

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Solyany Soares Salgado¹
Nathália Mirelle da Silva Santos²

RESUMO: Este artigo objetiva verificar se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o habeas corpus 126.292/15, que relativizou o princípio constitucional da presunção de inocência, é incisiva ou possui argumentos contestáveis. Ademais, pretende analisar os argumentos apresentados no voto do relator, que se utilizou do método hermenêutico científico-espiritual. Para isso, as ferramentas metodológicas utilizadas englobam revisão de literatura sobre a temática; utilização do direito positivo e de ramos da ciência jurídica para averiguar a mudança de interpretação; análise do voto do relator; e comparação entre os argumentos deste e os dos outros votos. Destarte, constatou-se a fragilidade na decisão por alterar interpretação de cláusula pétrea utilizando-se de método hermenêutico vulnerável haja vista sua subjetividade, pois atende à demanda social por vezes variável e de difícil aferição. A mudança de interpretação pode ser vista como usurpação legislativa e, como dito no comparativo dos votos, a decisão suscita instabilidade posto que não poderia ser justificada por jurisprudências e leis de outros países, nem ignorar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e, tão pouco, se valer de acórdãos sobre prisões processuais como parâmetro para o reconhecimento da possibilidade da execução provisória da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da não culpabilidade. Trânsito em julgado. Execução provisória da pena. Hermenêutica. Interpretação da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The goal of this study is to examine if the Federal Supreme Court decision about the habeas corpus 126.292/15, which relativized the presumption of innocence constitutional principle, is irrefutable or if there are contestable arguments. Furthermore, it intends to analyze the arguments employed by justice Teori Zavascki, who used the scientific-spiritual hermeneutic method. Thus, the methodological tools cover literature revises about the theme; uses of positive law and the branches of the judicial science to ascertain the change of interpretation; analyses of the relator's vote; and comparisons between his arguments and those of others. Therefore, it has been demonstrated the decision's weakness by altering the entrenchment clause interpretation using a vulnerable hermeneutical method due to its subjectivity because it answers the social demand which is variable and difficult to measure. The entrenchment clause changing can be seen as legislative usurpation and, as the votes comparison said, it raises instability once it could not be justified by jurisprudence and other countries laws, neither ignores the unconstitutional state of things recognition or use procedural prisons judgments as parameter to recognize the sentence provisional execution possibility.

¹ Estudante do quinto período do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas.
E-mail: solyanys@gmail.com.br

² Estudante do quinto período do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas.
E-mail: nathalia-mirelle@hotmail.com

KEYWORDS: The innocence principle. Unappealable. Criminal sentence provisional execution. Hermeneutics. Supreme Court Constitution interpretation.

INTRODUÇÃO

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o habeas corpus (HC) 126.292/15, por meio de interpretação, acolheu a possibilidade de início da execução da pena após a sentença condenatória em segundo grau, alegando que tal entendimento não ofende o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (CF) de 1988.

Por permitir decisões divergentes, por juízes e tribunais de outras instâncias do judiciário, o STF terá que lidar com futuros recursos por ela ocasionados. Assim, esta pesquisa poderá contribuir para a discussão e verificação da manutenção ou da modificação da referida decisão que ocasionou a relativização do princípio da presunção de inocência.

O objetivo principal desta pesquisa é averiguar se essa decisão foi pautada por argumentos incisivos ou se estes poderiam ser contestados dada a sua complexidade. Além disso, este artigo também objetiva fazer considerações acerca do método hermenêutico científico-espiritual utilizado pelo relator Ministro Teori Zavascki que permitiu a mudança de interpretação do princípio constitucional, bem como analisar os argumentos apresentados, apontando possíveis contraposições advindas dos diversos ramos da ciência jurídica como, por exemplo, Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal.

Destarte, serão utilizados como instrumentos metodológicos a revisão de literatura sobre temas relacionados ao princípio da não culpabilidade nos referidos ramos do Direito; a análise do método hermenêutico utilizado pelo relator Ministro Teori Zavascki em seu voto para o estudo de caso referente ao HC 126.292/15, e comparação entre os argumentos do relator e os dos votos dos outros ministros do STF, bem como, outros jurisprudenciais relacionados à temática, como serão vistos a seguir.

