

Princípio da não culpabilidade na Constituição Federal: colisões hermenêuticas na jurisprudência brasileira

Diogo Fortunato Melo

Advogado. Graduado pela Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás).

A discussão a respeito do princípio da não culpabilidade, evocado por muitos como princípio da presunção de inocência, e o debate sobre a possibilidade de prisão após sentença penal condenatória em segunda instância, quando não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, foi tema de grande repercussão nacional no início de 2018, não só no Brasil, mas repercutindo em jornais internacionais, como “El País”, “El Mundo” e “La Capital”, com enfoque no julgamento do ex-presidente Lula em correlação com o mencionado princípio.

O Supremo Tribunal Federal dedicou-se ao tema, tendo denegado, em plenária, o HC/152752, por votação 6x5, no dia 05/04/18, ratificando, dessa forma, a execução provisória da pena que havia sido confirmada pelo TRF da 4ª região. A defesa do ex-presidente utilizava-se principalmente do argumento de inconstitucionalidade da prisão provisória antes do trânsito em julgado, fundamentando-a no princípio da presunção de inocência, mas a Corte manteve o entendimento firmado no ano de 2016.

Entretanto, a cizânia em torno da inconstitucionalidade/constitucionalidade, no que tange ao cumprimento antecipado da pena, não se esgota com o julgamento mencionado. Pendem de decisão as ADC 43, ajuizada pelo PEN (Partido Ecológico Nacional); ADC 44, proposta pela OAB e, mais recentemente, a ADC 53, autoria do partido PCdoB. Mas não parou por aí. Em março do fluente ano, houve a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 410/2018, pelo Deputado Alex Manente (PPS-SP), que “Altera o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”. Bem se vê que a discordância sobre a questão está distante do seu fim.

Citada discordância, que divide o entendimento de juristas, doutrinadores e ministros das cortes superiores, não é recente. Em realidade, o tema é divisor de águas há décadas, e o contexto das discussões atuais pode ser mais bem compreendido a partir de considerações que ultrapassam o momento presente.

É de conhecimento comum que o princípio da não culpabilidade, encontra abrigo na CF/88, em seu art. 5º, inc. LVII, o qual, assim dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. No entanto, como ainda se analisará, existiam diplomas anteriores ao texto constitucional, a exemplo dos artigos 393 e 595, ambos do CPP, que geraram, à época de suas revogações, grandes discussões e polêmicas a respeito do direito de o réu apelar em liberdade.

Neste passo, entremostra-se de extrema utilidade analisar os distintos posicionamentos divergentes acerca da própria acepção terminológica do princípio da não culpabilidade. Em apreciação, a seguir, na visão de renomados autores, como Flávio Cardoso de Oliveira, o princípio:

É também chamado de princípio da presunção de não culpabilidade, pois a Constituição da República não presume a inocência, mas diz que o sujeito não é considerado culpado, ou, ainda, de princípio do estado de inocência, uma vez que indica o estado jurídico do acusado durante o processo. (OLIVEIRA, 2009, p. 12)

Filiando-se à corrente doutrinária anterior, Rangel (2007, p. 24), que afirma não adotar a “terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”, e completa a explicação, explanando que “*a Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (RANGEL, 2007, p. 24/25).

Vaticina aludido autor que a expressão “*presunção*” guarda consonância com a decisão do juiz no momento de sua decisão, ao proferir sentença condenatória ou absolutória. O juiz faria uma operação mental, na qual *o acusado seria presumidamente culpado, ou, presumidamente inocente* (RANGEL, 2007, p. 24).

No mesmo sentido, segue Pacelli, quando, referindo-se ao princípio, faz questão de especificar a expressão “estado de inocência”, desacolhendo o termo “presunção” (2013, p. 48).

Bonfim explica que a expressão “presunção de inocência” seria incorreta, ao passo que

Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. (BONFIM, 2010, p. 77)

Diversamente das posições antes aludidas, outra parte da doutrina, notadamente garantidora e mensageira de interpretação do princípio de forma mais favorável ao réu, como Tourinho Filho (*apud* RANGEL, 2007, p. 24), privilegia a utilização do termo “presunção de inocência”, opondo-se firmemente a qualquer restrição à liberdade do réu, somente admitindo sua prisão após o efetivo trânsito em julgado.

A dissensão terminológica mencionada não é de diminuta importância para a compreensão do tema central da polêmica aqui discutida: há contenda quanto à extensão dos efeitos do princípio da não culpabilidade, na qual doutrinadores e juristas, em realidade, divergiram desde a promulgação da CF/88, dividindo-se em dois grupos principais.

No primeiro grupo, haveria um viés garantista, segundo o qual, a prisão antes do trânsito em julgado ofenderia a Constituição e suas bases principiológicas, e, no segundo grupo, uma corrente na qual a prisão provisória não afrontaria o princípio da não culpabilidade.

Oportuno, neste momento, assinalar ter o STF, desde a promulgação da CF/88, adotado ambos os posicionamentos: inicialmente, filiara-se ao segundo entendimento, conforme pode ser constatado compulsando-se seus julgados, desde aquela data até o ano de 2008, tendo apenas, e, pode-se afirmar, excepcionalmente, mudado sua jurisprudência no ano de 2009.

Antes de 2009, um dos efeitos automáticos da sentença condenatória penal era a prisão do acusado, de forma que o artigo 393 do Código de Processo Penal estipulava:

Artigo 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – Ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança. (BRASIL, 1941)

A prisão representava *conditio sine qua non* para que o acusado pudesse recorrer da decisão condenatória proferida pelo juízo singular, e, somente preso, teria acesso ao segundo grau de jurisdição. Estabelecia o artigo 594 do Código de Processo Penal:

Artigo 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto. (BRASIL, 1941)

Os antes mencionados artigos 393 e 594 do CPP, foram revogados com o advento das Leis nºs 11.719/2008 e 12.403/2011. Do mesmo modo, “o art. 595

(que previa a deserção da apelação pela fuga do réu), foi objeto de revogação expressa” (PACELLI, 2013, p. 500). Eis o dispositivo:

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação. (BRASIL, 1941)

Todas essas alterações legislativas representaram garantias trazidas ao réu, lastreadas pela expansão interpretativa do princípio da não culpabilidade, que, como asseverado, predominou no Brasil entre 2009 e 2016.

Antes da mutação do entendimento do STF, em 2009, o REsp e o RE eram recebidos apenas no efeito devolutivo, a teor do artigo 27, §2º, da Lei 8.038/90, sendo pacífico que a prisão para apelar não violaria o princípio da não culpabilidade.

Art. 27 – Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contrarrazões. (...) §2º – Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. (BRASIL, 1990)

Nesse sentido, aponta Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 46), referindo-se ao entendimento anterior dos Tribunais, que os recursos extraordinário e especial não eram recebidos no efeito suspensivo e, por essa razão, para o entendimento jurisprudencial, a própria dicção legal viabilizaria a execução provisória da sentença penal condenatória recorrível.

Esse também foi o entendimento no julgamento do HC 90.753/RJ – 2ª Turma com o relator Min. Celso de Mello em 23/11/2007, entendimento anterior a 2009.

Deste modo, esse tipo de prisão era aceito de forma pacífica pelos tribunais, o que ensejou a edição da Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 267. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. (BRASIL, 2007)

A corrente minoritária afirmava veementemente que o artigo 594 do CPP não havia sido recepcionado por parte da Constituição, já que o dispositivo iria contra o artigo 5º, inciso LVII. Contudo, o entendimento majoritário da época, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, apontava que o dispositivo não era inconstitucional, isto é, que não violaria o princípio da não culpabilidade.

Na mesma trilha foi o entendimento do HC nº 90.645/PE do ano de 2008:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267/STJ.

ORDEM DENEGADA. 1. Nos termos da Súmula 267/STJ, 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão'. 2. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que 'a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência'. (BRASIL, 2008)

Nesse sentido são as palavras de Franco (2014), ao afirmar que:

A representatividade das figuras que sustentavam tal posicionamento, corrente majoritária e outrora esposada pelo STJ, por exemplo, indica que a Constituição Federal de 1988 recepcionara o disposto no art. 594, CPP, e, por tabela, a constitucionalidade do art. 59, da Lei n. 11343/06, sendo, portanto, possível a imposição do recolhimento do réu à prisão para apelar, seguindo, contudo, padrões claros para se manter hígido o princípio de presunção de inocência. De acordo com a posição majoritária daquela época, a lei ordinária encontrava-se perfeitamente inserida no contexto Constitucional, desde que o réu estivesse preso, mesmo sendo primário e ostentando bons antecedentes, ou, se reincidente e com maus antecedentes, se as condições concretas aconselharem a cautela, hipótese em que será necessária a verificação dos motivos que autorizam a preventiva e sempre justificadamente.

Pois bem, examinando o antigo posicionamento do STJ, Franco (2014) também menciona a decisão prolatada no HC nº 47.451/SP, que aqui se transcreve o trecho de maior relevância:

(...) Em resumo, nos casos de presunção *juris tantum* da desnecessidade da custódia cautelar, quais sejam, de réu solto, primário e de bons antecedentes, como na Lei, ou de réu que responde, solto, ao processo da ação penal, ainda que de maus antecedentes e reincidente, como na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a sua prisão, até o trânsito em julgado de sua condenação, somente será legal e conforme a Constituição da República, se demonstrada a sua necessidade pelo Juiz. (...) E em se tratando de prisão preventiva, a regra com incidência é a do artigo 312 do Código de Processo Penal, em cujo texto são elencados, além de seus pressupostos, os motivos que a autorizam.

