tendo esclarecido, contudo, que a modificação dessa ordem jurídica somente começou a ser superada no início do século XIX.

O princípio da presunção de inocência, portanto, teve seus contornos iniciais na esteira dos ideais iluministas, ajuntando-se entre os postulados basilares que nortearam a reforma do sistema estatal punitivo empreendido pela Revolução Francesa, em 1789.

Só, então, pelo advento da referida revolução, ocorrida em razão da luta cidadã pelo reconhecimento de seus direitos e garantias face ao Estado, é que os diferentes países vieram positivar a presunção de inocência em seus ordenamentos, objetivando a limitação do Poder Público no exercício de seu direito-dever de punir.

Em tempos mais recentes, em 1948, este princípio foi positivado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. XI, cuja previsão normativa foi tida como exemplo para muitos países que posteriormente o incorporaram aos seus ordenamentos jurídicos, vejamos:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumidamente inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 2009, *online*).

Mais tarde, em 1966, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis, é

novamente previsto e, também, alguns anos após, no Pacto de San José da Costa Rica, em 69.

No Brasil, o Código de Processo Penal hoje em vigor, que foi decretado em 1941, de acordo com Kumode (2016, *online*) “foi estruturado na presunção de culpa”, sendo que apenas em 1988 o princípio em comento se assentaria expresso no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal (1988, *online*), em seu art. 5º, LVII, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Por óbvio, a Carta Cidadã de 1988 veio inovar o ordenamento jurídico brasileiro e diferenciar-se em relação às constituições pregressas e até mesmo às leis que existiam, sendo que estas sofreram um processo de adequação a nova ordem constitucional. Vejamos a lição de Nucci (2008, p. 72):

O código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) nasceu sob o Estado Novo, em plena ditadura Vargas, não podendo servir de base à construção de um corpo de normas jurídicas aplicável de *per si*, ignorando-se as constantes e sucessivas mutações da ordem constitucional brasileira, até culminar com a Constituição de 1988, nitidamente uma das mais democráticas que já tivemos.

Desde então, o Princípio da Presunção de Inocência é alvo de múltiplas discussões – tanto em nível doutrinário, como jurisprudencial –, relativamente à sua aplicação no curso do processo penal, pois com o advento da Constituição Cidadã exigiu-se do Estado maior atenção ao procedimento penal, com vistas a atender ao mandamento maior: a dignidade humana.

Em virtude do legislador não ter especificado o que seria trânsito em julgado, logo após sua promulgação, a Constituição começou a ser alvo do seguinte questionamento frente ao Supremo Tribunal Federal: quando se iniciaria o cumprimento da pena a qual o indivíduo fora condenado?

Ao longo desses anos em que vigora a nova ordem constitucional, os posicionamentos relativos ao tema são diversos e as divergências doutrinárias se dividem basicamente em dois grandes lados.

Há aqueles que defendem a tese de que o cumprimento de pena privativa de liberdade só se dará por meio de sentença condenatória irrecorrível, isto é, sentença sobre a qual se tenha esgotado todas as possibilidades de recurso – fenômeno tradicionalmente conhecido por trânsito em julgado.

Não há dúvidas de que este seria um posicionamento mais favorável ao

réu, vez que ele somente seria preso após todo esse trâmite legal, o que também incentiva os defensores a propor medidas meramente protelatórias vez que elas seriam os meios de evitar o trânsito em julgado e, por conseguinte, o recolhimento à prisão do réu.

De modo diverso, há quem sustente a possibilidade de cumprimento da pena a partir da confirmação da sentença pelo segundo grau de jurisdição, por considerarem que em razão do esgotamento da discussão sobre matéria fática, a mesma restaria transitada em julgado, o que, em tese, afastaria a possibilidade de alteração futura da condenação, uma vez que não mais se discutiria a culpabilidade do agente.

Tal posicionamento vem contentar a parcela populacional que deseja pôr fim a aparente impunidade, visto que o lapso temporal entre a condenação e o início do cumprimento da pena diminuiria, evidenciando uma tutela penal mais célere e eficiente.

Sem equívoco, o assunto foi parar em esfera jurisprudencial, chegando ao Supremo. De 1991 a 2016, a Suprema Corte proferiu pelo menos três julgamentos emblemáticos concernentes ao tema, dando repercussão geral aos mesmos.

Sobre a Presunção de Inocência, a Suprema Corte brasileira tem oscilado seu entendimento no transcorrer dos anos, atingindo maior notoriedade o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 de 2016 (STF, HC 126.292, *online*), de relatoria do saudoso ministro Teori Zavascki, em que, por meio de acirrada votação, autorizou o cumprimento de pena privativa de liberdade a partir da condenação em segundo grau de jurisdição.

Não obstante, o Excelso Pretório se posicionou de igual modo, em 1991, quando decidiu sobre o Habeas Corpus nº 68.726, também favorável ao entendimento acima exposto, e, em 2009, contrariamente à compreensão aludida. Remanesce, hoje, o posicionamento firmado em 2016.

Inegavelmente, o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência se insere de modo substancial na problemática abordada, tendo sido sua interpretação e aplicação objeto de ampla análise, uma vez que mesmo diante das alterações interpretativas a seu respeito, o dispositivo constitucional que o consagra sequer sofreu mutação desde a sua criação em 1988.

Diante desse quadro, o presente estudo busca oferecer mecanismos para

a formação de uma reflexão crítica, especialmente, no que diz respeito à interpretação e aplicação do Princípio referido, bem como à volatilidade do Supremo no tratamento da matéria.

1.2 A importância dos princípios para o Direito Penal

O Direito Penal é ramo do direito público e tem por escopo atender às finalidades da República, entre as quais, a de garantir a segurança pública, bem como promover a paz social. É, portanto, seara que não possui finalidade formalística, tampouco serve de instrumento à mera satisfação pessoal de determinado particular. Pelo contrário, atende ao interesse público pelo equilíbrio das relações sociais e justa punição aos transgressores da norma penal, conforme orienta Marques (1997, *apud* NUNES JÚNIOR, 2018, p. 1029):

Abolida que está a vingança privada, a sanção penal é hoje monopólio do Estado, pois o Direito Penal tem uma função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada. Só o Estado, portanto, tem o poder de punir. O particular pode vingar-se de seu ofensor, reagir contra ele, nunca, porém, exercer essa tarefa sancionadora.

Suas ações possuem natureza pública e mediante o seu processamento consagra-se o poder-dever do Estado conhecido por *ius puniendi*, isto é, o direito de punir determinada pessoa pela prática de conduta tipificada em lei como crime ou contravenção. Importante asseverar, sobretudo, que o legislador elegeu como objeto de tutela do Direito Penal aqueles bem jurídicos cuja violação constitui grave afronta à estabilidade das relações sociais, bem como a direitos individuais indisponíveis.