1 O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE NO DIREITO POSITIVO E NA DOUTRINA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elaborada logo após o período da ditadura militar, buscou assegurar os direitos individuais e sociais conforme um

sistema democrático que defendesse os princípios relativos à dignidade humana em todos os âmbitos, mas, principalmente, se preocupou com a garantia de proteção a específicas normas para que não fossem modificadas. Desse modo, o legislador constituinte originário proibiu a supressão daquelas que deveriam ser vistas como cláusulas pétreas, como são discriminadas no artigo 60, §4º: 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.

No quarto inciso, incluem-se, além de outros dispersos pela CF, os elencados no art. 5º, em destaque o inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o qual trouxe maior garantia àquela consolidada no artigo 8º, nº2, do Pacto de São José da Costa Rica, resultante da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), da qual o Brasil participou, que objetivava consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social pautado no respeito aos direitos humanos. (BRASIL, 1992).

A mudança de interpretação da norma Constitucional implicará na mudança de todas as outras atreladas a ela, pois, até então, só se admitia a prisão penal com o trânsito em julgado nas instâncias superiores. Assim, há que se questionar dois aspectos sobre esta mudança de interpretação: o primeiro quanto à possibilidade de ela ser feita numa cláusula pétrea de texto exposto, e o segundo quanto ao entendimento do que seria o “trânsito em julgado”. Assim, faz-se necessária uma pequena reflexão a esse respeito e sobre a admissibilidade da execução provisória de pena.

1.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Como mencionado anteriormente, as cláusulas pétreas são protegidas contra a tentativa de aboli-las, ainda que apenas tendencie suprimi-las. Tamanha é sua importância, como afirma Dirley da Cunha Junior, que as limitações “impedem que as matérias por elas tornadas imodificáveis sejam sequer objeto de deliberação pelo Congresso Nacional” (2014, p. 204). Em razão disso, o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.395/DF afirma que o desafio da jurisdição constitucional é preservar o núcleo essencial da Constituição: “mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo” (BRASIL, 2007, p. 129).

Se a própria Constituição fixou limites para modificações dessas disposições ao parlamento, é possível se presumir que tais restrições também sejam cabíveis ao Poder Judiciário quanto à definição da norma conforme as suas interpretações do texto constitucional, posto que variados são os métodos hermenêuticos e conseqüentemente variável será a interpretação das normas. O mesmo método pode inclusive ser utilizado para fundamentar decisões opostas, como é o caso do científico-espiritual, definido posteriormente. Delimitando ainda mais a possibilidade de interpretação do texto normativo, Carl Schmitt destaca que a reforma e a revisão das leis constitucionais não pertencem à competência das instâncias autorizadas, mas, por se tratar de políticas fundamentais da Constituição, são assuntos próprios do poder constituinte do povo (SCHMITT, 1996, p. 120, apud PEDRA, 2016, p. 138).

A possibilidade de relativização dessa norma constitucional vai de encontro à posição do próprio STF quanto ao princípio da vedação ao retrocesso, como bem afirmou Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt, “por tal princípio se impõe ao Estado o impedimento de abolir, restringir ou inviabilizar sua concretização por inércia ou omissão”, assim, “com a decisão prolatada pelo HC 126.292 contrariou essa sua própria decisão, ao restringir, alterar e revogar garantias sociais e humanitárias já incorporadas no Estado democrático de direito” (2015, p.5).

Aplicando tais restrições ao princípio analisado por este artigo, é possível questionar se o núcleo essencial seria, na verdade, condicionado à atribuição da culpabilidade apenas no trânsito em julgado, visto que se a condição fosse somente a sentença penal condenatória, não haveria a necessidade de ser determinado e explicitado pelo texto normativo tal condição. Assim, como a norma é estabelecida a partir do entendimento do texto normativo, é necessário discutir o sentido de “trânsito em julgado”.

