

INTRODUÇÃO

O artigo 5º, LVII da Constituição Federal aduz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, estampando, portanto, a garantia constitucional do “princípio da presunção de inocência”.

O entendimento da Suprema Corte brasileira, seguia a percepção de que, a prisão decorrente de condenação, pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em que pese a compreensão amplamente defendida nas decisões do Pretório Excelso, no julgamento do Habeas Corpus 126.292 o STF modificou o posicionamento já há muito consolidado, possibilitando a prisão a partir da decisão de segunda instância, que ratifique sentença penal condenatória (HIRECHE; SANTOS 2016).

O entendimento, que inclusive provocou reações diversas entre os ministros, é tratado, conforme vasto posicionamento doutrinário, como expressão do Direito Penal de Emergência, além de dotar-se do caráter de consequencialidade (HIRECHE; SANTOS 2016).

Como objetivos, o presente trabalho busca Analisar, à luz do princípio da presunção de inocência, corolário o Estado democrático de Direito, a incoerência da execução provisória da pena no âmbito do Direito Processual Penal, estabelecida no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus 126.292.

Ademais, há o escopo de apreciar o Princípio da presunção de inocência e sua evolução enquanto fundamento de um Estado Democrático de Direito. Também, busca-se realizar uma análise da modificação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292 além de expor que, a adoção do novo entendimento, consiste em desdobramento do Direito Penal emergencial, simbólico e consequencial, gerando repercussões desastrosas, inclusive no plano prisional.

Valendo-se do estudo de doutrina nacional e estrangeira, relativa ao tema a ser abordado, se buscará trazer à discussão os aspectos controvertidos que versam sobre a execução provisória da pena e seu reflexo ante o princípio da presunção de inocência, bem como a questionável e recente decisão do STF sobre a matéria, em sede de Habeas Corpus.

A pesquisa sobre o tema abordado será predominantemente bibliográfica e documental, uma vez que, se realizará a partir de material já elaborado como livros, artigos científicos, revistas, publicações periódicas e impressos diversos referentes à matéria, sem se furtar de fornecer uma contribuição pessoal para este relevante problema, objetivando a solução de conflitos relativas à questões socialmente relevantes inseridas no tema proposto.

Os dados que embasarão a pesquisa serão coletados mediante a interpretação analítica das fontes utilizadas. A pesquisa poderá ser classificada como dogmática, tendo em vista seu objetivo de propor ao princípio da presunção de inocência e a repercussão do HC 126.292.

Assim, pretende-se contribuir para o conhecimento de toda comunidade, seja ela jurídica ou não, propiciando uma visão crítica, direcionada ao mais novo entendimento do STF, referente ao princípio da presunção de inocência, com um enfoque histórico, jurisprudencial e jurídico-dogmático. Outrossim, objetiva-se possibilitar o aperfeiçoamento do debate, através dos meios possíveis.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SUA INTRODUÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Para uma análise acurada do princípio da não culpabilidade, bem como o aprofundamento da temática em tela, imprescindível se mostra uma breve abordagem sobre o que venha a ser “princípio” e sua fundamental participação para o mundo jurídico (SILVEIRA; MARTINS, 2014. p.3).

Em exame aos conceitos de regras e princípios, Virgílio Afonso da Silva , (2014. p. 64), em seu trabalho, pactuando com as concepções de Alexy, compreende os princípios como mandamentos de otimização, como norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*, e regras, como normas que garantem direitos ou impõem deveres definitivos. Leciona Alexy (2015, p. 87) que a distinção entre regras e princípios é, basicamente, distinção entre duas espécies de normas, e, dentre os diversos critérios para se realizar tal distinção, o que melhor se aplica é o da generalidade. Conforme esse critério, princípios são normas com grau de generalidade alto, enquanto as regras gozam de generalidade relativamente baixa.

Como mandamentos de otimização, Alexy (2015, p. 90-91) assevera serem os princípios caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados. A medida devida de satisfação, para o doutrinador, não depende somente das possibilidades fáticas, mas também, das possibilidades jurídicas.