Como demonstrado, o entendimento inicial dos tribunais era que *o artigo 594 do CPP não violava o princípio da não culpabilidade*. Assim, o Superior Tribunal de Justiça promulgou a Súmula nº 9, com o objetivo de parametrizar as decisões dos tribunais e de pôr um fim às dúvidas, definindo que:

Súmula 9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. (BRASIL, 1990)

Em contrapartida, simultaneamente ao exposto, uma corrente minoritária defendia o oposto, como Mezzomo (2005), que afirmava à época, que

Se 'ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', então, até que este evento sobrevenha, a prisão somente pode ser cautelar. Não se poderia falar, em termos de dogmática, de uma execução provisória da sentença penal.

Ao sopesar as obras anteriores, observa-se que em realidade a divergência doutrinária sempre existiu, desde a promulgação da CF/88. Tem-se como exemplo, o magistério de Moreira (2001), divergindo do posicionamento do STF adotado à época:

(...) é de todo inadmissível que alguém seja preso antes de definitivamente julgado, salvo a hipótese desta prisão provisória se revestir de caráter cautelar, independentemente de primariedade e de bons antecedentes. Soa, portanto, estranho alguém ser presumivelmente considerado não culpado (pois, ainda não foi condenado definitivamente) e, ao mesmo tempo, ser obrigado a se recolher à prisão, mesmo não representando a sua liberdade nenhum risco seja para a sociedade, seja para o processo, seja para a aplicação da lei penal. Mais estranho se nos afigura ao atentarmos que aquela presunção foi declarada constitucionalmente (...) a Súmula 267 do STJ define que a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Claramente, seu conteúdo fere o princípio da presunção de inocência.

O norteamento indicado por essa parte da doutrina logrou, em 2009, repercussão no Judiciário, alcançando as cortes superiores, podendo-se apontar, como marco inicial, o julgamento do HC 99.891/SP, daquele ano, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, colhendo-se de sua decisão o seguinte excerto:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. (BRASIL, 2009)

Sobre esse novo posicionamento da jurisprudência, afirmou Machado (2010) que

a nova jurisprudência do STF parece consolidar outra tese; diga-se, de passagem, posicionamento muito mais conforme com as ideias de

um direito e processo penal democrático e garantista (...) não pode haver execução de pena criminal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória em homenagem, basicamente, ao princípio constitucional do estado de inocência ou de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da CF (...) o mero fato de os recursos extraordinário e especial não gozarem de efeito suspensivo não implica em dizer que a execução da pena pode ser antecipada; não existe a menor possibilidade de executar a pena antes de condenação judicial definitiva.

Com o julgado paradigmático do HC 84078/MG, ficou definido que ambos os recursos teriam efeito suspensivo. Deste modo, *só poderá haver prisão se esta fosse de natureza cautelar, não podendo o juízo expedir mandado de prisão simplesmente por não haver efeito suspensivo.*

Conforme explica Lima (2017, p. 46/47), foi nesse ano que ocorreu a maior mudança no STF

no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078 no ano de 2009, o Plenário do Supremo, por maioria de votos (7 a 4), alterou sua orientação jurisprudencial até então dominante para concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, a despeito de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, enquanto não houvesse trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não seria possível a execução da pena privativa de liberdade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, cuja decretação, todavia, estaria condicionada à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP.

Após a nova redação que havia sido dada ao art. 283 do CPP, Pacelli (2013, p. 499), também admitira que a redação *“atual do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal”*, reafirmando mais uma vez a mudança de entendimento doutrinária.

Observa-se que o referido artigo teve sua redação alterada pela Lei nº 12.403/2011, justamente após as mudanças de entendimento quanto ao princípio da não culpabilidade.

Após o início da mudança de entendimento pela Corte Superior, *sobreveio a edição da súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça*, estipulando que:

Súmula 347. O conhecimento de recurso de apelação do réu independente de sua prisão.

Diante desse enunciado sumular, houve absoluta inversão do entendimento da Corte Superior, e a conseqüente superação da sua Súmula nº 9. Igualmente, em decorrência dos novos julgamentos e súmulas editadas, a partir de 2009, a

corrente minoritária nos tribunais superiores auferiu continuamente força, propiciando expansão do contingente de juristas concordes em que *o réu só poderia ser preso após o julgamento do último recurso*.

Porém, mesmo após o entendimento da Corte, *muitos autores se mantiveram ligados ao posicionamento anterior do STF*, como Nelson Gonçalves Cardoso Filho (2014), que explica que em realidade *houve uma interpretação muito expansiva ao princípio da não culpabilidade*,

onde este era utilizado de forma equivocada no sistema judiciário, e aqueles réus que foram julgados possuem uma presunção de culpabilidade bem maior do que de inocência, e não seria certo esperar a condenação definitiva. (CARDOSO FILHO, 2014)

Segundo essa corrente doutrinária, *existia uma interpretação de absoluta intangibilidade do acusado, disseminando, em grande parte da população brasileira, um crescente sentimento de abusiva impunidade*, impulsionado pela nova jurisprudência adotada em 2009 pela Suprema Corte. Nesse sentido, explica Paulo Fernando Silveira (2009) que:

(...) ao acolher o princípio da inocência para excluir a culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (...) a Corte agiu corretamente, não, porém, quando dá a esse princípio uma dimensão de quase absoluta intangibilidade, ao só permitir a prisão do réu- seja na fase de formação de culpa, seja depois da sentença condenatória recorrível-, quando lastreado nos fatos que impõem a prisão preventiva.

Dessa forma, para Silveira, o equívoco não havia sido o entendimento da Corte para excluir a culpabilidade antes do trânsito em julgado, e sim na dimensão *exacerbada dada ao princípio da não culpabilidade*. Assim, da mesma figura, “verifica-se, a toda evidência, que o radicalismo do STF acaba por gerar uma impossibilidade de funcionalismo apropriado do sistema” (ARAÚJO, 2012, p. 22).

Nessa mesma linha de raciocínio, um dos principais autores a discorrer sobre o tema da discrepância interpretativa que permeou o princípio da não culpabilidade e sua aplicação, após 2009, pelas Cortes Superiores, foi o Procurador de Justiça de Minas Gerais, Marcelo Cunha de Araújo, em sua obra “Só é Preso quem quer”, em que comentou:

(...) o entendimento de nosso mais alto Tribunal, o Supremo Tribunal Federal (STF), considera o princípio da presunção da inocência quase de forma absoluta (...) mesmo após a condenação do Tribunal estadual (ou dos Tribunais Regionais Federais — que, por si só, já demora um prazo razoável), o órgão máximo do Judiciário afirma que

o réu deva permanecer solto até o julgamento dos recursos perante os tribunais superiores. (ARAÚJO, 2012, p. 22)

Para tal corrente, que sempre se manteve firme após a mudança de entendimento dos órgãos superiores, “o que a Constituição veda é considerar culpado e não presumir inocentes” (RANGEL, 2007, p. 25).

Importante a visão do acima citado autor, professor universitário e procurador de justiça, Araújo, que em sua obra traz visão aplicada à prática penal, decorrente de considerável experiência no exercício do cargo, ao expor a exacerbação do princípio da não culpabilidade:

(...) na prática processual penal, sabem os que lá operam, além dos cidadãos leigos bem informados, que a garantia de que ninguém é culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória acaba por servir como um escudo protetor muitas vezes intransponível. Tal se dá pela interpretação recorrente e equivocada de que os princípios constitucionais são aplicados na metodologia do ‘tudo ou nada’ e de que eventuais concessões e mitigações à amplitude da garantia significariam, *de per se*, um retrocesso inominável a um regime ditatorial e autocrático, muitas vezes até propalado retoricamente como fascista. (ARAÚJO, 2012, p. 19)

Nesse passo, fica claro para essa corrente, que a mudança dos Tribunais havia sido radical, no concernente à interpretação exasperada do princípio da não culpabilidade, com consequências imediatas na esfera do acusado, colocando-o em situação de intangibilidade, e, ainda, acarretando nocivo resultado reflexo na sociedade, conturbando sua confiança na própria justiça e efetividade da atuação dos demais órgãos responsáveis pela segurança pública.

No mesmo liame de raciocínio, ensinava Pacelli em 2013, discordando do posicionamento da Corte à época que

a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática, na medida em que -sabe-se, a mais não poder- toda decisão dos tribunais superiores, seja para apreciar, seja para rejeitar o cabimento do recurso especial ou extraordinário, pode levar muito mais tempo a tramitação na jurisdição ordinária. (PACELLI, 2013, p. 499)

Nesse sentido também é o entendimento do subprocurador-geral da República Wagner Gonçalves (*apud* SILVEIRA, 2009) que, no ano de 2007, no HC 89.754-BA, já afirmava que,

não permitir a execução provisória, à guisa de esperar o trânsito em julgado de RE e RESP, é consagrar, ‘permissa venia’, a impunidade,

porque a prescrição, que hoje ‘absolve’ inúmeros réus, inviabilizará as ações penais, diante do grande número de recursos possíveis no ordenamento jurídico-penal, aliado à demora do sistema judiciário, diante do volume absurdo de processos.

Reafirmando seu desacordo com a mudança ocorrida em 2009, no STF, relativa ao princípio da não culpabilidade, Paulo Fernando Silveira (2009) já lançava severa advertência:

(...) em face desse entendimento extremamente liberal, o réu, mesmo condenado, normalmente ficará solto por longos anos — o que representa um acinte para a justiça e para os familiares das vítimas — já que os processos criminais, em virtude de seus inúmeros tipos de recursos e o tempo necessário para os seus julgamentos, costumam permanecer nos escaninhos judiciais por dez ou mais anos. Com isso, geralmente ocorre extinção do processo, quer pela prescrição do crime, eventualmente porque o réu alcançou idade elevada, que a reduz pela metade, seja porque morreu, ou, há muito, desapareceu e mudou de identidade. A punição se vier e quando vier (a certeza de punição fica comprometida), já não terá impacto na sociedade, que não a viu ou sentiu em momento oportuno.