1.2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO TRÂNSITO EM JULGADO E DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Como afirma Edilson Mougnot Bonfim, “coisa julgada” tem como origem a expressão latina *res judicata*, sendo *res* associada à coisa, ao patrimônio do cidadão. Para o direito, “o vocábulo ‘res’ passou a significar a segurança das coisas materialmente possuídas, os direitos reais e pessoais”, discutindo-se a questão jurídica diante do magistrado (2012, p. 409). Assim, coisa julgada - que pode ser tanto material, quando à decisão de mérito não é

mais passível de recurso, quanto formal, quando não cabe mais impugnação da decisão - pode ser entendida como característica ou efeito da decisão ser definitiva, para garantir o *status quo* social e a tutela do direito definido, bem como evitar a vingança privada.

Conforme Edilson Mougenot Bonfim, a decisão final absolutória adquire a imutabilidade quando transita em julgado, entretanto, as decisões condenatórias podem ser rescindidas pela Revisão Criminal nos casos em que sejam apurados novos fatos favoráveis ao condenado, seja abrandando a pena ou concedendo a absolvição. Ainda conforme o autor, “trata-se de uma situação excepcional que privilegia o direito fundamental da liberdade daquele que é condenado injustamente em detrimento do valor da segurança jurídica, ensejada pelo reconhecimento de que também o Estado é passível de cometer erros” (id., p. 73).

Guilherme de Souza Nucci apresenta situações nas quais a Revisão Criminal poderá ser admitida: “se fundar em depoimentos, exame ou documentos comprovadamente falsos; quando, após a sentença se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena” (2007, p. 871-872). Além disso, é necessário frisar que a revisão *pro societate* não é usada no direito penal brasileiro, como afirma, por exemplo, Edilson Mougenot Bonfim, quando se tratar de decisão definitiva de mérito (2012, p.107).

Ainda a respeito do trânsito em julgado, Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt afirmam: “trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de nenhuma natureza” (Id., p. 104-105). Lenio Luiz Streck confirma: “nunca, para a teoria do processo ou mesmo para a história institucional, trânsito em julgado significará o mesmo que condenação em segundo grau. Isso porque condenação em segundo grau, sem trânsito em julgado, nunca será decisão definitiva” (2015, p. 3).

A execução provisória da pena possibilita a antecipação dos efeitos da sentença penal condenatória antes de seu trânsito em julgado. Já era possível com a concordância do réu para beneficiá-lo, caso em que este, preso preventivamente, pede que a sentença condenatória “transitada em julgado” para a acusação – ou seja, esta não interpõe recurso para agravar a situação do apenado – seja executada provisoriamente para que possa progredir de regime enquanto aguarda julgamento de recurso interposto pela defesa (QUEIROZ, 2008, n.p.). A discussão se dá acerca da possibilidade de ocorrer sem a concordância do réu, caso em que se denomina execução provisória cogente, a qual ocorre em prejuízo do réu solto que aguarda julgamento dos recursos especial e extraordinário (RE), os quais não têm efeito suspensivo.

De todo modo, qualquer tentativa de limitação de provimento de recurso quando, principalmente, da aplicação antecipada dos efeitos da pena de prisão, poderá incidir no desrespeito ao princípio derivado da norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, a da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Cabe então às instâncias ordinárias atender cautelosamente a esses preceitos sobre o exaurimento do exame a respeito dos fatos e das provas da causa, posto que a perda do direito à liberdade é a mitigação justamente do direito fundamental à própria liberdade, e o tempo despendido ao longo do encarceramento jamais será restituído.

2 HERMENÊUTICA E LIMITE DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Neste trabalho, não será feito um estudo esmiuçado da hermenêutica nem de seus métodos, visto que não é este o objetivo, no entanto, é imprescindível abordar as noções fundamentais para melhor entendimento do voto do relator e da análise crítica mais adiante. Conforme Marcelo Novelino, a interpretação especificamente criada para o direito constitucional começou a surgir através de estudos germânicos em meados do século XX. Essa necessidade se justifica pelo caráter principiológico das normas constitucionais que, por não apresentar a estrutura proposicional das regras, permitem a influência ideológica dos intérpretes. Para possibilitar uma interpretação coerente, métodos foram desenvolvidos pela doutrina e pelo judiciário e, mesmo tendo premissas diferentes, devem atender ao caráter unitário da atividade interpretativa (2008, p.104).