A presunção de não culpabilidade, princípio fundamental de civilidade, na acertada colocação de Ferrajoli (2002, p. 441), representa o fruto de uma opção garantista, favorável à “tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. Consoante Luigi Lucchini citado por Ferrajoli (2002, p. 441), trata-se de “um corolário lógico do fim racional consignado ao processo”, bem como a “primeira e fundamental garantia que o

procedimento assegura ao cidadão: presunção *juris*, como sói dizer-se, isto é, até prova contrária”.

À luz dos conceitos acima aduzidos, pode-se, categoricamente, afirmar que, o princípio da presunção de inocência ausentou-se das relações humanas durante a pré-história (FARACHE, 2015). Entrementes, prevaleciam reações espontâneas, impulsos de retaliação, que implicavam no emprego da força exacerbada. Tais excessos retributivos importavam no surgimento de renovadas necessidades de retaliar, gerando um cadeia de vinganças e comprovando, através da ausência de mecanismos de controle, o afastamento da presunção de não culpabilidade. (CÂMARA, 2008 p.23).

Para parte da doutrina, incluindo Lopes Junior apud Silveira e Martins (2014, p.3) e Ferrajoli (2002, p. 441), a origem do princípio em tela, remonta ao Direito Romano Há ainda quem entenda pelo aparecimento durante o período absolutista, precisamente no século XVIII, tratando-se de uma resposta do povo contra as atrocidades cometidas pelo Estado, na pessoa do monarca (FARACHE, 2015).

A presunção de inocência restou completamente invertida pelas práticas inquisitórias, desenvolvidas na Baixa Idade Média. Como fundamento do alegado, relembra-se que, no processo medieval, a ausência da prova equivaleria a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais branda. (FERRAJOLI, 2002, p. 441)

Com a ascensão da burguesia e o advento do movimento iluminista, proposições liberais se recrudescem e o Processo penal passa a centralizar novas discussões. O Marquês de Beccaria, mormente por sua obra, “Dos delitos e das Penas”, trouxe importantíssimos ensinamentos sobre o princípio da presunção de inocência, que passou a integrar o sistema processual de diversas nações (FARACHE, 2015, online). A Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão revela o destaque adquirido (SILVEIRA; MARTINS, 2014. p.3).

O artigo 9º dessa declaração estatuiu, que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. É lúdimo salientar que, no ano de 1948, a presunção de inocência consagrou mundialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela ONU. (SILVEIRA; MARTINS, 2014. p.4).

Vejam os artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948):

Art. 11. 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

No plano interno, o princípio da presunção de inocência consagrou-se, expressamente, com o advento da Constituição de 1988, restando estabelecido, em seu art. 5º, LVII, que ninguém poderá ser considerado culpado até “o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, apesar de sua discussão ser anterior. MENDES e BRANCO apud SILVEIRA e MARTINS (2014. p.4) trazem como exemplo um julgado de 1976 em que o STF reformou a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, afirmando a inconstitucionalidade de uma norma que estabelecia a inelegibilidade de cidadãos que estivessem respondendo a processo crime.

Observa-se, portanto, que a garantia de que a culpabilidade se estabelece em momento posterior ao trânsito em julgado de decisão penal condenatória, para fins de execução de pena, constitui uma conquista da Constituição cidadã, que se sobrepõe a mera comprovação da culpa, prevista, inclusive, na Convenção Americana sobre direitos Humanos, em seu art. 8º § 2º, da qual o Brasil é signatário. (MASI, 2016a)

Constitui-se o princípio da presunção de não culpabilidade, nessa trilha, uma norma garantidora do Estado Democrático de Direito, ensejando, como via de regra, que o acusado responda o processo em liberdade, comportando exceção, quando da prisão por interesse processual, não figurando esta como antecipação da culpa. (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SÃO PAULO, 2007)

ENTENDIMENTO ANTERIOR DO STF RELATIVO AO TEMA E O RECENTE OVERRULING

O Supremo Tribunal Federal, como sabido, é o órgão de cúpula do Judiciário, competindo a ele, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, conforme preceitua o art. 102 da Carta Magna (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011). Na jurisprudência pátria, discutia-se a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória, quando pendente de recurso extraordinário e especial. Junto ao Supremo Tribunal Federal, admitia-se tal posicionamento por parte da 1ª turma. A segunda turma, por seu turno, defendia ser inadmissível o cumprimento antecipado da pena, entendendo constituir-se grave afronta à presunção de inocência. (PESSOA; CARDOSO, 2009, online)