Ponderando sobre o exposto, cabe destacar que essa corrente professa abordagem sistêmica, não apenas do princípio da não culpabilidade e seus efeitos, mas correlacionando-o com outros temas de grande valia à justiça brasileira, a exemplo da questão da impunidade, da duração razoável do processo, da sensação de descrédito da justiça e, infelizmente, o uso, por parcela da advocacia, de práticas tendentes à procrastinação processual, com o (nem sempre) velado intuito de atingir a prescrição intercorrente.

O princípio da não culpabilidade, observado sob o prisma do direito comparado, encontra raízes históricas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cumprindo assinalar ser o procedimento criminal do Brasil comparado por renomados autores com o sistema dos Estados Unidos. Silveira (2009) anota:

Nos Estados Unidos, o país mais democrático do planeta, onde os direitos civis são super respeitados, o réu, logo após sua condenação criminal pelo júri (regra) ou pelo juiz singular (exceção), é imediatamente encarcerado e, nessa condição, é que vai exercer o seu direito constitucional de apelação, isto é do livre acesso ao duplo grau de jurisdição (...) sem que isso seja considerado violação de seus direitos individuais perante a Constituição (...). No Brasil, cuja Constituição é, e sempre foi, basicamente, uma cópia da americana (...) ocorre justamente o contrário em que o réu é condenado pelo juiz monocrático (regra) ou pelo júri (exceção). Pelo entendimento vigorante, ele não poderá ser encarcerado enquanto não esgotar seu último recurso, inclusive aqueles que não têm efeito suspensivo, como o

recurso especial interposto perante o Superior Tribunal de Justiça, ou o recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, ou seja, não ocorrerá a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, salvo se decretada a prisão cautelar.

Apesar de não ser muito convencional a comparação de ambos os países no que se refere ao direito, principalmente pelo fato de que nos EUA cada Estado da federação tem liberdade para legislar sobre matéria penal, interessante a conotação de Silveira ao considerar que lá o acusado pode ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal, sem que isso represente violação a seus direitos individuais, enquanto no Brasil existe enorme controvérsia quanto ao tema.

Aflora, nesse passo, evidente conflito de interpretação principiológica, conforme comentam os autores Silveira (2009) e Araújo (2012), aduzindo que na visão jurídica predominante nos Estados Unidos, há preeminência na proteção dos direitos coletivos e sociais, em desfavor dos direitos individuais, na medida em que segrega o acusado para proteção da sociedade, sem que isso configure lesão aos seus direitos, e, somente preso, ser-lhe-á concedida a faculdade de recorrer às instâncias superiores.

Refere-se Araújo (2012, p. 20) à eficiência dos dois sistemas, e conclui pela superioridade daquele em vigor nos EUA:

Atualmente, nos EUA, a regra de se responder ao processo em liberdade passa a ser exceção quando angariam, durante a investigação, elementos suficientes de autoria e materialidade capazes de sustentar a acusação. Nesse momento, em algumas hipóteses, poderá o juiz permitir ao réu responder ao processo em liberdade, sempre mediante o pagamento de uma fiança substancial. Contudo, caso o indivíduo seja condenado em primeira instância, apenas poderá recorrer preso, salvo raríssimas exceções (...) o sistema brasileiro funciona no exato oposto do americano, obtendo, obviamente, quando comparado em termos de efetividade, resultados ínfimos. (ARAÚJO, 2012, p. 20)

Complementando o raciocínio anterior, Silveira (2009) explica que o resultado alcançado nos EUA guarda maior êxito na proteção à sociedade, ao passo que no Brasil “foram adotadas doutrinas e jurisprudência extremistas, que alargaram o princípio da inocência, estenderam o conceito penal de prisão cautelar e elevaram o direito à liberdade individual quase à intangibilidade”.

Dentre os argumentos levantados pela corrente que manteve sua convicção quanto à possibilidade da prisão provisória, cabe destacar a morosidade processual como uma das principais falhas do sistema penal brasileiro. E, assim, distinguem, como fato gerador daquela, o grande número de recursos disponíveis

para a defesa, faculdade, para muitos autores, indevidamente utilizada, visando, principalmente, ao protelamento dos processos.

Deste modo, sobre esses inúmeros recursos disponíveis antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, afirma Silveira (2009) que:

Esses apelos se arrastam morosamente até a sentença transitar em julgado, o que só ocorre muitos anos depois, às vezes com prescrição da ação penal. São contrariados, desse modo, a um só tempo, os interesses manifestos e sobrepujantes da sociedade e os da família da vítima. Gera-se, por isso, a descrença na Justiça, fazendo crescer nos jurisdicionados o sentimento de impotência e a sensação de impunidade.

Os juristas e defensores dessa corrente, sustentam que uma das consequências imediatas da morosidade processual, anteriormente citada, se materializara na própria prescrição intercorrente penal, somando-se a esta a sensação de impunidade na sociedade.

Igualmente ocorrerá o descrédito da Justiça, ou seja, a sociedade começará a se questionar sobre a eficácia do sistema penal, o que é realmente a realidade dos dias atuais do Brasil. Esse descrédito terá mais uma consequência, os chamados “vigilantes”, que ao não se sentirem satisfeitos com a atuação do Estado, atuam com o exercício arbitrário das próprias razões.

A análise desses autores indica que o Brasil, diversamente da maioria da comunidade internacional, é um dos Estados democráticos cuja legislação coloca à disposição da defesa dos acusados o mais vasto elenco de recursos processuais. No julgamento do HC 84.078, decisão prolatada em 05/02/2009, Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram (*apud* ARAÚJO, 2012, p. 24):

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil. Afirmaram, ainda, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil.

No mesmo HC, no que tange ao efeito suspensivo do Recurso Especial e Recurso Extraordinário, em decorrência da interpretação de 2009 do STF sobre a extensão do princípio da não culpabilidade, afirmou o Min. Joaquim Barbosa (*apud* ARAÚJO, 2012, p. 25) que:

Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais (REsp) e Recursos Extraordinários (REs), o processo jamais chegará ao fim (...). No processo penal, o réu dispõe de recursos de impugnação que não existem no processo civil (...) há réus confessos que nunca

permanecem presos (...). Sou relator de um rumoroso processo de São Paulo (...) só de um dos réus foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de minha relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Britto.

As asseverações acima, oriundas da inegável experiência direta do Min. Joaquim Barbosa, denunciam o inadequado manejo do princípio da não culpabilidade, revestido de contorno absoluto e inflexível, agregando-se, ainda, a esse horizonte jurisprudencial e doutrinário, o grande número de recursos disponíveis e as constantes manobras processuais, de caráter nitidamente procrastinatório, arquitetadas por parte dos defensores dos acusados. Em sendo assim, o resultado tende, pode-se dizer, para postergar o resultado dos feitos, conduta que atinge as raias da má-fé processual.

Felipe Gonçalves Gustavo Caires (*apud* ARAÚJO 2012, p. 27) contextualiza o sentimento perceptível, tanto entre os aplicadores do Direito como na própria sociedade civil, ao se referir ao posicionamento do STF após 2009, e lança incisiva advertência:

Se alguém matar ou estuprar ou roubar alguém de sua família, ou se desviar recursos públicos de sua cidade, caso não seja preso em flagrante, e ainda que confesse o crime, em regra apenas será preso depois de sua condenação ser confirmada pela quarta instância, na melhor das hipóteses dez anos depois, até porque na quarta instância (STF) só existem 11 juízes para todo o Brasil, e mesmo assim será preso apenas se o crime não houver prescrito pelo tempo decorrido entre a condenação da primeira instância e a (distante) data do trânsito em julgado daquela condenação.

O quadro anteriormente mencionado, apesar de esboçado com cores fortes e parecer algo irreal, é de conhecimento comum, retratando prática corriqueira, considerada por alguns advogados penalistas como “técnica de defesa processual”, sendo até mesmo ministrada em instituições de ensino. Araújo (2012, p. 16) exemplifica:

Caso a pessoa consiga responder solta (porque não foi presa em flagrante ou foi colocada em liberdade), seus advogados conseguirão fazer com que o processo demore infindáveis anos, já que não poderão mais ser presas até o último recurso possível e imaginável seja interposto (...). A luta da defesa se resume, então, na prática, a dois atos (que seguem paralelos à verdadeira e nobre função da defesa): I- conseguir a liberdade (caso o cidadão esteja preso); II- postergar o processo (quando está solto). (ARAÚJO, 2012, p. 16)

Com propriedade, o autor mencionado (ARAÚJO, 2012, p. 43-47) delinea a morosidade processual brasileira, ao referir-se à reportagem divulgada pelo

semanário “Veja”, na qual é assinalada a indignação popular e a sensação de impunidade imperante na sociedade. A repórter Laura Diniz destrinça o caso do jornalista Pimenta Neves, assassino de sua ex-namorada Sandra, crime perpetrado no ano de 2000, e, mesmo sendo réu confesso, ainda se encontrava solto à época da divulgação da reportagem, em 2009. Segundo o relato, o réu fora condenado, em 2006, por decisão do júri popular, e a sentença confirmada no mesmo ano pelo TJSP. Utilizando-se de novo recurso, desta feita perante o STJ, teve negado seu apelo em 2008. Conforme consta da narração, fora-lhe concedido a faculdade de responder o processo em liberdade, com fundamento no princípio da presunção da inocência. Indignada, a jornalista questiona “que inocência há para presumir, uma vez que ele próprio admitiu que matou Sandra?”