Para se identificar o limite da interpretação jurídica, são estabelecidos os postulados de interpretação da Constituição, sendo classificados por Marcelo Novelino em: a) *princípio da unidade da Constituição*: em que a norma não poderá ser analisada isoladamente, visto que compõe um sistema interno unitário de regras e princípios constitucionais; b) *princípio do efeito integrador*: que deve levar em consideração critérios que favoreçam a integração entre a política e o social para a resolução do problema, buscando soluções plurais, mas integradoras; c) *princípio da concordância prática*: inter-relacionada ao princípio da unidade, este visa ponderar as colisões de direito em casos concretos para reduzir proporcionalmente a aplicação de cada um deles; d) *princípio da convivência das liberdades públicas*: para este, os princípios não devem ser vistos como absolutos, pois são limitados por outros princípios constitucionais, como não há hierarquia entre eles, as circunstâncias do caso concreto é que determinarão qual prevalecerá; e) *princípio da forma normativa da Constituição*: as

constantes modificações históricas exercem influência sobre o intérprete, e este, ao fazer a interpretação da Constituição, permite que ela se atualize, contanto que torne as normas mais eficazes e otimizadoras; f) *princípio da máxima efetividade*: invocado principalmente pelos direitos fundamentais, determina que a eles seja conferida a maior efetividade possível para que sua função social seja concretizada; e g) *princípio da conformidade funcional*: estaria mais atrelado à limitação de intervenção entre os Poderes do Estado, atentando para a competência de cada um deles (id., p. 120-125). Feitas as considerações gerais sobre tais princípios de interpretação da Constituição, vale ressaltar dois deles para o estudo desta pesquisa: o princípio da máxima efetividade e o da conformidade funcional.

Sobre o primeiro, é importante frisar que até o julgamento do caso do HC 126.292/15, o entendimento era de que a função social do princípio da não culpabilidade devesse corresponder à proteção do direito fundamental à liberdade até que se esgotassem todos os recursos possíveis que pudessem modificar a sentença condenatória, dessa forma, a execução provisória da pena era proibida, pois estaria se opondo à maior efetividade do direito à liberdade. Mas tal interpretação foi modificada, como foi determinado pelo Plenário do STF, que passou a relativizar a presunção de inocência.

Quanto ao segundo, ao modificar o entendimento de cláusula pétreia, o Poder Judiciário poderia estar usurpando o poder primordial do legislativo, visto que o texto normativo, escrito pelo Poder Constituinte Originário, deixa expressa a condição de “trânsito em julgado”, mas que foi limitada às instâncias ordinárias e não mais, salvo exceções, às instâncias superiores. Após tais exposições, faz-se necessária uma breve apresentação do método hermenêutico no referido voto e de sua relação com o ativismo judicial.

2.1 MÉTODO HERMENÊUTICO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Como mencionado anteriormente, vários são os métodos hermenêuticos orientadores da interpretação da constituição, mas pela limitação do tema desta pesquisa, abordaremos apenas aquele que foi utilizado pelo relator Ministro Teori Zavascki, o método científico-espiritual, para em seguida estabelecer uma conexão entre este e o ativismo judicial, que permite inclusive uma possível mutação constitucional.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, o método em questão entende a Constituição não somente como norma-suporte e fundamento de validade de todo o ordenamento, mas também como instrumento de regulação de conflitos, atendendo à perspectiva política e

sociológica para construção e a preservação da unidade social. Ainda nas palavras do autor: “a constituição é, por sua própria natureza e finalidade, o principal fator de coesão política e social, do que resulta que a sua interpretação jamais pode conduzir a soluções desagregadoras.” (2004, p. 26-27). Sob a justificativa de unidade social, pode vir a atender a uma demanda da sociedade, que possa parecer majoritária, no entanto, esse método se torna questionável, pois uma parte da sociedade poderá apresentar uma demanda contemporânea, inclusive, plausivelmente diversa àquela defendida na interpretação do judiciário. O principal problema é a falta de meios concretos que possam aferir qual seria exatamente o clamor social, pois, como dito por Délio Lins e Silva Júnior “O Poder Judiciário não pode pautar sua atuação pelo clamor social, mas sim pelas leis existentes e vigentes em nosso ordenamento jurídico. O ‘eco no tecido social’ não pode ser míope e mudar de acordo com as conveniências de cada composição que a nossa Suprema Corte venha a ter” (2016, p. 5).