No HC 84.078-7, o STF foi instado a se manifestar e, em 2009 assentou o entendimento pela impossibilidade de execução provisória da pena. O Habeas Corpus em comento, pleiteava o direito de recorrer em liberdade. Sobre o caso, vejamos:

O Habeas Corpus em questão foi interposto por Omar Coelho Vítor, em que pleiteava o direito de recorrer em liberdade. Depois de ter sido condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigo 121, §2º, I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código penal), e ter sua condenação confirmada pelo Tribunal, interpôs recurso especial. Devido ao efeito não suspensivo desse recurso, o STJ havia negado o direito de recorrer em liberdade, tendo então, sido interposto o HC ao STF, cuja decisão a ser proferida pela 2ª Turma foi submetida ao Plenário. O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. (PESSOA; CARDOSO, 2009)

Quanto ao conteúdo do julgado, imperativo se faz transcrevê-lo, a fim de demonstrar o brilhante posicionamento da suprema corte:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. [...]

4. Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual” (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Após consolidada conquista, em artigo, o ministro Gilmar Mendes (2015) já apontava para uma possível mudança de entendimento e demonstrava, inclusive, ser favorável à revisão do tema ante um novo enfrentamento da questão.

Infelizmente, após anos de vitória do garantismo e da presunção de inocência, destacando-se a aguerrida defesa, sempre protagonizada pelo do ministro Marco Aurélio (MENDES, 2015), o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Habeas Corpus 126.292, modificou seu posicionamento, possibilitando a prisão a partir da decisão de segunda instância confirmatória de sentença penal (HIRECHE; SANTOS 2016, online).

Operou-se, assim, um verdadeiro e trágico *overruling*. Tal instituto é verificado, quando há uma superação total do precedente, porquanto este pode ser revisto a qualquer tempo, embora não ocorra com muita frequência. Difere-se da coisa julgada, uma vez que, esta é indiscutível, podendo apenas ser revista mediante rescisórias. (LOURENÇO, 2011)

Necessário se mostra aqui, também, conceituar o precedente, a fim de clarear a abordagem. O precedente se forma a partir da decisão judicial, mas dela se desvincula ao constituir a sua própria *ratio decidendi*, ou seja, as suas razões de decidir, revelando um princípio jurídico utilizado como paradigma para situações análogas. Entende-se que, não é o precedente que deve ser respeitado pelos magistrados, mas, sim, os seus elementos, sendo estes, a tese jurídica emanada ou a teoria formulada pelo juiz para o caso concreto. (FACÓ, 2015, p.11)

No caso, ensejador da mudança de entendimento, um homem restou condenado por um crime de roubo qualificado, à pena de 5 anos e 4 meses de prisão em regime inicial fechado, aguardando o trânsito em julgado da sentença em liberdade. O Tribunal de Justiça de São Paulo, após negar provimento ao recurso de Apelação, determinou a prisão. O Superior Tribunal de Justiça, após ser provocado por via de Habeas Corpus, manteve a prisão. Sendo o caso levado ao STF, houve a concessão da liminar para soltar o réu e o caso foi afetado ao pleno (MASI, 2016a)

O relator, Ministro Teori Zavaski, asseverou que, até confirmação da sentença penal pela segunda instância, deve o réu ser presumido inocente. Exaurido esse momento, segue-se, também, esgotada a presunção de não culpabilidade, porquanto os recursos excepcionais cabíveis não possuem o condão de rediscutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito, cabendo ao Supremo a apreciação de recursos com repercussão geral, extrapolando os interesses das partes. (MASI, 2016a)

Para Aury Lopes Junior (2016), tal raciocínio externa um duplo erro. Necessário se faz, na visão do autor, a compreensão de “culpabilidade normativa” e “culpabilidade fática”.