Somente após o decurso de mais três anos, o STF, finalmente, determinou o recolhimento de Pimenta Neves à prisão, todavia, não sem antes ter o condenado manobrado, nas diversas fases e instâncias judiciais, a inconcebível soma de 33 (trinta e três) recursos, durante 11 anos após o fato criminoso.

Ainda na mencionada reportagem citada por Araújo, a jornalista Laura Diniz conclui apontando com aguçada exatidão:

É nesse ponto que concordam conservadores e liberais, advogados e promotores: se os réus não pudessem entrar com dezenas de recursos para tumultuar os processos e a Justiça fosse mais célere, aberrações como a de Pimenta Neves não existiriam. Recursos jurídicos servem para evitar que o acusado seja vítima de arbitrariedades. Mas, no Brasil, frequentemente são usados para fim bem menos nobre: o de perpetuar a impunidade (DINIZ *apud* ARAÚJO, 2012, p. 47).

Felipe Gonçalves Gustavo Caires (*apud* ARAÚJO, 2012, p. 27) perfilha semelhante convicção do antes citado autor, entendendo, à época da mudança jurisprudencial que:

O argumento para a decisão do STF foi a de que a prisão na pendência de recurso ainda não julgado pela terceira e pela quarta instâncias, mesmo já existindo condenação confirmada pela segunda instância, feriria a chamada ‘presunção de inocência’ (...) um argumento ridículo e inconsequente, com todas as vênias, como se a presunção de inocência fosse absoluta e significasse impossibilidade de prender antes de apreciados todos os recursos da defesa (...) se referida presunção fosse absoluta, ninguém poderia ser preso em flagrante, como autoriza a Constituição (art. 5º, LXI), porque quando se prende em flagrante ainda não houve processo nem julgamento, nem sequer na primeira instância, muito menos trânsito em julgado. Ainda, se fosse absoluta, pela mesma razão ninguém poderia ser preso temporária ou preventivamente. Aliás, se fosse absoluta mesmo, ninguém seria preso NUNCA, porque não existe prazo para manejo de revisão

criminal em favor do condenado, de modo que, a rigor, a sentença penal condenatória jamais transita em julgado para a defesa, no sentido de não poder ser mais alterada para beneficiar o condenado.

Uma apreciação rigorosa sobre os verdadeiros destinatários do princípio da não culpabilidade, aliada à reflexão crítica de como efetivamente ocorrem os fatos no universo da população desvalida, sem dúvida a clientela preferencial do braço repressor do aparelho policial/judicial do Estado, conduzirá o observador à inevitável conclusão de que os reais beneficiados desse princípio não são aqueles que dele carecem e, mais grave ainda, são exatamente as pessoas mais desprovidas materialmente que dificilmente serão favorecidas pelo princípio da não culpabilidade para aguardar em liberdade todo o iter processual até o trânsito em julgado do veredito condenatório.

Sedimentando o exposto, elucidava, à época, Araújo (2012, p. 32):

Não são todos os réus que conseguem ter uma assessoria jurídica suficientemente técnica, proativa e influente junto aos Tribunais Superiores, capaz de fazer com que seus recursos sejam admitidos e tenham o trâmite prolongado (por exemplo, com sucessivos recursos cascata — como os embargos declaratórios para ‘aclarar’ o que já foi julgado — que não possibilitam que o processo siga seu trâmite, ficando paralisado). Não são todos os recorrentes que serão representados por causídicos que farão sustentação oral nas sessões de julgamento dos Tribunais Superiores. Em verdade a maioria absoluta daqueles que caem nas teias do sistema criminal não tem condições nem mesmo de contratar um advogado que atuará em primeira instância (sendo nomeado um advogado gratuito para a causa — *ad hoc* —, ou pela Defensoria Pública). Com efeito, verifica-se que, apesar do discurso de que se quer assegurar a todos a ‘presunção da inocência’, impedindo a prisão após o julgamento em 2ª instância, na realidade, apenas alguns grupos de acusados bem específicos serão beneficiados pela interpretação.

Com precisos termos, pronuncia-se Araújo:

Um dos primeiros critérios de diferenciação dos criminosos que efetivamente receberão repercussão do Estado será, portanto, a falta de informações e de assessoria jurídica adequada. O criminoso pobre (...) acabará por se prejudicar por suas próprias palavras (...). Não terá, assim, assessoria jurídica antes do processo para orientá-lo na melhor forma de não produzir prova contra si (...). A partir do início do processo penal, a seu turno apesar da assessoria da Defensoria Pública (...) não há, normalmente, número ou aparato material suficiente para que o trabalho dos defensores seja minimamente comparável àquele das custosas defesas jurídicas privadas. (ARAÚJO, 2012, p. 33)

Em contrapartida, o acusado que possui condições financeiras, ou seja,

o criminoso rico, ao revés, tem informação e o discurso a seu lado. Quando preso por qualquer motivo, orienta-se com seu advogado sobre o que deve e o que não deve falar, dificultando (de forma legal) a produção de prova contra si. Além disso, terá à sua disposição, no decorrer do processo, um profissional não sobrecarregado, capacitado, interessado e bem remunerado para se utilizar de todos os recursos possíveis e imagináveis para garantir-lhe a liberdade. (ARAÚJO, 2012, p. 33)

Da mesma forma, fica confirmado, cotejando os desiguais tipos de acusados, na visão do supracitado procurador de justiça, Marcelo Cunha de Araújo, que os reais beneficiários do princípio da não culpabilidade são os criminosos de “colarinho branco”, ou agentes ativos do “crime de ricos”, e, dificilmente, ou quase nunca, os infratores de ínfima capacidade econômica usufruem da benesse, os quais, frequentemente, permanecem presos alongados períodos aguardando o julgamento.

Cumpram anotar que respeitáveis autores de obras jurídicas, aplicadores do direito e reconhecidos doutrinadores, remanesceram em suas posições frontalmente adversas à jurisprudência do STF, adotada a partir de 2009, citando-se, dentre estes, Pacelli (2013); Silveira (2009); Araújo (2012), os quais pugnavam pela mitigação do multimencionado princípio, dando-lhe interpretação mais consentânea com os interesses da sociedade, mormente em se considerando a conjuntura política, social e de segurança pública vivenciada no Brasil nos últimos anos.

Com efeito, uma série de fatores, como a percepção de impunidade generalizada, o descrédito na justiça, a desenfreada corrupção na esfera política e na classe empresarial, dentre outros elementos desagregadores do tecido social, eram intuídos como sequelas advindas da exacerbação do princípio da não culpabilidade, molestando o país em variados níveis e, até mesmo, ocasionando a desconfiança internacional no mercado brasileiro, afastando investimentos estrangeiros, com nocivos reflexos na economia nacional, em sua totalidade, incluída, nesse ciclo vicioso, a acelerada desvalorização do padrão monetário do país.

Nessa esteira de pensamento, o princípio da não culpabilidade não deveria continuar a ser aplicado com alcance ilimitado. Defendia Pacelli (2013, p. 499) que “o direito, enquanto conjunto de regras há que se manter aberto às exceções, inerentes à complexidade do mundo e à diversidade histórica”. Referindo-se às exceções, sugeria Araújo (2012, p. 18):

A necessidade de mitigação do princípio mostra-se claramente, outrossim, quando um órgão jurisdicional isento se pronuncia pela

culpabilidade do agente e pela necessidade de aplicação da pena (...) com ainda muito mais propriedade, quando uma decisão do Tribunal Estadual é proferida no sentido da condenação do réu, o princípio da inocência deveria ir pendendo aquela força inicial que existia antes. (ARAÚJO, 2012, p. 18)

A força coativa do princípio deveria, portanto, para essa corrente, ir gradativamente perdendo sua intensidade à medida que a decisão penal condenatória fosse apreciada pelos diversos graus de jurisdição, ao invés de manter seu caráter intocável até a confirmação pela última instância.

Finalmente, e como corolário da consistência dos argumentos brandidos pela corrente contrária à demasiada ampliação do conceito da não culpabilidade, o STF, em 2016, retornou ao entendimento jurisprudencial vigorante até 2009.

Como exemplo do uso abusivo do direito de recorrer com a nítida intenção de procrastinar o trânsito em julgado de sentença condenatória podemos citar o caso do ex-Senador L.E., condenado a 31 anos de reclusão pela prática dos crimes de peculato, estelionato, corrupção ativa, uso de documentos falso e associação criminosa - os dois últimos delitos acabaram prescrevendo. Desde 2006, quando foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o ex-Senador já havia interposto mais de 35 (trinta e cinco) recursos, obstando, assim, o trânsito em julgado. Com a mudança de orientação jurisprudencial do STF acerca do assunto, o ex-Senador, enfim recolhido à prisão, em data de 8 de março de 2016. (LIMA, 2017, p. 48)

No novo entendimento do STF, conforme explica Renato Brasileiro de Lima,

em julgamento histórico realizado no dia 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292), e novamente por maioria de votos (7 a 4), o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que se possa objetar suposta violação ao princípio da presunção de inocência, já que é possível fixar determinados limites para a referida garantia constitucional. Não se trata, portanto, de prisão cautelar. Cuida-se, na realidade, de verdadeira execução provisória da pena. (LIMA, 2017, p. 47)

Sobre o mencionado julgamento, explica o delegado William Garcez (2016), que

O ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292, sustentou que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando

o início da execução da pena. Segundo Zavascki, a presunção da inocência impera até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, e o réu passa, então, a presumir-se culpado. A linha de raciocínio do ministro está ancorada no argumento de que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, não se destinam à discussão de fatos e provas, mas apenas matéria de direito, razão pela qual a formação da culpa *lato sensu* já se encontra perfectibilizada. Nessa linha, Zavascki frisou em seu voto que, “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. (GARCEZ, 2016)