Para tanto, a aludida seara é informada e dirigida por princípios constitucionais e infraconstitucionais, dos quais alguns se emergem e permanecem presentes tão logo iniciada a persecução penal em sua fase mais precária. Encontra-se entre estes aquele previsto no inciso LVII do Art. 5º da Constituição Federal (1988, *online*), qual seja, o da Presunção de Inocência, que disciplina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O mencionado princípio é paradigma que orienta a *persecutio criminis* iniciada contra o cidadão desde a fase de investigação policial até o trânsito em julgado da sentença penal que o condene ou o absolva.

Antes, no entanto, de se adentrar ao estudo e compreensão do referido

princípio, faz-se necessária análise da Teoria Geral dos Princípios a fim de delinear a forma como se apresentam os princípios nos sistemas jurídicos ocidentais, especialmente naquele que nos concerne, o *Civil Law*, obtendo, assim, subsídios para informar a crítica que se pretende construir através do presente.

Não sendo recente a discussão acerca da diferenciação entre princípio e regra, nos ateremos, para a confecção do presente, àquela definição dada por Humberto Ávila (2014, p. 102):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Partindo da definição de Ávila quanto aos princípios, dirigimo-nos a breve recorte histórico a fim de ilustrar a preponderância desses no Direito Constitucional contemporâneo.

As Constituições contemporâneas, sobretudo aquelas que sucederam o Pós-Guerra, inseriram explicitamente em suas linhas disposições normativas diretamente ligadas a valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

A inserção dessas disposições pode ser entendida como reação aos regimes políticos que, no decorrer do século XX, deram lugar à barbárie e ao autoritarismo, suprimindo, por sua vez, os ideais norteadores da Revolução Liberal – liberdade, igualdade e fraternidade.

Tais disposições se tornaram regramentos básicos que fundamentam todo o ordenamento jurídico, assumindo, então, a categoria de princípios constitucionais. Princípios estes que norteiam todo o sistema jurídico e fazem incidir sobre ele os valores que os compuseram e ensejaram sua existência. Princípios são, nas palavras de Miguel Reale (2003, p. 37):

Enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Superados os mencionados regimes, a decisão, por parte das nações, de inserção em suas constituições dos princípios ligados à dignidade da pessoa humana e às garantias fundamentais visou atender a formação de um consenso social mínimo a ser respeitado e observado por todos. Objetivo esse que se reforça em razão da superioridade hierárquica de que dispõem tais princípios com relação às demais leis e regras da Constituição.

De modo semelhante se comporta o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do Art. 5º de nossa Carta Magna. Tal princípio irradia sobre o processo penal e limita o poder do Estado no exercício de seu *ius puniendi*, uma vez que, impõe como condição para a aplicação da sanção penal ao indivíduo, o exaurimento das vias recursais, isto é, o trânsito em julgado.

Assim, iniciada a persecução penal, o estado de inocência acompanhará a pessoa do investigado, indiciado ou acusado até o advento de sua condenação definitiva por constituir o referido estado direito fundamental e, portanto, inafastável.

Prevista no rol dos Direitos Individuais e Coletivos de nossa Carta Política, a presunção de inocência garantida e estabelecida pelo princípio constitucional apontado é resguardada de tal maneira, que sobre ela não caberá proposta de emenda tendente a sua abolição, vejamos o texto constitucional (BRASIL, Constituição Federal de 1988, *online*):

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Pela leitura do disposto, verifica-se o especial tratamento conferido aos direitos elencados no art. 5º da Constituição da República. Trata o acima apresentado das cláusulas pétreas de nossa Constituição, isto é, as normas sobre as quais não cabe alteração pelo Poder Constituinte Derivado, mas pelo Originário, ou seja, através de uma nova Assembleia Constituinte.

À vista disso, consegue-se constatar evidente manifestação da rigidez da Constituição brasileira, característica essa atribuída a mesma pela doutrina majoritária. Nas palavras de Canotilho (2012, *apud* NUNES JÚNIOR, 2018, p. 257)

constituição rígida é aquela que “só pode ser modificada através de um procedimento de revisão específico e dentro de certos limites (formais, circunstanciais e materiais)”. Seu procedimento de alteração não é, portanto, o mesmo reservado às demais leis.

Em face do exposto, resta inequívoco o cuidado conferido à Presunção de Inocência pelo legislador constituinte ao elevar tal regramento ao patamar de direito e garantia fundamental. Por fim, tal zelo pelas normas dessa alçada se deve, substancialmente, à indisponibilidade e fundamentalidade dos bens jurídicos objetos de sua proteção, não cabendo sobre eles negociação ou arbítrio por parte do Poder Público e, obviamente, por parte de qualquer particular que seja.

1.3 Presunção da inocência: abrangência e significação.

Como já foi dito, o princípio da presunção de inocência, está previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que é considerado imutável (no sentido de abolir ou reduzir sua abrangência). Desse aspecto pode-se inferir algumas outras características do princípio em estudo:

Confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão. [...] Outras medidas constritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais [...] Integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu [...] reforça, ainda, o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente alcançará aquele que for efetivamente culpado. Finalmente, impede que as pessoas sejam obrigadas a se auto-acusar, consagrando o direito ao silêncio (NUCCI, 2008, p. 76).

Esse ensinamento de NUCCI, citado acima, deixa antever a magnitude e abrangência desse direito do cidadão. Vê-se que a presunção de inocência se comunica e é base para diversos outros princípios sem os quais não poderia ser aplicado em toda a sua completude.

Ser considerado inocente é mais do que um ditame constitucional, é um estado de qualquer indivíduo frente ao Estado, daí decorrendo outros direitos, como o do silêncio por exemplo. Ser obrigado a se expressar diante de uma acusação formal ou informal independentemente se há culpa ou não, fere a defesa do indivíduo que pode utilizar, inclusive, o silêncio como medida de defesa, e, por isso, é aspecto auxiliar do estado de inocência.

Quando Nucci (2008, p. 76) fala em excepcionalidade de outras medidas

constritivas no fragmento citado acima, está se referindo tanto às prisões cautelares (aquelas que visam limitar a atuação do indivíduo na sociedade para o bom andamento da apuração processual), como também aquelas medidas que invadem a esfera íntima do investigado, como quebra de sigilo fiscal e telefônico, ou até mesmo escuta telefônica. Tamanha é a intrusão dessas medidas que as mesmas exigem jurisdição obrigatória, ou seja, autorização judicial, mesmo ainda não havendo processo penal, apenas inquérito.

Isso se dá em virtude do estado de inocência da pessoa, que não poderá sofrer medidas que a considerem culpada antes de qualquer sentença. Tal estado natural só pode ser relativizado por ordem judicial fundamentada, quando não há outro modo de resolver a investigação e atendendo estritamente os requisitos legais para o cumprimento dessas medidas.