O modelo norte-americano de processo penal assenta-se no paradigma do controle social do delito estruturado sobre um conceito operacional de culpabilidade fática. O modelo nacional, por seu turno, estrutura-se na culpabilidade normativa, ou conceito jurídico de culpabilidade, repousado na presunção de inocência, permitindo se falar em culpado apenas após a imutabilidade da condenação. Nessa linha, para Aury, contrapondo-se ao exposto pelo ministro Teori, e em relação ao caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário, leciona:

E o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário? Em nada afeta, porque o caráter ‘extraordinário’ desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o ‘tratamento de culpado’. A essa altura, não preciso aqui explicar o que seja trânsito em julgado, coisa julgada formal e material, mas é comezinho e indiscutível que não se produz na pendência de (qualquer) recurso...

Salienta-se, ainda, que, a lei 8.038/90 e o Código de Processo Penal, versando sobre recursos extraordinários, não lhes atribuíam efeito suspensivo. Entretanto, o ministro Eros Grau, no julgamento do Habeas Corpus 90.645, já evidenciara a necessidade de trânsito em julgado para a execução da pena. (HIRECHE; SANTOS 2016)

Restaram vencidos os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Rosa Weber. Em dados apresentados pelo min. Celso de Mello, 25% dos recursos criminais que chegam ao Supremo Tribunal Federal são providos, revertendo uma decisão condenatória injusta.

Em apertada síntese, a mudança de orientação do STF entende que, não se faz necessário aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a execução da pena (MASI, 2016a). É lícito salientar que, em países como Canadá, Estados Unidos, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina e Inglaterra, é admitido o início de cumprimento de pena a partir da sentença judicial, contudo, suas constituições não estabelecem a exigência do trânsito em julgado para isto. No plano nacional, a decisão do HC 126.292 consagra a presunção de culpa, extinta desde a lei 5.941/1973, conhecida como “lei Fleury”, e escamoteia o artigo 5º, LVII da CRFB que assegura a presunção de não culpabilidade “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (MASI, 2016a).

EVIDÊNCIAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DE EMERGÊNCIA E SUAS REPERCUSSÕES

Ao modificar seu entendimento, entendendo pela “execução penal provisória”, o STF escreve mais um capítulo para a concretização da emergencialidade do sistema penal. Nesse diapasão, o consequentialismo atinge níveis preocupantes (HIRECHE, 2016). Nas palavras de Gamil Föppel El Hireche (2011, p. 69), a consequentialidade é uma das marcas do Direito Penal. Contudo, nos últimos anos, situações de crise, mais acentuadamente, tem se tornado justificativa para quebra de garantias há séculos conquistadas. A consequentialidade do sistema penal, portanto, reside na formulação de posturas incriminadoras como respostas à momentos de crise, de emergência (HIRECHE, 2011, p.24)

É verdade que vivemos em uma sociedade complexa, em que o risco encontra-se em todos os lugares, atingindo a todas as atividades de forma indiscriminada (LOPES JUNIOR, 2005 p. 49). Ulrich Beck citado por Guivant (2001, p. 95), criador da teoria da sociedade de risco, possui como ponto nevrálgico de sua obra a ideia de que a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, deslocou-se para a sociedade de risco, tornando a distribuição dos riscos não correspondentes às diferenças sociais, geográficas e econômicas típicas da primeira modernidade. Consoante BECK em citação de Guivant (2001, p. 27), a sociedade do risco é estabelecida por três características, a saber: a) os ofendidos não são determinados por critérios espaciais, temporais ou pessoais; b) Impossibilidade de imputação conforme as regras vigentes sobre causalidade, culpabilidade e responsabilidade; c) Não são objeto de um seguro.

Ocorre que, o Direito permanece alheio às mudanças ocasionadas pela velocidade da sociedade de risco e, acaba por criar mecanismos artificiais para tentar acompanhá-la. Por consequência, o processo penal e o Direito Penal acabam por se manifestar dotados de uma simplificação procedimental, ensejando uma relativização de determinados princípios antes intangíveis (MASI, 2016b).