Os fundamentos conducentes ao *decisum* do STF, no sentido permissivo do cumprimento provisório da pena, foram sintetizados, com solar clareza, por Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 47-49), *in verbis*:

- a) deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade;
- b) é 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 fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa;
- c) se houver, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fato 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. Faria sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o faz o art. 637 do CPP;
- d) a Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010) expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidos por órgão colegiado;
- e) não se pode afirmar que, à exceção das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrentes de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, haja vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2, §1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Se assim o fosse, a conclusão seria pela prevalência

da regra que dispõe ser meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), visto que os arts. 995 e 1029, §5º do CPC têm vigência posterior à regra do art. 283 do CP. Portanto, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por tribunais de apelação;

f) em nenhum país no mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema;

g) a jurisprudência que assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (CP, art. 117, IV).

h) quanto a eventuais equívocos das instâncias ordinárias, não se pode esquecer que há instrumentos aptos a inibir consequências danosas para o acusado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, como, por exemplo, medidas cautelares de outorga de efeitos suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial (art. 1.029, §5º do novo CPC) e o *habeas corpus*. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente o acórdão condenatório recorrível, o acusado não estaria desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. (LIMA, 2017, p. 47- 48)

Em que pese a mudança da jurisprudência do Supremo, muitos autores e juristas continuam a dissentir do cumprimento da pena condenatória antes do trânsito em julgado, objurgando tratar-se de violação do princípio da não culpabilidade, como Lima:

Com a devida vênia à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que esse novo entendimento contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou não culpabilidade) até o trânsito em julgado (...). (LIMA, 2017, p. 48)

Para ilustrar o fenômeno que vem ocorrendo nos últimos 20 anos, extraído da análise da alternância de entendimento das Cortes Superiores e da rotatividade da compreensão doutrinária, apresenta-se o seguinte noticiário (JORNAL NACIONAL/Rede Globo, 2018), comentando o julgamento no STF, em 2016:

Em outubro de 2016, os 11 ministros mais uma vez se reuniram para julgar o tema e, por seis votos a cinco, reafirmaram o entendimento de que o parágrafo 57 do artigo 5º da Constituição, que diz que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

penal condenatória', não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Os ministros entenderam que, nessa fase, como o mérito da condenação já foi julgado duas vezes, o princípio da presunção de inocência não foi ferido. Votaram a favor os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Votaram contra e ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. (JORNAL NACIONAL, 03/04/18)

No bojo do mencionado julgamento, compulsando-se o voto dos ministros, relativamente à mudança da opinião da Corte Suprema, cite-se o Min. Gilmar Mendes, o qual, em 2009, tendia a patamar mais garantista, passando, logo em seguida, em 2016, a mover-se em direção favorável à prisão após decisão confirmatória da pena em segunda instância.

Não se conhece no mundo civilizado um país que exija o trânsito em julgado. Em princípio se diz que se pode executar a prisão com decisão de segundo grau. Uma coisa é termos alguém como investigado. Outra coisa é termos alguém como denunciado, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém com condenação e agora com condenação em segundo grau. Quer dizer, o sistema estabelece uma progressiva de 'ruição', vamos chamar assim, da ideia de presunção da inocência. E nós sabemos da nossa experiência. Amanhã um sujeito planta um processo qualquer, embargos de declaração, e aquilo passa a ser tratado como rotina a despeito... O processo ainda não transitou em julgado, vamos examinar. E daqui a pouco sobrevém uma prescrição, com todas as consequências e o quadro de impunidade. (MENDES *apud* JORNAL NACIONAL, 03/04/18)

No entanto, logo a seguir, no ano seguinte, 2017, o Min. Gilmar inova sua posição, demonstrando equilíbrio entre ambos os polos, ao conceder *habeas corpus* a um réu condenado em segunda instância, sob o fundamento de que:

Na questão da segunda instância, o meu entendimento, que acompanhei a maioria formada então, é de que nós estávamos dando uma autorização para que, a partir da segunda instância, houvesse a prisão. Portanto, era um termo de possibilidade. Na prática, virou uma ordem de prisão. Para mim é uma grande confusão que nós temos de esclarecer nesse julgamento. Se o juiz a partir da segunda instância pode prender, ele tem de fundamentar, ele tem que dar uma causa, ele tem que explicar por que ele está defendendo a prisão. Se de fato há uma automaticidade, nós já temos um outro quadro. Só aqui nós já temos uma grande confusão. E me parece que é importante o tribunal esclarecer isso de maneira definitiva. (MENDES *apud* JORNAL NACIONAL, 03/04/18)

Após o julgamento do *habeas corpus* mencionado (HC 126.292), várias entidades da sociedade civil, doutrinadores, juristas, aplicadores do direito, não

aquiesceram com a decisão do Supremo, e, destarte, em maio de 2016, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional, ajuizaram as ADCs 43 e 44, com pedido liminar, para questionar a matéria. Interpretando o que fora decidido no julgamento das liminares, explica Lima (2017, p. 50) que:

Em conclusão, convém ressaltar que o teor da decisão proferida no julgamento do HC 126.292 foi confirmada pelo Plenário do STF ao indeferir medida cautelar em duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs 43 e 44), permitindo, assim, a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado, porquanto as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo têm eficácia imediata. Assim, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir efeito imediato do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo. Esse entendimento foi, posteriormente, confirmado pelo Plenário Virtual do STF na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias. (LIMA, 2017, p. 50)

Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, decidiu, por maioria, pelo indeferimento das liminares, assentando que o artigo 283, do Código de Processo Penal, não constitui obstáculo ao início da execução da pena após condenação em segunda instância.

O Ministro Barroso, além de indeferir os pedidos de medida cautelar formulados nas mencionadas ADCs, acoimando-os de carentes de plausibilidade jurídica, expendeu substancial voto, apto a solidificar o entendimento de que o início da execução da pena, logo após o *decisum* do segundo grau de jurisdição, encontra acolhida constitucional:

Em meu voto, defendi a ocorrência de uma mutação constitucional, isto é, de uma transformação, por mecanismo informal, do sentido e do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, apesar da ausência de modificação do seu texto. Na matéria, tinha havido uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Encaminhou-se, porém, para nova mudança sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação. (...) Por todo o exposto, voto no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei no 12.403/2011, para, em juízo de cognição sumária, se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença

condenatória. Além disso, indefiro os pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica. Afirmo, assim, a seguinte tese de julgamento: É legítima a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, devendo-se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal, para excluir interpretação diversa. (BARROSO, STF, 2016)

Em sequência ao julgamento do HC 126.292, em 2016, a Súmula 122, editada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com base nos seguintes precedentes: Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5008572-31.2012.4.04.7002/PR; no HC nº 5019604-48.2016.4.04.0000/RS; HC nº 5020481-85.2016.4.04.0000/PR; e no HC nº 5022302-27.2016.4.04.0000/RS buscou pacificar a matéria, com escudo na novel decisão do STF, apresentada sob a seguinte verbalização:

Súmula 122: Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.

Vê-se, portanto, que a Súmula 122 consolida o entendimento de que a execução da pena deve iniciar assim que encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, independentemente da interposição de recursos, entendimento confirmado em outubro deste ano pelo Supremo Tribunal Federal (TRF-4, 2016).

Por outro lado, mesmo com esse novo entendimento jurisprudencial, adotado pelo STF e outros tribunais, em 2016, a corrente garantista persistiu em afirmar sua convicção antagônica, observando-se que outros juristas e aplicadores do direito remanesciam divididos em torno da questão, quando, em agosto de 2017, novamente o tormentoso assunto retorna ao debate na Suprema Corte, conduzido pelo voto do Min. Gilmar Mendes, ao conceder o HC 146.815, fundamentando a decisão concessiva nos seguintes termos:

(...) Essa conclusão está representada na Súmula 691 do STF, *in verbis*: 'Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar'. É bem verdade que o rigor na aplicação de tal entendimento tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais, em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF. (...) Na hipótese dos autos, à primeira vista, entendo caracterizada situação apta a ensejar o afastamento da

Súmula 691/STF. (...) No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais. (...) Assim, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a concessão do pedido liminar é medida que se impõe. Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de medida liminar, para suspender até o julgamento do mérito deste *writ*, o início da execução provisória da pena a qual o paciente foi condenado (...) (HC 146815, Rel.: Min. Gilmar Mendes, 2017).

No mês seguinte, em voto colidente com a nova posição do STF, o Min. Celso de Mello asseverou no Agravo Interno no Recurso Ordinário em HC 129.663 que:

Acho importante destacar, com vênias à corrente majoritária que se formou nesta Corte, que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, segundo entendo, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer — repita-se — com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (AgR no Recurso Ordinário em HC 129.663, Rel.: Min Celso de Mello, 2017).