No caso analisado nesta pesquisa, por exemplo, a interpretação da expressão “trânsito em julgado” poderia ser perfeitamente defendida pelas duas reivindicações populares: impossibilidade de recurso que suspenda a aplicação da pena a) quanto aos fatos e provas examinados nas instâncias ordinárias; b) em todas as instâncias, incluindo as superiores. É possível dizer, portanto, que há nessa decisão o que Nestor Pedro Sagües define por ativismo social, pois confere ao Judiciário a função de interpretar as normas conforme valores atuais da sociedade, permitindo uma participação ativa nas mudanças sociais e na adequação de novos direitos constitucionais aos já existentes (2006, apud NOVELINO, 2008, p. 113).

A mudança de interpretação via ativismo social, do princípio da não culpabilidade pode ser entendida, caso adquira caráter vinculante, como mutação constitucional. Como definido por Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional “consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada” (2010, p.128). Essa possibilidade de mudança na interpretação pelo judiciário representa uma terceira via, além dos já instituídos poder constituinte originário e poder de reforma constitucional, denominada pelos franceses de poder constituinte difuso, atuando aparentemente em sintonia com as demandas e sentimentos sociais.

Tal possibilidade, no entanto, pode vir a ser interpretada de modo displicente com os preceitos constitucionais e, desse modo, conforme Barroso, há dois limites quanto à mutação constitucional: “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”, além disso, ainda conforme o autor, “e se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário” (2010, p.131).

Assim, ao invés de seguir a ordem natural do processo legislativo, o texto teria de ser modificado, pois já estaria posta a nova interpretação atribuída pelo judiciário, mesmo que, como citado anteriormente, não coubesse no texto ou nos princípios fundamentais. No caso da relativização da presunção de inocência, parece que a expressão a ser modificada pelo legislador será a de “trânsito em julgado”, sendo necessária uma especificação de que se refere apenas às instâncias ordinárias e não mais às superiores como se outrora entendia, para se evitar a insegurança jurídica ocasionada pelas interpretações variáveis a este respeito. Mas, como apontado por Lenio Luiz Streck, “razões pessoais, políticas, argumentos de segurança pública, etc., não podem valer mais do que a Constituição” (2015, p.5).

3 O VOTO DO RELATOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI

Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki afirma que o princípio da presunção de inocência deve estar em equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional penal, com vistas a atender aos principais valores, tanto dos acusados como da sociedade e, devido a jurisprudência assegurar em grau absoluto este princípio ao ponto de negar a execução da sentença penal condenatória na pendência de julgamento de qualquer tipo de recurso, há o incentivo de os interpor sucessivamente com “indisfarçados propósitos protelatórios” objetivando, por vezes, se conseguir a prescrição da punição ou da execução e assim, o princípio que deveria ser uma garantia ao apenado, transforma-se num mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. Como exemplo, cita os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre a ação penal subjacente ao HC 84.078, que obteve como resultado a extinção da punibilidade devido à prescrição da pretensão punitiva.

Afirma também que a possibilidade da execução provisória de sentença penal condenatória já era jurisprudência reiterada do STF mesmo após a vigência da Constituição de 1988, pois somente com o julgamento do HC 84.078 em 2009 é que se modificou o tradicional entendimento. Fundamenta citando o julgamento do HC 68.726 de 1991, no qual

se assentou que o referido princípio não impedia a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmasse a sentença penal recorrível.

Cita, ainda, o HC 74.983 de 1997 que afirmou que a condenação fundamenta o decreto da prisão preventiva, e que os recursos especial e extraordinário, por não terem efeito suspensivo, não impediriam o cumprimento do mandado de prisão, corroborando para esse entendimento as súmulas nº 716 e 717 do STF, o art. 637 do Código de Processo Penal (CPP) e o art. 27, § 2º da lei 8.038/90. Afirma que nas instâncias ordinárias se exaure o exame dos fatos e provas, e assim se estabelece a responsabilidade penal do acusado, pois tais recursos têm como âmbito a matéria de direito e não a fática, além de serem de ampla devolutividade, ou seja, a execução da sentença não é suspensa, é imediata.