Daí porque se falar em emergencialismo ou “cultura emergencialista”, externada pelas tentativas de mesclar papéis de antecipação de pena, de acertos com a meios de comunicação, com o escopo de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais. (MOCCIA apud KAPPEL, 2007, p. 2)

Incontestemente é que, a mídia desempenha uma função propagadora e de reforço relativa aos ideais de emergencialidade penal, transmitindo imagens oblíquas da realidade, que geram percepções irreais ou sensação de impotência. Cria-se, portanto, uma sensação de insegurança

subjetiva maior que o risco objetivo, estabilizando medos pré-existentes. (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 39-40).

Na explanação de Silva Sanchez (2013, p. 37), a participação midiática gera uma insegurança sentida que não corresponde de modo exato ao nível de existência objetiva de riscos, sendo assim *“más bien puede sostenerse de modo plausible que, por muchas y muy diversas causas, la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos”*. Como conseqüência, busca-se um alargamento da tutela penal de forma a finalizar a angústia oriunda da sensação de insegurança.

Sobre a influência midiática, cumpre mencionar os últimos acontecimentos no âmbito nacional, relativos à justiça criminal e ao processo penal, mormente a intitulada operação “lava jato”. Os mecanismos de comunicação vêm no desenrolar da investigação um verdadeiro espetáculo e demonstram, conforme explanado alhures, a influência que a mídia desenvolve sobre o clamor público que, tem no recrudescimento das medidas encarceradoras e no direito penal máximo a melhor resposta.

Ante as recorrentes prisões cautelares e conduções coercitivas apresentadas pela “Lava Jato” – apesar de não serem objeto do presente trabalho, demonstram a influencia da mídia no discurso de criminalização – impulsionadas pelo “clamor social” adverte, acertadamente, Lenio Streck (2016a), que de grão em grão se identifica um retrocesso no Estado democrático de Direito. Segundo o autor, para prender basta dizer a “palavra mágica: clamor social e garantia da ordem pública”.

Na brilhante lição de Ferrajoli citado por Hireche (2011, p. 68), nos últimos 20 anos, a política criminal adotada, externa-se como uma política de emergência, não amparada por qualquer desenho teórico e privada de todas as dimensões axiológicas, resultando em um direito penal Máximo, inflacionário e inefetivo e em uma justiça que “golpeia reiteradamente o pequeno desvio”. Ainda sobre o penalismo de emergência, reitera:

Uma política caracterizada em todos os níveis por uma fuga de responsabilidade que se expressa num conjunto de delegações à prisão. A doutrina penalística parece haver abdicado de seu papel crítico e projetual de suas origens iluministas e se contenta hoje, em nome de um manifesto juspositivismo, em contemplar a legislação existente. A legislação, privada de uma remissão axiológica e vinculada unicamente à política conjuntural, abdicou, por sua vez, da finalidade de escolher os bens fundamentais merecedores de tutela penal, despejando sobre a jurisdição funções de controle sobre as infrações mais variadas, inclusive aquelas que deveriam estar sujeitas a controle político e administrativo. A jurisdição finalmente delegou por sua vez a determinação concreta da pena na fase de execução, confiando a finalidade de adequar o conteúdo e a duração à improvável valorização da personalidade do condenado e às contingentes exigências do governo do cárcere. (FERRAJOLI apud HIRECHE, 2011, p. 68-69)

Pontua Moccia citado por Kappel (2007, p. 4) que, “o emergencialismo, em outras palavras, gerou o uso simbólico do direito penal em nome de uma presumida política criminal de eficiência, que acabou por suplantiar a busca de soluções de política social geral bem mais eficientes”.

Sobre o Direito penal emergencial, também chamado simbólico, e sua relação com a esfera legiferante, discorre Claus Roxin:

O ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem ser vir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater situações indesejadas.

No âmbito processual penal, Aury Lopes (2004, p.170), opondo-se aos mecanismos simbólicos e emergenciais que objetivam a aceleração do processo penal, aduz que a “urgência é um grave atentado contra a liberdade individual”. Por ser o processo penal, na visão do autor, um instrumento para viabilizar às partes a mais ampla garantia dos direitos fundamentais, deve desenvolver-se desacelerado, para que o calor dos fatos e das paixões se amenizem, possibilitando uma racional cognição.