O Min. Ricardo Lewandowski, em setembro de 2017, seguindo idêntica linha de raciocínio exposta pelos ministros Gilmar e Celso, deferiu o HC nº 137.063, impedindo a execução provisória da prisão imposta pela Justiça Militar a um oficial da polícia militar do Estado de São Paulo, condenado pelo crime de corrupção, afirmando que:

O texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento', ressaltou. Para o ministro, não se mostra possível ultrapassar a taxatividade dessa garantia prevista no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, pois se mostra um 'comando constitucional absolutamente imperativo. (LEWANDOWSKI *apud* NOTÍCIAS STF, 12/09/2017)

A Advocacia-Geral da União, em parecer encaminhado ao STF, no mês de outubro de 2017, manifestou posicionamento contrário à execução da pena antes de

esgotados todos os recursos, cujo pronunciamento mereceu manchete na *Revista virtual Estadão*:

De acordo com a AGU, ‘a norma constitucional que consagra o postulado da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição) deve ser compreendida como o princípio reitor do processo penal. Essa dimensão de regra de tratamento da presunção de inocência impõe a liberdade do acusado, como regra geral, no decorrer da persecução penal’. (PIRES, 2017)

Em abril de 2018, em decorrência do caso Lula, a opinião da sociedade brasileira e dos juristas, mais uma vez revelou grave fissura ao posicionar-se sobre o tema. O STF ao julgar o HC/152.752 recebeu manifestos contrários e favoráveis à prisão em 2ª instância. Segundo o Jornal Nacional, o documento adverso à execução provisória da pena era subscrito por 3.600 cidadãos, enquanto aquele favorável à prisão continha 5.080 assinaturas, cujas razões, da lavra do promotor de justiça Renato Varalda, alertavam para possíveis e indesejáveis consequências:

A prisão após a condenação em segunda instância é admitida nos Estados Unidos e países da Europa como Alemanha, França e Portugal, e que nada justifica que o STF altere o que vem decidindo, no sentido de que é juridicamente adequado à Constituição o início do cumprimento da pena a partir da decisão condenatória de segunda instância. A mudança da jurisprudência, nesse caso, implicará a liberação de inúmeros condenados, seja por crimes de corrupção, seja por delitos violentos, tais como estupro, roubo, homicídio. (VARALDA *apud* JORNAL NACIONAL, 02/04/2018)

O presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), Roberto Veloso consignou:

A posição da Ajufe é pelo início do cumprimento da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, mas não faremos mobilização ou coleta de assinaturas. (*Apud* HESSEL, 2018)

No início de março de 2018, o Min. Celso de Mello, se manifestou em entrevista a Carolina Brígido e Paulo Celso, do jornal *O Globo*, onde consignou seu posicionamento:

Eu ainda estou fiel à minha posição. É uma decisão que me preocupa como cidadão. A Constituição proclamou a presunção de inocência. Diz, no artigo 5º, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É um retrocesso que se impõe em matéria de direito fundamental (a prisão antecipada), porque a Constituição está sendo reescrita de uma maneira que vai

restringir o direito básico de qualquer pessoa. A Constituição exige o trânsito em julgado. As leis ordinárias exigem o trânsito em julgado. E há um limite, que é o limite semântico. Se a Constituição ou a lei diz trânsito em julgado, é trânsito em julgado, e não decisão de segundo grau que ainda não transitou em julgado. (MELLO *apud* O GLOBO, 2018)

Nada obstante a convicção tornada pública naquela entrevista, no mês seguinte, no julgamento do HC/152.752, paciente Luiz Inácio Lula da Silva, conforme registrado no noticiário *Jornal Nacional*, o Min. Celso de Mello mudou de postura, apresentando as seguintes considerações:

Não se conhece no mundo civilizado um país que exija o trânsito em julgado. Em princípio se diz que se pode executar a prisão com decisão de segundo grau. Uma coisa é termos alguém como investigado. Outra coisa é termos alguém como denunciado, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém com condenação e agora com condenação em segundo grau. Quer dizer, o sistema estabelece uma progressiva de 'ruição', vamos chamar assim, da ideia de presunção da inocência. E nós sabemos da nossa experiência. Amanhã um sujeito planta um processo qualquer, embargos de declaração, e aquilo passa a ser tratado como rotina a despeito... O processo ainda não transitou em julgado, vamos examinar. E daqui a pouco sobrevém uma prescrição, com todas as consequências e o quadro de impunidade. Eu acho que os presídios brasileiros vão melhorar daqui para a frente, porque se descobriu que se pode ir para a cadeia, doutor Kakay (...). Poderá haver erros? Sempre poderá. É possível reverter? Todo dia pode ocorrer isso. Mas também não vamos esquecer que o sistema permite correção. Permite até o impedimento do início da execução da pena com a obtenção de liminar em *habeas corpus*. Não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que nós precisamos, sim, levar em conta não só o aspecto normativo, que ao meu ver legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos a partir do voto do relator, como também, e aqueles que o acompanharam, como também levaram em conta a própria realidade, que permite que exigir o trânsito em julgado formal, transforme o sistema num sistema de impunidade. (MELLO *apud* JORNAL NACIONAL, 03/04/18)

O Min. Alexandre de Moraes, ao acompanhar o voto do decano Min. Celso, entendeu que:

Não é inconstitucional a prisão em segunda instância. Como vossa Excelência disse, não há uma determinação legal, mas também não há um impeditivo. Quem deve decidir sobre isso é o Tribunal de segunda instância, exatamente porque, e esse é o fundamento jurídico que coloco, são primeira e segunda instâncias que podem analisar os fatos, o mérito da questão. Ou seja, primeira e segunda instâncias que podem analisar provas. (MORAES *apud* JORNAL NACIONAL, 03/04/18)

O pronunciamento da Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, alinhou-se ao raciocínio dos supramencionados ministros, e defendeu, no dia 04/04/18, que:

O princípio de presunção da inocência é uma garantia individual importante em todos os países, é importante também no sistema brasileiro. No entanto, apenas no Brasil o Judiciário vinha entendendo que só se pode executar uma sentença após quatro instâncias judiciais confirmarem uma condenação. Este exagero aniquila o sistema de Justiça exatamente porque uma Justiça que tarda é uma Justiça que falha. (DODGE *apud* G1, 04/04/18)

Na sequência, um dia depois, em 05/04/18, sobreveio o julgamento em Plenário do HC 152.752, de Luiz Inácio Lula da Silva, quando, por margem mínima de votos (6 a 5), houve o indeferimento do HC. A maioria dos ministros seguiu a opinião e a fundamentação do Min Edson Fachin, *in verbis*:

Voto pela manutenção da jurisprudência desta Corte, assentando que o princípio da presunção de inocência não se confunde com garantia de imunidade à prisão decorrente de condenação, razão pela qual revela-se compatível com a Constituição Federal o início da execução da pena a partir do esgotamento das instâncias ordinárias, e compreendendo, à luz de uma análise sistemática da Lei Maior e das normas constitucionais que autorizam a prisão anteriormente à própria condenação, que o sentido da presunção de inocência estabelecido no art. 5º, LVII, da CRFB confere ao acusado e mesmo ao condenado os seguintes direitos: 1) não ser obrigado a produzir prova de sua inocência nem a submeter-se a procedimentos voltados a produzir prova contra si mesmo, até o trânsito em julgado da condenação; 2) não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos; e 3) direito à absolvição em caso de dúvida razoável quanto à verossimilhança da acusação formulada, não se podendo interpretar em desfavor do acusado o silêncio da defesa ou a ausência de prova de que o réu é inocente. (HC 152.752, Rel. Min. Edson Fachin, 2018)

Em contraposição à decisão do julgamento pelo STF, o Professor José Afonso da Silva asseverou que

É incompreensível como o grande Tribunal, que a Constituição erigiu em guardião da Constituição, dando-lhe a feição de Corte Constitucional, pôde emitir tal decisão em franco confronto com aquele dispositivo constitucional. (SILVA *apud* RBA, 2018)

Ato contínuo ao julgamento de Lula, o advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, conhecido nos meios jurídico e jornalístico por Kakay, formulou perante o STF, pedido de liminar nos autos da ADC 43, requerendo a liberdade de todos os

condenados em segunda instância que ainda tenham recursos pendentes, mas, logo a seguir, o presidente do Partido Ecológico Nacional destituiu o patrono e demandou a paralisação da ação, apresentando os seguintes argumentos:

Entramos com esse processo em 2016 para reconhecer o direito do cidadão brasileiro, e não para um ou outro político. Ficam *levantando lebre* sobre ele [o processo] toda vez que vem um nome grande do País, (...). Eu defendo que o condenado vá preso até na primeira instância. Nós defendemos a revisão da Constituição e provocamos isso, mas sem pensar, dois anos atrás, que poderia ser o político A ou B que poderia estar precisando disso. Nunca entrei em processo nenhum para defender qualquer político na Lava Jato. (G1, 2018)

Em decorrência da confirmação da prisão de Lula, após o julgamento do HC 152.752, no dia 19/04/18 foi encaminhado ao plenário do STF, pelo Min. Marco Aurélio, a nova ADC 54, elaborada pelo partido PCdoB, tratando justamente da prisão antes do trânsito em julgado em segunda instância:

Na ADC, distribuída por prevenção à relatoria do ministro, o PCdoB defende que uma pessoa só pode ser considerada culpada após o trânsito em julgado, quando se esgotarem os recursos em todas as instâncias, incluindo o STJ e o STF. O partido requereu liminar para impedir e tornar sem efeito qualquer decisão que implique na execução provisória de pena privativa de liberdade sem a existência de decisão condenatória já transitada em julgado. A ação foi proposta pelo jurista Celso Bandeira de Mello, que representa o PCdoB, depois que o ex-presidente Lula teve HC negado pelo STF, que entendeu, por maioria, que a atual jurisprudência da Corte admite a execução provisória da pena logo após o encerramento do processo na segunda instância, não sendo necessário aguardar o julgamento dos recursos nas instâncias superiores. (MIGALHAS, 20/04/2018)

Outro fato relevante, no que diz respeito à antecipação da pena, ocorreu no julgamento do dia 19/04/18, logo após os ministros do STF negarem o recurso na AP 863. O Min. Fachin concedeu prisão domiciliar a Paulo Maluf. Na deliberação restou definido o cabimento de embargos infringentes nos processos de competência originária do STF, desde que existissem, pelo menos, dois votos vencidos, devidamente revestidos de conteúdo absolutório.