Ainda retomando o ensinamento de Nucci citado na página anterior (2008, p. 76), o estado de inocência também existem em relação aos outros indivíduos e não somente em relação ao Estado. Isso quer dizer que expor o acusado na imprensa ou qualquer outro meio, fere esse princípio vez que, perante os seus pares está sendo posto como se culpado fosse mesmo antes da exaustão investigatória, conforme se confirma abaixo:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR 2012, p. 239 *apud* SILVEIRA, 2014, *online*).

Sobre o estado de inocência é necessário ainda reafirmar que o mesmo busca, por um lado, a limitação ao poder punitivo do Estado frente ao indivíduo (uma garantia negativa, ou seja, que a punição somente iniciará quando a acusação comprovar a autoria do delito) e, por outro, corresponde a uma garantia positiva, ou seja, ao deslocamento do ônus da prova para quem acusa.

Como o indivíduo é presumidamente inocente ou não culpado, quem deve provar o contrário é aquele a quem corresponde o manejo da ação penal, ou seja, ao representante do Estado ou ao particular relativamente às ações privadas.

Por último, cabe ressaltar que as expressões 'presunção de inocência' e 'não culpável' são, a princípio, diferentes, vez que a primeira tem um alcance maior

do que a segunda. A Constituição de 1988 previu apenas o princípio da não culpabilidade ao normatizar que ninguém será considerado culpado sem trânsito em julgado da condenação.

Em contrapartida a Declaração Universal dos Direitos cita que será considerado presumidamente inocente (ONU, 2009, *online*) até comprovação da culpabilidade, ou seja, vê-se nessa última norma, uma maior amplitude de alcance, levando até a ser questionado se no Brasil existe mesmo ou não o princípio da presunção de inocência.

No entanto, ressalte-se o pensamento contemporâneo de considerar essa diferenciação semântica irrelevante para o processo penal, conforme se vê:

As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (BADARÓ, 2015).

Dessa forma, o Brasil ao trazer a previsão da não culpabilidade no bojo de sua Lei Maior, está sim sendo signatário do princípio da presunção de inocência que, embora mais amplo, se respalda em outros princípios previstos na Constituição brasileira, assim como sendo resultado legítimo da luta pregressa contra regimes antidemocráticos.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2016, *online*), relativamente ao estado de inocência, vislumbra-se três principais sistemas no mundo contemporâneo, os países que aceitam a confissão como prova da culpabilidade, aqueles que admitem sua desconfiguração após o segundo grau de jurisdição e aqueles cujo estado de inocência só decai após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Analisando essa separação se observa que a Constituição de 1988 de forma literal adotou o 3º sistema, mas o guardião da Carta Maior oscilou quanto aos entendimentos, ora se posicionando de um modo ora de outro. De acordo com Gomes (2016, *online*) houve uma relativização do princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal, frente a outros princípios também constitucionais.

Nesse diapasão, tendo em vista que se discutiu nesse capítulo não somente o conceito como também a abrangência do princípio da presunção de

inocência, é conveniente ressaltar que este trabalho visa se ater à discussão sobre a relativização desse princípio frente a prisão após a segunda instância.

Mormente esse objetivo, foi necessário especificar quão abrangente é o estado de inocência do indivíduo para mensurar a dimensão de importância ao qual o presente trabalho se submete, uma vez que a relativização desse princípio assume ares de inconstitucionalidade quando não corresponder a sua compatibilização com a Constituição ora vigente.

CAPÍTULO 2: DOS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O presente capítulo busca explorar pormenorizadamente cada julgado do Supremo Tribunal Federal desde de 1991 até o ano de 2016 atinentes à interpretação do princípio da presunção de inocência no curso do processo penal brasileiro, investigando as razões doutrinárias e jurisprudenciais que ensejaram as oscilações observadas no período indicado. Tal análise é de grande importância para o deslinde do presente, uma vez que, desde a promulgação da Constituição, em 1988, o dispositivo relativo ao princípio da presunção de inocência (Art. 5º, LVII) não sofreu qualquer alteração, como tampouco poderia ter sofrido, salvo pela via do poder constituinte originário, isto é, o advento de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, mas que ainda assim, sofreu diversas alterações em sua interpretação.

2.1 Da função do STF de proteção ao texto constitucional

Ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, lhe é atribuída, além das demais incumbências, a função de guardião da Constituição, competindo-lhe valer-se das ferramentas constitucionalmente previstas para tal.

Sem a pretensão de se esgotar o relativo à matéria de controle de constitucionalidade, limitaremos-nos a enumerar alguns dos meios pelos quais se busca a guarda de dispositivo ou preceito constitucional, quais sejam: a) ação direta de inconstitucionalidade; b) ação declaratória de constitucionalidade; e c) arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vejamos (BRASIL, Constituição Federal de 1988, *online*):

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Ainda, havendo violação ou negativa de vigência de texto constitucional, pelas vias recursais extraordinárias é possível obter a reanálise e julgamento do pleito pela Suprema Corte, como é o caso do Recurso Extraordinário e, havendo ameaça à liberdade do jurisdicionado, *Habeas Corpus*, quando o coator for Tribunal Superior, nos termos do Art. 102, I, 'i', da CF/88.

2.2 Das oscilações interpretativas pelo Supremo quanto ao Princípio da Presunção de Inocência

Nesse íterim, já sob a luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 68.726/DF, em 28 de junho de 1991, cujo relator foi o ministro José Néri da Silveira, assentou tese no sentido de que não afronta ao Princípio da Presunção de Inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, a expedição de mandado de prisão em desfavor do réu, uma vez que tenha sido confirmada sua condenação à pena privativa de liberdade em segunda instância, quando do julgamento de sua apelação, ainda que cabíveis recursos especial e extraordinário, examinemos:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIACIA 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. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR.2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209, *online*).

Ademais, em julgamento do *Habeas Corpus* n.º 74.983/DF, cujo relator foi o ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em 30 de junho de 1997, o Excelso Pretório decidiu que a interposição dos recursos especial e extraordinário não impedem a

execução provisória da pena por não possuírem efeito suspensivo, justificando, por este motivo, o imediato cumprimento do mandado de prisão, vejamos ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA: FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA E ACÓRDÃO: FUNDAMENTAÇÃO. MANDADO DE PRISÃO: RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A CONDENAÇÃO: REEXAME DE PROVA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: ART. 224, a, DO CÓD. PENAL: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. I. - Com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. II. - Sentença condenatória e acórdão suficientemente fundamentados. III. - Os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão. IV. - Questões referentes ao regime de cumprimento da pena deverão ser submetidos ao Juízo das Execuções Penais. V. - A alegação de falta de justa causa para a condenação implicaria o reexame de toda a prova, o que não se admite nos estreitos limites do habeas corpus. VI. - A presunção de violência inscrita no art. 224, a, do Cód. Penal, porque não atentatória ao direito penal da culpa, tem legitimidade constitucional. VII. - H.C. indeferido. (STF - HC: 74983 RS, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 30/06/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-08-1997 PP-40217 EMENT VOL-01880-02 PP-00261, *online*).