Imprescindível recorrer ao brilhante pensamento de Fauzi Hassan Choukr (2002, p.05), para quem a emergência penal vincula-se as manipulações ideológicas que desencadeia a mitigação direta ou indireta de garantias fundamentais estatuídas no pacto da civilidade, devendo ser esta entendida não apenas nas normas internas de nível constitucional, mas em toda legislação supranacional (CHOUKR, 2002, p. 06).

Para Choukr (2002, p.09) o sistema emergencial origina um sistema repressivo, que (re)legitima o direito penal estatal, perdido diante da criminalidade causadora de caos, orientação esta, fundada no discurso oficial das instancias formais de controle. Nessa trilha, “a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo”, torna-se “a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada garantismo” (CHOUKR 2002, p.48).

Nessa senda, cumpre destacar que, ante leis dotadas de simbolismo e emergencialidade o juiz desenvolve um papel fulcral, afastando de forma imparcial e desapaixonada, aquilo que se desvia das garantias fundamentais. Adverte o ilustre doutrinador Luis Roberto Barroso, que a função do juiz, ante leis elaboradas por representantes populares deve ser contramajoritária. Sobre o tema, vejamos:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. [...] Sem embargos de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder que seja desempenhado por agentes público selecionado com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservados das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.[...]. A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como contramajoritário: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. (BARROSO, 2011, p.385-386)

Retomando o raciocínio, relativo à decisão do STF no Habeas Corpus 126.292, mostra-se clara, ante as reflexões aventadas, que o entendimento afigura-se um apelo desmedido ao direito penal simbólico, emergencial e consequencial.

Com a alteração jurisprudencial, o ajuizamento de recurso extraordinário e especial não tem mais o condão de obstar o encarceramento do acusado, rasgando a garantia da presunção de inocência e permitindo o cumprimento de pena ainda em sede de discussão (HIRECHE; SANTOS, 2016).

Dentre os argumentos utilizados no julgamento, apresentou-se como fundamento ao atendimento ao clamor popular, restando claro que, sobre o frágil pressuposto de se ouvir a sociedade, o Supremo Tribunal Federal malferiu garantias constitucionais (HIRECHE; SANTOS, 2016). Olvidou-se que, a execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil (LOPES JR, 2016). Ora, a execução provisória tão útil no campo extra penal, evidencia-se como uma verdadeira aberração no âmbito penal (HIRECHE; SANTOS 2016).

Falaciosa, também, se faz a tentativa de se justificar a decisão invocando direito comparado. Salienta Aury Lopes Junior (2016) que as invocações desconsideram as inúmeras diferenças entre os sistemas jurídicos, que começam na investigação preliminar, passando pelo sistema recursal, até o sistema carcerário. Nas colocações do autor, nos Estados Unidos o modelo é policial, possuindo mais de 17 mil agências policiais. Na França, por seu turno, o modelo é de juiz de instrução e, na Alemanha, vige o modelo do promotor investigador, realidades, portanto, totalmente distintas da brasileira. Extraí-se, ainda, o seguinte:

Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois, são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê – ao contrário das invocadas – a presunção de inocência ATÉ o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável.

Outrossim, as lições mais básicas de processo declaram que o trânsito em julgado somente ocorre após o último recurso possível (HIRECHE; SANTOS 2016). Portanto, impossível afastar a presunção enquanto estejam pendentes recursos extraordinários e especiais. Resta clara mais uma fundamentação equivocada no julgado em tela, que se baseou, também, na baixa quantidade de recursos extraordinários e especiais defensivos admitidos. A legitimação dos recursos extraordinários não é quantitativa, não dependendo da quantidade de recursos providos, assim como a presunção de inocência não depende da quantidade de sentenças absolutórias. (LOPES JR., 2016).