Alega que a função dos recursos de natureza extraordinária é preservar a higidez do ordenamento jurídico, assim, cita a Emenda Constitucional de nº 45 de 2004 que elencou, como necessária para se admitir o recurso extraordinário, a existência de controvérsia e de repercussão geral da matéria, sendo ônus de quem recorre a comprovação da relevância. Em suma, a Suprema Corte só poderá conhecer o recurso cuja matéria debatida ultrapasse o âmbito do sujeito, sendo irrelevantes as circunstâncias do caso concreto. Assim, cita o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC 84.078, que afirma que a maioria dos RE criminais que chega para julgamento no STF não preenche ao requisito de repercussão geral e somente 4% dos casos, retirando os que poderiam ser resolvidos por HC, são providos.

Alega que o princípio da presunção da inocência destacou-se com a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e assim trouxe consigo diversas garantias posteriormente positivadas na Constituição de 1988, sendo as processuais de maior relevância e as que melhor expressam o distanciamento do modelo inquisitório de processo penal, no qual cabia ao acusado o ônus de comprovar sua inocência. Para isso, cita a Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 84.078 afirmando que “o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”.

Argumenta que a execução da pena, mesmo pendentes recursos de natureza extraordinária, não compromete o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência e para isto afirma que essa e outras limitações impostas são amparadas por diversos constitucionalistas e cita o Ministro Gilmar Mendes que, num trecho de seu livro, alega que o referido núcleo essencial seria a imposição do ônus da prova do crime e da autoria à acusação

– o aspecto processual do princípio – também questiona a acepção da palavra ‘culpado’ o que utiliza como base para fundamentar o tratamento gradativamente mais rigoroso ao condenado com a evolução do procedimento. Cita, inclusive, a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que em seu art. 1º, I, elenca como causa de inelegibilidade a sentença condenatória expedida por órgão colegiado, para confirmar a possibilidade de a sentença penal condenatória produzir efeitos contra o acusado antes do trânsito em julgado.

Utiliza-se ainda do argumento da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886 de 2005, no qual afirma que “em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”, e, para fundamentação, utiliza um estudo realizado por Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, o qual cita como exemplos Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Por fim, assevera que é papel do Judiciário, em especial do STF, a harmonização do princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional, garantindo-a ao retomar o tradicional entendimento e voltar a atribuir efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário, assim, é meio legítimo, e, portanto, justificável a execução provisória da sentença penal condenatória. Apesar de haver a possibilidade da ocorrência de equívocos nos juízos condenatórios expedidos pelas primeiras instâncias, sua ocorrência também é possível nas instâncias extraordinárias, porém, há instrumentos adequados e eficazes, inibidores das consequências potencialmente danosas, inclusive sendo possível a suspensão da execução da sentença, e utiliza como exemplos as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, bem como o HC.

3.1 CONTRAPONTOS APRESENTADOS PELOS VOTOS VENCIDOS

O Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto critica a mudança no entendimento da Corte Suprema, que há menos de sete anos havia sedimentado o entendimento anterior, com o objetivo de se adequar ao disposto constitucional do art. 5º, LVII, ocasionando, inclusive a revisão de jurisprudência pacificada do STJ, e afirma que o caso não era o adequado para se rediscutir a matéria, visto que era um recurso assegurado à defesa – e não à acusação – que garantia o direito de o paciente recorrer em liberdade. Afirma ainda que o dispositivo constitucional em questão não admite interpretações divergentes sob pena de reescrita do texto, segundo a máxima hermenêutica *in claris cessat interpretatio*. Alega que o pressuposto

de uma execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior em caso de revisão e assevera que uma vez perdida a liberdade por meio do título condenatório, se alterado, não há como devolvê-la ao cidadão inocente. Por fim indaga se seria possível mesmo uma emenda constitucional, visto que o preceito é cláusula pétrea e, portanto, impassível de modificação em seu núcleo essencial.