No mesmo diapasão, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009, já era dominante a cognição de que era permitida a execução provisória da pena, após a confirmação da condenação em 1ª instância por órgão colegiado de segundo grau de jurisdição, posto que os recursos, por ventura interpostos, especial e extraordinário, não são munidos de efeito suspensivo.

Na verdade, com fulcro na aludida posição, até então predominante, foi produzida a Súmula n.º 716, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, Súmula 716, 2018, *online*), a qual autoriza a possibilidade de progressão de regime de aplicação da pena ou a execução imediata de regime menos gravoso nela estabelecido, antes do advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, em juízo proferido acerca do *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG, ocorrido em 05 de fevereiro de 2009, cujo relator foi o ministro Eros Grau, a Suprema Corte reformulou o seu posicionamento e, por maioria (7 votos a 4) e alinhada ao voto proferido pelo relator, firmou que o cumprimento antecipado da pena, sem que se ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, importa em aviltamento ao princípio constitucional da presunção de inocência,

explicitado no art. 5º, inciso LVII, da Carta da Magna, analisemos parcela da ementa do julgado:

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. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ-e035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048, *online*).

O ministro Eros Grau, em seu voto, como relator, destacou que, ao perquirir acerca da jurisprudência do Supremo sobre o tema, obteve a conclusão de que a cognição até então adotada pela Corte deveria ser revista. Isso porque, segundo o ministro, o art. 637 do Digesto de Processo Penal, determina que o recurso extraordinário não tenha efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. Por seu turno, a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), em seu art. 105, impõe como condição para a execução da pena privativa de liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo válida a mesma regra para o cumprimento de pena restritiva de direitos. Do mesmo modo, o já mencionado art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Consciente disso, o ministro Eros Grau (STF, 2009, *online*) aduziu que “os preceitos veiculados pela Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637, do CPP”.

No que concerne à pena restritiva de direitos, o ministro frisou que todas as turmas do STF têm dado interpretação ao art. 147, da LEP (Lei de Execução Penal), à luz dos ditames constitucionais e que, por conta disto, vêm inibindo a eventualidade de execução da sentença penal condenatória sem que a mesma esteja revestida pelo manto do trânsito em julgado.

Por essa lógica, se não é autorizado o cumprimento de pena restritiva de direito antes de sobrevir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com mais razão, ainda, deve ser reprimido o cumprimento de pena privativa de liberdade – por ser inegavelmente mais gravosa – enquanto não advier a condenação penal definitiva. Por essa razão, o ministro Eros Grau (STF, 2009, *online*) compreendeu

que “entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia”.

Ao mesmo tempo, o relator asseverou que, por intermédio de uma leitura sensata do texto da Constituição, seria possível concluir, sem grandes obstáculos, que a Carta Magna garante que nem a lei, e tampouco qualquer decisão do judiciário, possam impelir sobre a pessoa do réu qualquer sanção penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, de acordo com Eros Grau, “apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite que seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (STF, 2009, *online*), sublinhando que o direito de ampla defesa não deve ser enxergado de modo restrito, na medida em que este abrangeria todas as fases do processo, até mesmo as recursais de natureza especial e extraordinária.

Em virtude disso, a execução da sentença imediatamente após o julgamento do recurso de apelação importaria, de igual maneira, segundo o ministro Eros Grau, em cerceamento do direito de defesa, “caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão” (STF, 2009, *online*).

No que tange à supressão do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, assim como previsto 1.029, § 5º do Código de Processo Civil – norma processual geral e subsidiária às demais searas do direito – e no art. 637 do Código de Processo Penal 27, o ministro destacou que tal previsão normativa é resultado de uma política pública criminal demasiadamente repressiva, afixada no instituto da prisão temporária por meio da Lei n.º 7.960/89 e, posteriormente, pela Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Nesse julgado, declarou que a produção legislativa brasileira, em matéria de Direito Penal e Processual penal da década de 1990 é nitidamente regressista, ao passo em que se curva ao clamor popular, buscando sanções severas e instantâneas.

Nesta baila, o ministro Eros Grau sublinhou que, em dadas ocasiões, a violência faz parte do dia-a-dia da massa. Por essa razão, a mídia, por meio de uma forma de “tribunal de exceção” (STF, 2009, *online*), passa a disseminar a concepção de que todos são culpados até prova em contrário, cognição essa essencialmente diversa ao que garante a Constituição. Por essa razão, “é bom que estejamos bem

atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente conduz ao olho por olho, dente por dente” (STF, 2009, *online*).

De mais a mais, Eros Graus (STF, 2009, *online*) chamou a atenção para que, caso predominasse a compreensão oposta ao texto constitucional, “melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebetando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete!”.

Finalmente, o ministro Eros Grau exarou em seu voto que, nas democracias, mesmo os infratores penais são dotados de direitos e, dessa maneira, não podem ser tratados como meros objetos do processo. Então (STF, 2009, *online*), “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 julgada a condenação de cada qual”. Por esses motivos, o ministro considerou que o cumprimento de pena após a condenação em segunda instância é fenômeno que não se amolda à ordem constitucional posta, ferindo manifestamente o preceito do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

2.3 Do entendimento atual pela Suprema Corte acerca do Princípio da Presunção de inocência

Nesta senda, o Excelso Pretório julgou, em 17/02/2016, o *Habeas Corpus* nº 126.292 de 2016, o qual, em síntese, pretendia a concessão da ordem ao paciente para que este aguardasse em liberdade o julgamento, em fase de recursos, de ação penal pelo crime de roubo qualificado, na qual, após interposição de apelação pela defesa, obteve denegação de seu recurso, bem como de *Habeas Corpus* dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

O referido julgamento proferido pelo Supremo foi marco para o que se entendia por presunção de inocência até aquele momento. Se até o julgamento do apontado *mandamus* vigia o entendimento de que, para se iniciar a execução da pena, aguardar-se-ia o esgotamento de todos os recursos enquanto o acusado assim os interpusse, dali em diante consolidou-se a posição de que é possível o

início da execução da pena, uma vez confirmada a sentença condenatória em segundo grau de jurisdição por órgão colegiado.

Em plenário do Supremo, por 6 votos a 5, alterava-se o entendimento vigente desde 2009, o qual havia sido firmado pelo julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, que preconizava estar obstado o cumprimento da pena enquanto pendentes Recursos Especial e Extraordinário interpostos.

O novo juízo de cognição da Corte Suprema assentou-se sobre o fundamento de que se exaure a reanálise de matéria fática em sede de julgamento pelo segundo grau de jurisdição. Assim sendo, a culpabilidade do agente restaria comprovada pela confirmação da sentença em segunda instância, dado que a partir dali, em Recursos Especial e Extraordinário, não mais se discutiriam os fatos que levaram à imputação de autoria do delito ao réu.