O informativo jurídico *Migalhas* repercutiu o tema, em 19/04/2018, dando destaque às considerações expendidas pelo min. Celso de Mello:

São admissíveis embargos infringentes oponíveis a acórdãos majoritários de qualquer de suas turmas, proferidos em sede de ação penal originária, desde que haja dois votos vencidos em favor do réu condenado, ambos consubstanciadores de juízos absolutórios em sentido

próprio, atribuindo ainda, quando for o caso, eficácia suspensiva a essa modalidade recursal quanto à prisão no que concerne à parte da decisão objeto da controvérsia penal e de impugnação em sede de embargos infringentes. (MIGALHAS, 19/04/2018).

Sob apreciação do Supremo Tribunal Federal, com a inclusão recente da ADC 54, às ADCs 43 e 44, o total de três ações com o mesmo objeto. Dimana desta última (ADC 54, autor PCdoB) a contrariedade no que tange ao cumprimento obrigatório, automático e imediato do decreto de prisão determinado pelos tribunais de segunda instância, sem sequer perquirir a necessidade da aplicação da medida, consoante se pode depreender dos fundamentos oferecidos:

(...) a prisão após segunda instância, ainda que permitida, não deve ser automática, pois teria que haver fundamentação indicando sua necessidade. A sigla afirma que essa foi a opinião externada pela maioria dos ministros, até mesmo entre os que defendem a execução antecipada da pena. ‘Apenas os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux acolheram o entendimento de que seria possível determinar, de forma automática, a antecipação da pena após decisão de segunda instância’. (...) Por esse motivo, o PCdoB pede que a súmula 122 do TRF-4 que determina a execução da pena após segunda instância, aplicada a Lula, seja considerada inconstitucional. Além disso, quer que a Corte considere ilegais as prisões iniciadas de forma automática após confirmação da condenação. O pedido é subsidiário à solicitação principal e mais geral, de que todas as penas executadas antecipadamente sejam anuladas. (MARIZ, 2018)

Versando sobre similar matéria, agitada no HC 152.752 e na propositura da ADC 54 pelo PCdoB, foi apresentada em março de 2018 a PEC 410, pelo Deputado Alex Manente (PPS-SP). A proposta pretende deixar de forma expressa na Constituição a possibilidade de prisão automática do réu condenado em segunda instância.

Assim a PEC propõe a substituição do artigo da Constituição em que diz que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ por ‘ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso’. Para Manente, a última possibilidade de reversão de mérito da condenação é a segunda instância, não tribunais superiores. (ESTADO DE MINAS, 28/03/2018)

Nas justificativas à PEC, existe a seguinte fundamentação:

Acreditamos que o princípio da presunção de inocência já está garantido pois, no processo penal, é dever da acusação trazer provas para a condenação do acusado. Mesmo com provas suficientes para a

condenação em primeira instância, ainda assim o réu poderá recorrer pela reforma da decisão. E é nesse momento — no grau de recurso — que se encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado. Os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Portanto, mantida a sentença condenatória, estará autorizado o início da execução da pena. (PEC 410)

Em contraposição à PEC 410, para juristas como Lenio Streck e o criminalista Fernando Augusto Fernandes,

O juiz Sérgio Moro lançou uma campanha pela 11ª medida do MP, a revogação da presunção inocência, que está inscrita em cláusula pétrea, no artigo 5º, LVII, da Constituição. Como não é possível a mudança de cláusula pétrea, o juiz pode estar propondo a revogação da Carta Magna. (FERNANDES *apud* RODAS; POMPEU, 2018)

No mesmo sentido, filia-se Alexandre Gustavo Bahia, Diogo Bacha e Silva e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, quando defenderam que

O que mais impressiona naqueles que, mesmo de boa fé, acreditam na possibilidade de uma PEC desse tipo é não se darem conta de que assumem uma postura ‘não-garantista’, inevitável à leitura axiológica que promovem do direito. E, nesse caso, contra o próprio Alexy, para quem, aliás, há uma primazia dos direitos individuais sobre supostos bens ou interesses coletivos. Assim, com base não apenas no §1º (proibição de emendar a Constituição durante intervenção federal), mas também no §4º, do art. 60, da Constituição, que proíbe sequer ser objeto de deliberação proposta de ementa tendente a abolir direitos e garantias individuais, cabe controle de constitucionalidade da tramitação da PEC 410/2018, seja pela impetração de mandado de segurança por parlamentar, seja por ADPF, para impedir um processo legislativo de reforma constitucional que vulnere o sentido constitucionalmente adequado da presunção de inocência como garantia individual. (BAHIA; SILVA; OLIVEIRA, 2018)

Quanto ao cerne da discussão, exsurge a necessidade de pacificar o cabimento ou não das prisões provisórias, porquanto, atualmente, está plenamente configurada evidente “guerra civil jurista” impedindo alcançar a desejada firmeza de entendimento sobre a matéria. Todavia, cumpre distinguir, no meio dessa conflituosa quadra, juristas que não apenas defendem seu posicionamento, mas propõem medidas adequadas para afastar a dissensão e conduzir ao acatamento das decisões judiciais, como, por exemplo, o Min. Luís Roberto Barroso, ao propor no julgamento das cautelares nas ADCs 43 e 44, em 2016, a edição de súmulas vinculantes dispendo sobre a matéria:

É possível pensar em medidas que favoreçam o cumprimento das decisões do STJ e do STF, como a edição de súmulas vinculantes em matéria penal nos casos em que se verificar maior índice de descumprimento de precedentes dos tribunais. (BARROSO *apud* LEAL, 2018)

No mesmo sentido, arrazoou o Min. Ricardo Lewandowski ao concordar que efetivamente se trata de proposta apta a dirimir divergências na Corte:

As últimas súmulas vinculantes que ditamos foram propostas e dadas aqui, em Plenário, e aprovadas de viva voz pelo eminente Procurador da República. A meu ver, *data venia*, seria uma medida até de economia processual, no sentido amplo da palavra, que nós já procedêssemos imediatamente a essa aprovação. Até porque os integrantes da Comissão de Jurisprudência - e hoje tive a honra de ser cientificado por Vossa Excelência que eu integro essa Comissão - estão todos aqui e que, se tiverem alguma objeção, já se manifestarão desde logo. Portanto, eu encaminharia, com todo o respeito, uma proposta no sentido de que nós já, desde logo, dentro da medida do possível, propuséssemos a redação desta súmula. (LEWANDONWSKI *apud* LEAL, 2018)

Mostra-se forçoso reconhecer que a decisão da presidente do STF, Min. Cármen Lúcia, determinando não colocar em julgamento as ADCs atinentes à matéria, não coopera para a pacificação do dissenso. Deve ser destacado que no próprio julgamento do HC 152.752, de Lula, os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello, até com incomum veemência para o ritual do STF, insistiram com a ministra-presidente para que ela pautasse as ADCs 43 e 44, medida essencial para solucionar o conflito no âmbito da Suprema Corte, instituindo-se o indispensável precedente para reger a matéria.

Diga-se de passagem, e frise-se “na Suprema Corte”, pois, como se demonstrou no decorrer desta exposição, a despeito da recente decisão do pleno do STF, acredita-se que, a discussão quanto ao tema entre os aplicadores e doutrinadores, independentemente do rumo que a corte superior adote no julgamento das ADCs não será sepultada. Apesar de sua obviedade, deve-se registrar a não existência de empecilho para nova e, até previsível, futura mutação do posicionamento da jurisprudência, profundamente condicionada à conjuntura política, social e econômica do país.

A posição da Suprema Corte, admitindo a execução da pena depois da condenação em segundo grau, demonstrou efetividade no sentido de minimizar a sensação generalizada de impunidade das pessoas ricas ou poderosas, reflexo já perceptível no exíguo lapso temporal transcorrido desde sua adoção. Abre-se, com o posicionamento firmado em 2016, um generoso e salutar caminho para o país verdadeiramente tornar-se menos desigual e mais democrático na aplicação da lei

aos seus cidadãos, distribuindo a tão almejada justiça sem discriminação entre os infratores do ordenamento jurídico penal, ou, pelo menos, reduzi-la tanto quanto for possível à atividade humana, considerando-se o estágio atual da civilização. É intolerável a exacerbação da pena cominada ao transgressor pobre e o seu abrandamento, ou, até mesmo, a ausência de punição, quando os criminosos são integrantes das classes sociais privilegiadas economicamente. A lúcida exortação do Min. Barroso para que o STF não se afaste da senda construída no julgamento de 2016, traz visibilidade para os resultados que já estão sendo percebidos pela sociedade brasileira, representando valioso reforço à paz social:

Acho que esta discussão vai se colocar, e vai ser entre muito ruim e trágico se o Supremo reverter a posição. Quando se passou a permitir a execução depois da condenação em segundo grau, pela primeira vez a imensa quantidade de ricos delinquentes que há no Brasil passou a evitar cometer crimes e, depois, a colaborar com a Justiça. Foi a coisa mais importante que aconteceu para se punir a criminalidade do colarinho branco (...). Porque o pobre é preso antes da sentença de primeiro grau, é preso em flagrante, com droga, e não sai mais, antes do primeiro grau. (...) Pedi uma pesquisa no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e se revelou que o índice de absolvição pelo STJ é de 0,62%, menos de 1% dos casos. Portanto, você esperaria o julgamento pelo STJ, o que às vezes leva uma década, por uma hipótese raríssima. O combate à corrupção no Brasil atingiu setores e pessoas que se sentiam imunes e impunes. O que estamos vendo é a reação oligárquica (ao combate à corrupção). A corrupção no Brasil é parte de um pacto oligárquico, celebrado entre boa parte da classe política, boa parte da classe empresarial e boa parte da burocracia estatal, um pacto de saque ao Estado brasileiro, de desvio de dinheiro. (...) E agora há a reação oligárquica ao enfrentamento dessa corrupção. E esta gente tem aliados em toda parte: nos altos escalões dos poderes da República, na imprensa e até onde menos se poderia esperar. (BARROSO *apud* CABALLERO, 2018)

Concluindo, no mesmo sentido do posicionamento do Min. Luís Roberto Barroso, acredito que a mutação constitucional ocorrida em 2016 se mostrou benéfica, principalmente no modo de funcionamento no aparato jurisdicional, e seu consequente reflexo na sensação de impunidade na sociedade, a qual diminui drasticamente, materializando-se, em um dos seus pontos, na valorização da moeda brasileira quanto às demais moedas internacionais, a exemplo do dólar, que teve a maior alta em anos, tudo em consequência do aumento da segurança no mercado financeiro, se tornando mais atrativo para os investidores estrangeiros.