O Ministro Ricardo Lewandowski concordou com o Ministro Marco Aurélio no sentido de o dispositivo constitucional em questão ser taxativo e categórico e fez referência ao seu voto e ao do Ministro Eros Grau no julgamento do HC 84.078 em que alegaram que mesmo os mais caros argumentos de ordem prática não poderiam ultrapassar esse princípio constitucional, além de asseverar sua perplexidade acerca de uma decisão como esta ser tomada logo após outras duas, da ADPF 347 e do RE 592.581, em que o STF concordou que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Observa ainda que o ordenamento jurídico brasileiro, ao longo de sua história, sempre primou pela propriedade em detrimento à liberdade e para revelar a incoerência presente cita o novo Código de Processo Civil, o qual, em seu art. 520, tem a preocupação de, em relação ao dinheiro e à propriedade, se cercar de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo. Por fim, alega que ao se tratar de liberdade decidem pela prisão provisória, e após anos e anos, com a possibilidade que se aproxima de ¼ de absolvição, não haverá como se restituir este tempo em que passou sob a custódia do Estado em condições miseráveis, além de o Brasil já possuir a quarta maior população carcerária, com 600 mil presos, sendo 40% provisórios, esse número aumentará em dezenas ou centenas de milhares.

O Ministro Celso de Mello ressaltou a importância histórica do princípio da presunção de inocência e sua relação com o Estado Democrático de Direito e citou, para isto, diversos pactos e tratados que o contêm como, por exemplo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Para ressaltar o núcleo essencial do referido princípio cita a obra 'Direito Penal – Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica' dos Professores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, que alega que dele decorrem duas regras, uma probatória e outra de tratamento, segundo esta o acusado não poderá ser tratado como condenado **antes** do trânsito em julgado final da sentença condenatória e complementa ao citar jurisprudências do STF. Assevera o quanto se mostra inadequado comparar a prática do referido princípio nos Estados Unidos, França etc. por serem países cujas constituições não impõem a necessária

observância ao trânsito em julgado, e ressalva a possibilidade de haver prisões de caráter processual, as quais não têm a finalidade de antecipar a executoriedade da sentença condenatória, além de dar ênfase às garantias processuais dele decorrentes que afastaram o sistema inquisitório de processo. Acentua ainda que a presunção de inocência não é gradativamente diminuída ao longo do processo, pois só restará superada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Destacou ainda um voto proferido pelo Ministro Relator em julgamento passado que trazia dados relevantes para a observância desta garantia constitucional, os quais afirmavam que, de 2006 até aquela data, 25,2% dos RE criminais foram providos pela Corte Suprema e 3,3% providos parcialmente, que somados representam um total de 28,5%, ou seja, quase 1/3 das decisões criminais advindas das instâncias inferiores, foram reformadas total ou parcialmente naquele período. Por fim, alega que, mesmo que se ignorasse o argumento constitucional, ainda seria inconciliável a execução provisória da pena com o ordenamento jurídico e cita para isto o art. 150 da Lei de Execução Penal que afirma necessário para a execução da pena, o trânsito em julgado da sentença, além de outros dispositivos normativos.³

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, pretendeu-se discutir a decisão proferida pelo Plenário do STF a respeito do HC 126.292/15 e apresentar contrapontos aos argumentos e ao método hermenêutico empregado pelo relator Ministro Teori Zavascki por meio da doutrina e dos problemas levantados pelos votos contrários a ela, que relativizou o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, algumas conclusões serão elencadas abaixo para confirmar a fragilidade dos argumentos utilizados e para constatar o equívoco quanto à decisão tomada.

1 A mudança de interpretação da norma constitucional, especificamente de uma cláusula pétrea, alterou o entendimento de texto expresso quanto ao “trânsito em julgado”, o que fez mitigar o direito fundamental à liberdade e utilizou a possibilidade da execução provisória - que antes se entendia benéfica ao réu por permitir a comutação da pena na conversão de prisão preventiva em execução provisória - para uma aplicação antecipada de efeitos da pena, inclusive àqueles que aguardavam recurso em liberdade. Tal questionamento foi feito no voto do Ministro Marco Aurélio ao criticar nova discussão a respeito de matéria pacificada, que pretendia garantir o recurso à defesa, e ao indagar se seria possível a emenda

³Infelizmente não foi possível o acesso ao voto da ministra Rosa Weber.

constitucional, visto se tratar de cláusula pétreia, cujo núcleo essencial não poderia ter sido desconstruído pela nova interpretação. Ademais, há um reconhecimento, do próprio Judiciário, sobre possíveis erros nas sentenças condenatórias, haveria, portanto, descaso com a impossibilidade de devolução do tempo perdido pelo inocente erroneamente condenado.