Por esse motivo, a culpa criminal sobre a pessoa do acusado já estaria comprovada, não alterando, por ocasião da interposição de recursos às cortes superiores, esse quadro. Assim, como entendeu o Supremo, estaria transitado em julgado aquilo que concerne à culpabilidade do agente, tornando-se, assim, apto a sofrer os efeitos da condenação.

Ainda, assentou-se a nova linha de pensamento do Supremo sobre o argumento de que os recursos às instâncias superiores, por disposição legal, não possuíam efeito suspensivo, o que, então, não obstaría a execução do decidido em face do imputado, isto é, sua pena.

Acerca desse posicionamento, aduz o falecido Ministro Teori Zavascki, em voto no HC de sua relatoria (126.292/SP), que a culpabilidade do agente restaria formada pela condenação em segundo grau de jurisdição, uma vez que estaria esgotada, nessa instância, a análise de sua culpabilidade e formada, portanto, a cognição do juízo acerca de sua condenação (ou absolvição), examinemos:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece

inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

A estipulação dos aludidos limites ao princípio da presunção de inocência tem obtido o amparo de renomados juristas da seara constitucional, como é o caso do notável Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (*apud* Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015), que aduziu:

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

Diante disso, se tornou permitido, como devido, ao juízo de execução da pena, por força do consolidado pela Suprema Corte, a expedição do respectivo mandado de cumprimento da sanção imposta, seja ela qual for, em face do acusado, conquanto esteja voltado o presente trabalho à análise do cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, vejamos a ementa do julgado:

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, *online*).

Por fim, o julgamento do mencionado *Habeas Corpus* possibilitou, em síntese, o cumprimento da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, não sendo necessário, para tal, aguardar o esgotamento dos recursos por ventura cabíveis. Esta decisão alterou, a partir de então, a interpretação que se tinha sobre o Princípio da Presunção de Inocência disposto no Art. 5º, LVII, da Constituição, postulando, por sua feita, que o início da execução da pena após a confirmação da sentença em segunda instância não fere o princípio constitucional da presunção de inocência.

Naturalmente, a divisão de opiniões sobre o assunto se acirrou, tendo sido formulados pelos ministros de ambos os lados extensos votos calçados em vasta fundamentação doutrinária e jurisprudencial. Afinal, a Presunção de Inocência é instituto adjacente à liberdade do cidadão, enquanto sujeito passivo de uma ação penal, o que impõe, por esse motivo, perquirir acerca de sua medida e limites de incidência, vez que, pela delicada e privilegiada posição de que goza enquanto norma hierarquicamente superior ao ordenamento infraconstitucional e norteadora do processo penal, está alçada ao patamar de garantia fundamental, sendo, assim, inerente ao Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 3: ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTRUMENTAL UTILIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL PARA POSSIBILITAR A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Trata-se de uma análise comparativa entre os diversos fundamentos jurídicos utilizados para a defesa da prisão em segunda instância no Supremo Tribunal Federal, bem daqueles argumentos contrários, com vistas à elucidação da constitucionalidade do instrumental utilizado, de acordo com os limites atualmente existentes no texto constitucional, bem como os definidos pela doutrina contemporânea.

3.1 Da adstrição do julgador à norma

Assentam-se, basicamente, os Ministros que votaram a favor do cumprimento da pena a partir da condenação em segunda instância sobre dois argumentos: o primeiro, de que o exaurimento dos recursos que tratam de matéria fática causa o trânsito em julgado da culpabilidade do agente; e o segundo, de que os recursos aos tribunais superiores não possuem efeito suspensivo.

No que tange ao segundo argumento, se considerarmos, isoladamente, que o trânsito em julgado ocorre apenas após o exaurimento do último recurso possível, ao se permitir a prisão em segunda instância sob a justificativa de que os recursos às cortes superiores não possuem efeito suspensivo, fere-se o disposto no Art. 283 do CPP que, excetuando-se a prisão em flagrante e as cautelares, só permite a prisão de alguém por ordem escrita e fundamentada decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, não condiciona o recolhimento do indivíduo ao cárcere a mera faculdade processual de suspensão de efeitos de recursos, mas ao trânsito em julgado.

Por outro lado, se considerarmos que o trânsito em julgado ocorreu após o julgamento em segunda instância, encerrando-se aí o julgamento de matéria fática e, portanto, de culpabilidade, então se pode considerar que o réu é culpado e, além disso, atender-se-á o estabelecido no art. 283 do CPP (BRASIL, 2015) de que “ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada em sentença penal

condenatória transitada em julgado”, devendo, assim, o réu iniciar o cumprimento de sua pena.

Tamanha é a sua importância que Carvalho (2001, p. 51) diz que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana”.

Ainda, explica Ferrajoli (1995, p. 549), que a presunção de inocência é desdobramento do princípio da jurisdicionalidade, pois, segundo ele, se a jurisdição é imprescindível à aquisição da prova de que um indivíduo incorreu em uma infração penal, até o advento da produção de tal prova, por meio de um processo escorreito, nenhum crime pode ser considerado como cometido nem tampouco alguém pode ser considerado culpado e nem ser compelido ao cumprimento de sanção penal.

Por seu turno, entende Barroso (2010, p. 128), capitaneado por doutrina minoritária e moderna, que a presunção de inocência é garantia que deve ser, sobremaneira, resguardada, conquanto não pode se servir à finalidade meramente protelatória e com vistas ao embaraço e retardamento da consecução da justiça. Daí, defende o estabelecimento de um limite para a aplicação desse princípio, consubstanciado na necessidade de se efetivar a justiça em tempo de retribuir, em prazo razoável, o mal injusto sofrido pelo ofendido, como também de não prolongar ao acusado o sofrimento pela duração demasiada do processo, prazo em que, pelo transcorrer da vida, possibilitaria ao mesmo a mudança de comportamento e a reabilitação social, tornando, então, injusta a aplicação da sanção penal.

Verifica-se de ambos os lados, na análise do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292/16, robusto amparo teórico que, por esse motivo, não desqualifica ou diminui qualquer das opiniões, sendo prematuro afirmar que a corrente que se posiciona favorável à execução provisória da pena atenta contra a Presunção de Inocência. Outrossim, é conhecida a utilização protelatória dos recursos disponíveis, com vistas não à consecução da justiça, mas ao retardamento dos efeitos dela. Em Direito, não há regra absoluta, comportando cada qual em sua esfera de incidência suas exceções pertinentes.

Contudo, há que se ressaltar a obrigação de vinculação do julgador à norma, devendo este julgar conforme o previsto em Lei, em razão de a Lei constituir a expressão da vontade do povo por meio de seus representantes eleitos que as

originam, obedecendo-se, assim, ao sistema representativo próprio de nossa democracia.