Em realidade, a controvérsia seria arrefecida, mas não eliminada ou superada, com o julgamento das ADCs multimencionadas nesta exposição, que se encontram pendentes de julgamento. Mas, independente disso, já se nota as mudanças positivas do novo posicionamento do STF. Assim, partindo da pressuposição de

que é objetivo do ordenamento jurídico, das leis e da Constituição servir a sociedade, a mutação constitucional ocorrida em 2016 afetou a tecido social de forma positiva.

A segunda conclusão ao final desta exposição, é a no sentido de que, independentemente do posicionamento que a Corte Superior adote no julgamento das ADCs, a discussão quanto à hermenêutica constitucional do princípio da não culpabilidade e seus consequentes efeitos no sistema jurídico brasileiro, persistirá eis que se trata de uma interpretação de acordo com os valores internos, aplicados na interpretação de valores externos, esses últimos materializados na Constituição Federal. A controvérsia prosseguirá.

Referências

- ARAÚJO, Marcelo Cunha. *Só é Preso Quem Quer*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Andrade Cattoni de. Sem presunção de inocência, PEC 410/2018 é inconstitucional. *Consultor Jurídico*. 02/05/18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/opiniao-presuncao-inocencia-pec-410-inconstitucional>>. Acesso em: 06 fev. 2018.
- BEZERRA, Raquel Tiago. *Limite do Princípio da Presunção de Inocência*. 2003. Monografia de Pós-Graduação (Curso de Direito) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador.
- BIZERRA, Fernando. *Manifestaciones massivas en Brasil ante el “juicio final” de Lula da Silva*. 04 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/internacional/2018/04/04/5ac4c366ca4741493a8b45c2.html>>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *TRF4 publica novas súmulas na área de Direito Penal*. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12527>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. HC 84252. RJ 2007/0128725-2, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Rel. para acórdão Min. Menezes Direito, Quinta Turma. *DJ* 06/05/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. *Conjur*. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. 2016. Voto do Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula*. 05/04/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nos Embargos Declaração no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 129.663 Rio Grande do Sul. *Conjur*. 25/08/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/execucao-provisoria-exige-fundamentacao.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC 126.292/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 137.063*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137063.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99891/SP. Rel. Min. Celso Mello, j. em 15.09.2009, Segunda Turma. *DJ* 17/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 146.815*. 22/08/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-monocratica-instancia.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 152.752*. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. 05/10/16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro afasta execução provisória de pena por ofensa à presunção de inocência*. 12/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=355453>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

CANÁRIO, Pedro. STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. *Conjur* 17/02/16. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CABALLERO, Miguel. Para Barroso, será entre “muito ruim e trágico” se STF mudar posição sobre prisão após 2ª instância. *O Globo*. 22/02/2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/para-barroso-sera-entre-muito-ruim-tragico-se-stf-mudar-posicao-sobre-prisao-apos-2-instancia-22424318>>. Acesso em: 06 maio 2018.

CARDOSO FILHO, Nelson Gonçalves. O princípio da presunção de inocência como elemento gerador de impunidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3125, 21 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20912>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

ESTADO DE MINAS. *Deputado protocola PEC que permite prisão de condenados na 2ª instância*. 28/03/2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/03/28/interna_politica,947304/deputado-protocola-pec-que-permite-prisao-a-condenados-na-2-instancia.shtml>. Acesso em: 04 maio 2018.

FRANCO, Ricardo Cesar. Prisão como requisito para apelação: recepção do art. 594 do CPP pela Constituição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3922, 28 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27139>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

GARCEZ, Willian. Presunção de Inocência na visão do STF: o Julgamento do HC126.292. *Jus Brasil*. 2016. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/apresuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>>. Acesso em: 04 maio 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8334>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

G1 GLOBO. *Um dia antes de julgamento de recurso de Lula, Dodge diz que Justiça que tarda é justiça que falha*. 03/04/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-dia-antes-de-julgamento-de-recurso-de-lula-dodge-diz-que-justica-que-tarda-e-justica-que-falha.ghtml>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

HERMIDA, Xosé. El Tribunal Supremo de Brasil aboca a Lula da Silva a si inminente ingresso en prision. *El País*. São Paulo, 5 abr. 2018. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2018/04/05/actualidad/1522884135_365958.html>. Acesso em: 13 abr. 2018.

HESSEL, Rosana. Promotores e juízes fazem baixo-assinado a favor da prisão em 2ª instância. *Estado de Minas*. 31/02/2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/03/31/interna_politica,948055/promotores-e-juizes-fazem-abaixo-assinado-a-favor-da-prisao-em-2-inst.shtml>. Acesso em: 05 abr. 2018.

IG SÃO PAULO. *Partido demite advogado que pediu liminar que pode favorecer Lula no STF*. 10/04/18. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2018-04-10/stf-pen-prisao-segunda-instancia.html>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

JORNAL NACIONAL. G1 GLOBO. *Em 2016, Supremo decide que pode haver prisão após segunda instância*. 03/04/18. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/em-2016-supremo-decide-que-pode-haver-prisao-apos-segunda-instancia.html>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

JORNAL NACIONAL. G1 GLOBO. *Supremo recebe manifestos contra e a favor de prisão em 2ª instância*. 02/04/2018. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/supremo-recebe-manifestos-contras-e-favor-de-prisao-em-2-instancia.html>>. Acesso: 28 abr. 2018.

LA CAPITAL. *El caso de Lula, entre el derecho a la presunción de inocencia y la impunidad*. 01 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.lacapital.com.ar/el-mundo/el-caso-lula-el-derecho-la-presuncion-inocencia-y-la-impunidad-n1582195.html>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

LEAL, Saul Tourinho. *Prisão em segunda instância: A hora do STF*. *Migalhas*. 2/04/18. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ConversaConstitucional/113,MI277547,91041-Prisao+em+segunda+instancia+A+hora+do+STF>>. Acesso em: 03 maio 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *O STF e a execução provisória de pena*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2581, 26 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17036>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

MANENTE, Alex; e outros. *PEC 410*. 27/03/18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pec-410-execucao-antecipada-pena-prisao.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2018.

MARIZ, Renata. *PCdoB pede no STF fim de prisões após a condenação em 2ª instância*. *O Globo*. 18/04/2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/pcdob-pede-no-stf-fim-de-prisoes-apos-condenacao-em-2-instancia-22606088>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millennium, 2003. Vol. II.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Presunção de inocência e direito à ampla defesa*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/163>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A execução bprovisória da sentença penal*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 743, 17 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7012>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

MIGALHAS. *Marco Aurélio encaminha nova ADC sobre prisão em 2ª instância ao plenário do STF*. 20/04/18. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI278826,71043Marco+Aurelio+encaminha+nova+ADC+sobre+prisao+em+2+instancia+ao>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MIGALHAS. *Fachin Concede prisão domiciliar de ofício a Maluf*. 19/04/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI278793,91041-Fachin+concede+prisao+domiciliar+de+oficio+a+Maluf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Mario. *Recurso especial e recurso extraordinário: a tutela do direito objetivo*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4152, 13 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30012>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O artigo 594 do CPP. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2469>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIRES, Breno. Governo Defende rever prisão após 2ª instância. *Estadão*. 14/10/17. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,governo-defende-rever-prisao-apos-2-instancia,70002043514>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RBA. REDE BRASIL ATUAL. *Jurista diz em parecer que prisão em 2ª instância viola gravemente a Constituição*. 03/04/18. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/04/lula-parecer-de-jurista-diz-que-prisao-em-2a-instancia-viola-gravemente-a-constituicao>>.

RBA. REDE BRASIL ATUAL. *Celso de Mello prevê revisão da prisão em segunda instância*. 04/03/2018. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/03/celso-de-mello-preve-revisao-da-prisao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

ROCHA, Ricardo de Lima. *Direito de Apelar em Liberdade: Regra ou Exceção?* 2003. Monografia (Curso de Direito) – Universidade Federal do Ceará (UF-CE), Fortaleza.

RODAS, Sérgio; POMPEU, Ana. Deputados apresentam PEC para autorizar prisão em segunda instância. *Consultor Jurídico*. 28/03/18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-28/deputados-apresentam-pec-autorizar-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 04 maio 2018.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Prisão depois de transito em julgado gera impunidade. *Consultor Jurídico*. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-09/prisao-condenado-depois-transito-julgado-amplia-impunidade>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

TEIXEIRA, Matheus. Gilmar Mendes concede primeiro HC contra prisão após segunda instância. *Conjur*. 23/08/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-23/gilmar-concede-primeiro-hc-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 04 maio 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MELO, Diogo Fortunato. Princípio da não culpabilidade na Constituição Federal: colisões hermenêuticas na jurisprudência brasileira. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 209-243, abr./jun. 2018.