2 Quanto ao método científico-espiritual empregado, ao modificar o entendimento de cláusula pétreia, relativizando a presunção de inocência em atendimento ao *espírito reinante* da população, é possível contestá-lo por outros dados, como foi posto pelo Ministro Ricardo Lewandowski acerca do reconhecimento, pela ADPF 347 e pelo RE 592.581, da falência do sistema penitenciário brasileiro e do estado de coisas inconstitucional. O que levaria também a atestar um clamor social contra o encarceramento desnecessário e a possibilidade de substituí-lo por outras medidas alternativas para garantir a efetividade dos direitos humanos inclusive para os que foram punidos pelo Estado em retribuição de seus delitos. Assim, além de usurpar o poder do legislativo via ativismo judicial, a mudança de interpretação mostra-se equivocada por desprezar outros dados importantes reinantes na sociedade.

3 Além dos já mencionados argumentos questionados, também vale ressaltar o método comparativo entre as jurisprudências e as leis de outros países com as do Brasil, visto que tal metodologia apenas faz uma constatação entre divergências e semelhanças, porém pouco influi diretamente na prática jurídica, pois esta deve ser pautada pelas normas da Constituição Federal Brasileira, como foi defendido pelo Ministro Celso de Mello. Os dados estatísticos também podem ser contrapostos, já que a quantidade de presos poderá aumentar e o número de recursos não necessariamente diminuirá, uma vez que antes se utilizava para protelar a prisão, a partir de agora para tentar retirar o agente da prisão. Deve-se levar em consideração também a repercussão dessa decisão nos outros ordenamentos, pois muitas normas apresentam como condição o trânsito em julgado, como ocorre no artigo 150 da LEP e no artigo 675, do Código de Processo Penal.

4 Por fim, um dos argumentos utilizados pelo Ministro Teori Zavascki para justificar a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória são os entendimentos assentados nos julgamentos dos Habeas Corpus 68.726 de 1991 e 74.983 de 1997. Cumpre asseverar que ambos os acórdãos, pela análise de suas ementas, tratam de prisões processuais, tratando, o segundo, de prisão preventiva, a qual tem como requisito essencial, sob pena de descaracterização, o *fumus commissi delicti*, existência de um crime com indícios suficientes de autoria e o *periculum libertatis*, existência de risco ocasionado pela liberdade do indivíduo. A prisão processual difere da prisão pena, cuja execução provisória é o tema das discussões,

devido a esta requerer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto aquela é de caráter cautelar e não visa antecipar os efeitos da condenação, assim, estas afirmações pouco contribuem para a construção da decisão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R.. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, C. R.; BITENCOURT, V. B. A. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Revista Consultor Jurídico**, 18 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em 30 abr. 2016.

BONFIM, E. M.. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto 678**, de 6 nov.1992. Convenção Americana de Direitos Humanos, 1992.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.395/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Acórdãos, 09 maio 2007, p. 129.

COELHO, I. M.. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. **Direito Público** (Porto Alegre), v. 5, p. 56-82, 2004.

CUNHA JUNIOR, D. da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2014.

NOVELINO, M. **Teoria da Constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008.

NUCCI, G. de S.. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2007.

PEDRA, A. S.'A. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 172. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 mai. 2016.

QUEIROZ, P. **Execução provisória da sentença e garantismo**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 18 Set. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/618. Acesso em: 04 mai. 2016.

SCHMITT, C. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA JUNIOR, D. L. e. Cidadania condenada, em segunda instância, pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/lins-silva-jr-cidadania-condenada-segunda-instancia-stf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

STRECK, L. L. Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. **Revista Consultor Jurídico**, 25 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>. Acesso em: 30 abr. 2016.