A título de complementação da referida concepção de adstrição do julgador à lei, soma-se, em apoio à análise, manifestação quanto à hipótese de lacuna legal o disposto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, *online*), vejamos: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Ou seja, havendo lacuna em lei, sob a qual deve residir o julgamento do magistrado, o legislador orienta, nesses casos, o cumprimento da referida ordem insculpida na LINDB.

Entretanto, o que aqui se expõe não é o aborto da criatividade do juiz, mas a inovação normativa, pois como afirmou Hans Kelsen (1998, p. 364), a cognição do juízo é parcialmente criativa, posto que “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”. Conforme o exemplo:

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer poderia prever (KELSEN, 1998, p. 364).

Por isto, o que Kelsen defende não é completa liberdade do juiz, mas o reconhecimento de que ele é adstrito ao que a norma determina (isto é, à margem de escolhas que ela lhe confere) e que apenas dentro dessa margem o julgador atua com liberdade plena.

No caso em comento – o da Presunção de Inocência –, pôde-se observar, com a mudança, em 2016, do entendimento dado ao princípio constitucional do referido instituto, atividade de cognição jurisdicional criativa, uma vez que inovou na ordem jurídica, pelo menos no que diz respeito ao período de 2009 a 2016.

Cabe indagar, acerca disso, se o julgador ao firmar seu posicionamento agiu dentro de seu escopo constitucionalmente permitido. O que aqui se coloca em xeque não são os fundamentos teóricos e as motivações de justiça que embasaram a decisão favorável à prisão em segunda instância, por robustos que são, apenas se indaga se o ferramental utilizado pelo julgador para atingir seu objetivo de dar à norma a interpretação que lhe era concordante foi adequado e se a expressão de tal

interpretação não excedeu sua margem de escolhas dentro da moldura predefinida pelo soberano, o Povo.

3.2 Mutação constitucional: fundamento, limites e mecanismos de atuação

Inobstante os demais votos favoráveis ao cumprimento de pena a partir da condenação em segundo grau de jurisdição proferidos durante o julgamento do HC 126.292/16, o presente trabalho se aterá, no caso dos votos favoráveis, ao daquele que baseou-se fundamentalmente no fenômeno da mutação constitucional, vale dizer, o do Ministro Luís Roberto Barroso, por ser cediço que a guinada à outra banda na interpretação do princípio da presunção de inocência se deu, dentre outras razões, pela utilização deste instituto/fenômeno – a mutação constitucional.

O referido magistrado, nas razões que motivaram seu voto, assentou seu entendimento de que é possível o cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, tendo-o dividido em três partes: a primeira, que trata do delineamento da controvérsia; a segunda, voltada à exposição da fundamentação jurídica que possibilita a execução da pena a partir da condenação em segundo grau; e a terceira, dirigida à fundamentação pragmática utilizada para a formação do novo entendimento.

Vejamos o reconhecimento, pela doutrina, da ocorrência da mutação constitucional quando da alteração da interpretação do STF acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, através das palavras do doutrinador Nunes Júnior (2018, p. 429):

Trata-se de um importante exemplo de mutação constitucional. Se, no passado, o STF fazia uma interpretação absoluta, irrestrita, do artigo 5º, LVII, da Constituição, afirmou expressamente (...) a relatividade desse direito fundamental – a presunção de inocência.

Ao se dirigir ao entendimento do Supremo, vigente desde o ano de 2009, segundo o qual era permitida a recorribilidade aos tribunais superiores sem que se iniciasse a partir da condenação em segunda instância o cumprimento da pena, Barroso, em seu voto (STF, Tribunal Pleno, Rel. Teori Zavascki, HC 126.292/SP, *online*), trata do fenômeno da mutação constitucional, uma vez que no período considerado de 2009 à 2016 sequer houve alteração na Constituição relativamente à

presunção de inocência e, no entanto, alterou-se o entendimento a respeito, vejamos:

É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado (STF, Tribunal Pleno, Rel. Teori Zavascki, HC 126.292/SP, *online*).

Barroso (STF, 2016, *online*) entende, portanto, que, embora a Lei Fundamental não tenha sofrido alteração atinente à Presunção de Inocência no período de 2009 a 2016, a alteração no entendimento é possibilitada ao se aplicar o fenômeno da mutação constitucional, como explicitou. Aduz que a mutação se deve à flexibilidade do Direito em adequar-se a nova percepção obtida da realidade social e fática, em razão de mudança dessa própria realidade.

Com isso, observa-se que a mudança de entendimento empreendida pelo Supremo em 2016 não se tratou de definir que a concepção que ora passava a vigorar é a correta e que as anteriores constituíram erro por parte da Suprema Corte, não. Muito pelo contrário, a guinada para outro posicionamento se deu, pelo que se depreende do julgamento, em razão de suposta adequação do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência à nova realidade social que se apresentava e, neste sentido, é que passamos a analisar o referido fenômeno.

O assunto da mutação constitucional tem seu habitat no limite em que o Direito comunica-se com a realidade. Já ficou superada, na teoria jurídica, a concepção positivista que separava o Direito do mundo dos fatos, tal como o desligava, de igual modo, da ética, da filosofia e de reflexões acerca da ideia de justiça. Neste diapasão se dá o entendimento de Barroso (2010, p. 127):

O direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de confrontar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade.

Feita tal exposição retorna-se à linha de pensamento. O fenômeno constitucional em comento se efetua por meio da interpretação feita por órgãos do poder público ou através dos costumes e práticas políticas recepcionadas e assimiladas pelo corpo social.

No que tange aos limites de aplicação da mutação constitucional, Barroso (2010, p.152) pondera que as normas em geral e, em especial, as constitucionais, “libertam da vontade que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades”. Contudo, segundo o referido autor, essa capacidade de adaptação:

[...] há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

Explanados os fundamentos, bem como os limites da mutação constitucional, passamos à análise das maneiras pelas quais se instrumentaliza tal fenômeno para que esse chegue à produção de seus efeitos concretos. Examinemos o que diz Barroso (2010, p. 129):

A adaptação da Constituição a novas realidades pode dar-se por ações estatais ou por comportamentos sociais. A interpretação constitucional, normalmente levada a efeito por órgãos e agentes públicos² – embora não exclusivamente –, é a via mais comum de atualização das normas constitucionais, sintonizando-as com as demandas de seu tempo. Em segundo lugar vem o costume constitucional, que consiste em práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório.

Ademais, Nunes Júnior (2018, p. 426) discorre sobre as vias pelas quais se dá a mutação constitucional, pontuando como a mais comum a via interpretativa, analisemos:

A Mutaç o Constitucional pode ocorrer de tr s maneiras: a) mudan a de interpreta o da Constitui o (a mais comum); b) praxe constitucional; c) constru o constitucional.

Hip tese mais frequente, a mudan a da interpreta o da Constitui o pode ser feita por qualquer int rprete da Constitui o, mas principalmente pelo

² A prop sito, v. Peter H rbele, *Hermen utica constitucional. A sociedade aberta dos int rpretes da Constitui o: contribui o para a interpreta o pluralista e procedimental da Constitui o*, 1977. Segundo o jurista alem o, todos aqueles que se deparam com o texto constitucional s o seus potenciais int rpretes.

Judiciário (e, claro, pelo guardião da Constituição Federal, o STF). Embora o texto constitucional permaneça o mesmo, a interpretação do texto é alterada.

Assim, diante do exposto pelos constitucionalistas, compreende-se que a via interpretativa judicial é o meio mais usual pelo qual se cristaliza a mutação constitucional. Além disso, tal interpretação constitucional, segundo Barroso (2010, p. 131), “*consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente*”. Uma vez que só há norma interpretada, a mutação constitucional acontecerá se estiver perante a alteração de um entendimento previamente dado. Situação que se amoldou à hipótese de ocorrência da mutação constitucional foi, sem equívoco, a alteração de interpretação, pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 2016 quanto ao princípio da presunção de inocência.

3.3 Da impossibilidade de aplicação da mutação constitucional sobre o princípio da Presunção de Inocência

Inobstante a necessidade da norma de se adaptar e acompanhar a realidade social e temporal em que se encontra – um dos motivos em que se ampara o fenômeno da mutação constitucional –, alguns dispositivos, por pertencerem ao espírito da Constituição e do arcabouço histórico e ideológico que a ensejou, não são passíveis de alcance pela mutação constitucional, vez que se estaria a perverter o sentido do texto constitucional.

Dessarte, em face do exposto, urge destacar que, diferentemente de tantos outros princípios contidos no seio da Constituição, o princípio da Presunção de Inocência, situado no inciso LVII do Art. 5º da Carta Política, isto é, o rol das garantias e direitos individuais, em razão da privilegiada posição que ostenta é cláusula pétrea, ou seja, mandamento constitucional não passivo de alteração ou supressão, a não ser pela via constituinte originária.

O zelo de tais garantias por parte da própria Constituição se dá em razão de que tais direitos constituem elementos estruturantes daquela Constituição e das finalidades sociais e democráticas que se pretendeu alcançar por ela, não podendo, portanto, serem afastados ao bel prazer de quem quer que seja, pessoa privada ou componente do poder público.

Acerca do que são cláusulas pétreas e da importância de que são dotados os dispositivos rotulados como tal é que nos ilumina Marcelo Novelino (2016, p. 78), analisemos:

[...] limitações materiais impostas ao Poder Reformador restringem a alteração de determinados conteúdos, seja de forma expressa, nos casos previstos textualmente na Constituição (CF, art. 60, § 4.º), seja de maneira implícita, a fim de proteger institutos e valores imprescindíveis à preservação da identidade constitucional ou à continuidade do processo democrático.

Especificamente, o princípio constitucional da presunção de inocência é garantia adquirida em favor do cidadão face ao autoritarismo e à tirania estatal. Tal princípio se insculpe exatamente no corpo de uma Constituição marcada pela conquista de garantias sociais e individuais, concebida após o fim de um período de violência e completo desprezo a valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana, bem como de um período preenchido por toda forma de desvalorização e acinte ao pluralismo político e de ideias, que foi a ditadura militar.

Assim, o princípio em estudo veio exatamente alinhado ao espírito da Constituição que o estatuiu, isto é, a Constituição Federal de 1988.

Em face disto, a alteração ocorrida da interpretação de princípio de tamanha alçada, como é o da presunção de inocência, e que, sobretudo, alinha-se aos ideais que inspiraram a Carta Magna, desvirtua, por sua feita, o espírito da Constituição, dentro do qual a mutação constitucional deve se manter e que dele não poderá jamais extrapolar, sob pena de se estar violando o Poder Constituinte e, por conseguinte, a soberania popular, contrariando, assim, a própria ideia defendida por Barroso, em sua obra, ao dizer que entre os limites da mutação constitucional está o dever de não desvirtuar a alma, o ideário formador, o espírito da Constituição.

A fim de destacar a importância que carrega consigo o princípio da presunção de inocência, bem como de salientar a indissociável ligação que possui com a Constituição e com os ideais que a inspiraram, colacionamos trecho do voto do eminente Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/16, *in verbis*:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma

inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse (STF, Tribunal Pleno, Rel. Teori Zavascki, HC 126.292/SP, *online*).

Ainda, notadamente no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752 – vale dizer, o que figura como paciente o ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva –, o Ministro decano Celso de Mello posiciona-se, em seu voto, contrário ao fenômeno da mutação constitucional por entender serem pétreas e intocáveis aquelas disposições constitucionais que o mesmo aponta serem inerentes ao sistema democrático, vejamos:

É possível, Senhora Presidente, a uma sociedade livre, apoiada em bases genuinamente democráticas, subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, como aquele que assegura a qualquer pessoa a insuprimível prerrogativa de sempre ser considerada inocente até que sobrevenha, contra ela, sentença penal condenatória transitada em julgado?

Entendo, presentes tais razões, tal como já sustentei em julgamentos anteriores neste Tribunal, que a majestade da Constituição não pode ser transgredida nem degradada pela potestade do Estado, pois, em um regime de perfil democrático, ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode pretender-se acima e além do alcance da normatividade subordinante dos grandes princípios que informam e dão essência à Lei Fundamental da República (STF, Tribunal Pleno, Rel. Edson Fachin, HC 152.752/PR, *online*).

Verifica-se, sobremaneira, pelas palavras de Celso de Mello, a importância histórica do Princípio da Presunção de Inocência, bem como a sua ligação inseparável ao regime democrático de direito.

Vale destacar, nesse ponto, o que nos ensina o professor e doutrinador Gomes, em obra concebida juntamente ao também doutrinador e professor Mazzuoli (2008, p. 91):

O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...).

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Do princípio da presunção de inocência (“todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade”) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.

‘Regra de tratamento’: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante. (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).

Além disso, nos ensinamentos de Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas” de 1764, já admoestava 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 *apud* LIMA, 2016, p. 18).

Apurou-se até aqui, com alicerce no exposto, que ao passo em que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso nos ilumina com seu trabalho acerca do estudo da mutação constitucional – fenômeno que, inclusive, embasou seu voto favorável ao cumprimento de pena a partir da condenação em segunda instância –, ele também nos permite observar que para o caso em estudo – o da presunção de inocência – a aplicação do instituto jurídico da mutação constitucional sobre princípio de tamanha alçada, dimensão e prestígio, que é o princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988, se apresenta duvidosa e quiçá desacertada.

Não obstante as aparentemente sublimes finalidades de justiça que se objetivaram atingir pela possibilidade de prisão a partir da condenação em segunda instância, o ferramental pelo qual se valeu o poder judiciário para obter êxito em seu propósito se demonstra, com base no que até o presente momento foi exposto neste trabalho, inadequado, antijurídico, antirrepublicano, antidemocrático e, por fim, inconstitucional.

Ademais, neste caso em específico observa-se que, conforme se pauta o entendimento da mutação constitucional, houve uma certa exacerbação da interpretação jurídica em detrimento da própria propositura histórica da Norma

Constitucional Brasileira, uma vez que ela surgiu com o propósito de servir o cidadão de garantias fundamentais contra a prisão arbitrária ou com déficit do devido processo, ao contrário do que expressa uma interpretação restritiva da presunção de inocência.

CONCLUSÃO

É fundamental, em Direito, perquirir acerca de mudanças de entendimento jurisprudencial, analisando, para tanto, os fundamentos teóricos levados em conta nas decisões superiores, bem como a realidade social e fática vigente ao tempo de tais guinadas de posicionamento.

O Direito é vivo e, pela relação que guarda entre seu objeto de estudo – a organização social através de normas – e a própria sociedade, não poderia ser diferente, sendo que a única certeza que possuímos nele é a de sua constante evolução.

Em tempos de violência e de sensação de impunidade que nos saltam aos olhos, o clamor social pela rápida efetivação de justiça, em especial a criminal, pelos órgãos que a põem em prática, é latente.

Ao passo que recai sobre os agentes da segurança pública – as polícias em geral – o bramido popular pela consecução de justiça e resposta severa aos infratores da lei penal, assim também incide sobre o Ministério Público (estadual ou federal) parcela desse descontentamento e, principalmente, sobre o judiciário, que decidirá, por fim, acerca da condenação ou absolvição do réu.

Ocorre que o réu, por mais desenhado que esteja o seu envolvimento em crime e comprovada a materialidade do delito cometido, possui direitos e garantias próprias de sua condição humana, as quais, no Brasil, são resguardadas, sobretudo, pela Constituição Federal e, em segunda mão, pela legislação infraconstitucional.

Detém o réu direito ao devido processo legal, à ampla defesa e contraditório, bem como ao julgamento obediente aos limites da legalidade, o que passa, inequivocamente, pela observância ao princípio constitucional reitor do processo penal, qual seja, o da Presunção de Inocência.

Diante disso, impõe-se ao julgador o dever de se ater às provas produzidas nos autos – julgando o réu com base nelas –, sempre ciente de seus direitos e garantias e não vacilante em ceder a clamor popular tendente a ferir quaisquer dessas proteções ao suposto infrator.

A mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao início do cumprimento de pena, em especial a de prisão, após a condenação em segundo grau de jurisdição, gestou acalorada discussão entre juristas e operadores

do Direito, uma vez que, indubitavelmente, afetou a aplicação do princípio da presunção de inocência, produzindo, em termos práticos, o quase imediato recolhimento ao cárcere de milhares de pessoas que já tinham sobre si condenação em segunda instância.

De um lado, houve quem sustentasse a tese de que o poder judiciário atendeu ao clamor social ao permitir que se iniciasse a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, como de outro houve quem sustentasse a necessidade de interligação do referido poder às mazelas que assolam o país, não podendo o mesmo se colocar apartado dos problemas vividos pelo corpo social, como a violência e sensação de injustiça.

Inobstante tais divergências, o julgador brasileiro é adstrito à lei e por mais que lhe tenha sido conferido pelo constituinte margem para o exercício de sua cognição e criatividade, este não poderá exceder seu escopo de atuação predefinido, isto é, não poderá exceder à moldura pré-estabelecida para que dentro dela profira sua jurisdição.

Conforme exaurido no decorrer do presente trabalho, a possibilidade de inovação por parte do intérprete máximo da Constituição, o STF, é limitada à realização de alterações não inclinadas a modificar ou suprimir direitos definidos como cláusulas pétreas, como também se limita à interpretar dentro do espírito da Constituição, não podendo desse se desvirtuar, sob pena de ferimento ao próprio sistema representativo plural e democrático, levado a efeito pelos mandatários eleitos, isto é, em nível de União, o corpo legislativo, primeiramente, e a presidência da república.

Diante desse panorama, iniciou-se estudo aprofundado acerca da presunção de inocência, bem como análise sobre a constitucionalidade do instrumental utilizado pelo Supremo para alteração de seu entendimento relativo à matéria no ano de 2016, tendo sido fundamentado o referido estudo em vasta jurisprudência, bem como em doutrina nacional e internacional de autores clássicos e, também, contemporâneos.

Tal estudo embora forneça posicionamento definido acerca do entendimento adotado pelo Supremo quanto ao início de cumprimento de pena a partir da condenação em segunda instância, se reserva a delimitar que o mesmo não é definitivo, estando sujeito a alterações futuras, uma vez que o próprio

entendimento da Suprema Corte não é totalmente imutável, podendo sofrer, em breve, nova modificação, tendo em vista o montante de recursos que se aglomeram sobre o tema. Outrossim, soma-se à incerteza das decisões futuras quanto ao assunto a possibilidade de alteração da própria legislação atinente, seja por meio de emenda ou mesmo pelo advento de uma nova Constituição.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. *Vade Mecum* Saraiva. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 set. 2018 às 15:20.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de out. de 1941. **Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro, out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 23 de set. 2018 às 15:00.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de set. de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**, Rio de Janeiro, set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 23 de set. 2018 às 15:00.

_____. Lei 7.210, de 11 de jul. de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 25 de set. 2018 às 16:00.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 68.726/DF**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000028321&base=baseAcordaos>>. Acesso em 21 de set. 2018 às 22:02.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 74.983/RS**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Carlos Veloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>>. Acesso em 21 de set. 2018 às 22:17.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 21 de set. 2018 às 22:45.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 21 de set. 2018 às 00:02.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**, Tribunal Pleno, Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Acesso em 21 de set. 2018 às 01h34.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema as reformas Processuais**. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 40. ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Unic, 2009. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 21 de set. 2018 às 15:00.

PIETRAFESA, José Paulo; BORBA, Odiones de Fátima (orgs.). **Redação Científica: Orientações e normas**. Anápolis: Associação Educativa Evangélica, 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVEIRA, Fernando Lang. **A Filosofia de Karl Popper e suas implicações no ensino da ciência**. Instituto de Física – UFRGS. Cad. Cat. Ens. Fís., Florianópolis,

Ago. 1989. Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/84999/000014819.pdf?sequence=1>> acesso em 27 set. 2018 às 15:29.

SILVEIRA, Rafael Rodrigues. **A atuação da mídia e a ofensa ao princípio da presunção de inocência**. Patos de Minas- MG: Centro Universitário de Patos de Minas, 2014. Disponível em:

<<https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fperquirere.unipam.edu.br%2Fdocuments%2F23456%2F422843%2FA%2B%2B%2Batua%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bda%2Bm%25C3%25ADdia%2Be%2Ba%2Bofensa%2Bao%2Bprinc%25C3%25ADpio%2Bda%2Bpresun%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bda%2Binoc%25C3%25AAncia.pdf>> Acesso em 16 set. 2018.