Gamil Föppel el Hireche e Pedro Ravel Freitas Santos (2016) advertem para, caso prevaleça o novo entendimento do STF e a consequente emergencialidade a ele inerente, uma perigosa diminuição conferida aos recursos extraordinários e especiais. É o que se vê, *in verbis*:

De certa forma, a prevalecer o novo entendimento do STF, caminha-se, perigosamente, para a diminuição da importância conferida aos recursos extraordinários. Argumentos utilitaristas não servem ao processo penal, ao menos enquanto vivermos em um Estado Democrático de Direito. Justificativas como a impunidade e a demora no julgamento dos recursos não são idôneas para o debate. Ao fim e ao cabo, a ineficiência estatal não pode servir de justificativa para o malferimento de garantias básicas do cidadão. Se o problema é a demora para o julgamento, que se criem meios de, respeitando as regras processuais, acelerar o julgamento; não é crível que se prenda alguém ao argumento de que há uma (de)mora no julgamento dos chamados recursos nobres.

A emergencialidade da decisão do HC 126.292 mostra-se ainda mais evidente, quando se observa o não enfrentamento do artigo 283 do Código de Processo Penal. Vejamos o que diz a redação do artigo:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2016, p. 627)

A decisão em epígrafe constitui-se resultado de controle de constitucionalidade incidental, vez que, a matéria foi levada ao plenário (STRECK, 2016b). Contudo, nesse caso,

sequer houve declaração incidental, evidenciando, fundamentadamente, a inconstitucionalidade do artigo, porquanto este é completamente incompatível com a decisão proferida pelo STF (LOPES JR. 2016).

O próprio ministro Teori Zavascki, quando ainda ministro no Superior Tribunal de Justiça, em voto na Recl. 2.645, aduziu que, não se admite que seja negada aplicação a preceito normativo, sem anteriormente declarar formalmente a sua inconstitucionalidade (STRECK, 2016b).

Nas palavras de Lenio Streck (2016b) o “Teori do STF” agindo em sentido contrário na nova decisão no HC 126.292, e ao não declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de processo Penal, trouxe como consequência, a não configuração deste entendimento como orientação, nem por imposição legislativa, nem por coerência jurisprudencial. Logo, os tribunais de segundo grau não estão vinculados a essa decisão, inexistindo dever jurídico-constitucional de obediência a ela.

Em que pese a gravidade da decisão para os direitos e garantias fundamentais, há quem, tragicamente, a exemplo do Procurador-Geral da República, entenda ser “passo decisivo contra a impunidade no Brasil”. O mesmo caminho seguiu entidades de classes do Ministério Público e da magistratura. (MASI, 2016a).

Desprezou-se, com o simbolismo de que é revestida a decisão do Supremo Tribunal Federal, as precárias condições do sistema carcerário nacional, quarto maior do mundo, com uma população que ultrapassa os seiscentos mil presos, segundo informações do INFOPEN 2014, com um déficit de mais de 230 mil vagas sendo que, 41% dos presos ainda aguardam o trânsito em julgado das condenações (MASI, 2016a).

No mais, considerando o significativo índice de habeas corpus e recursos em habeas corpus que são concedidos em tribunais superiores em face de decisões de segunda instância, confirmadoras de sentenças penais condenatórias, um considerável número de pessoas inocentes acabará por cumprir pena indevidamente, pelo fato de não se esperar o trânsito em julgado da decisão. Em dados emitidos pela FGV Direito Rio, o STF concedeu 8,27% dos Habeas Corpus e Recursos em Habeas Corpus entre os anos de 2008 e 2012, e o STJ concedeu 27,86%. (HACHEM, 2016)

A decisão não leva em consideração, ainda, a prática judicial pátria de manutenção da sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos ou pela mera reprodução dos argumentos já estabelecidos pelo magistrado de primeira instância. O entendimento eleva ainda mais a responsabilidade dos tribunais estaduais e regionais federais. (MASI, 2016a).

Cumpra reproduzir os questionamentos levantados por Aury Lopes Junior (2016), relativos à discussão do sistema carcerário, uma vez que, o próprio STF que anteriormente havia reconhecido o “Estado das coisas Inconstitucional” agora admite a execução antecipada da pena. Vejamos:

Alguém fez um estudo de impacto carcerário dessa decisão? Como o STF reconhece o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário e admite a execução antecipada da pena? Eis um ponto que realmente me chamou a atenção. Será que tem o STF a dimensão do impacto que tal decisão terá no aumento da população carcerária brasileira? E ainda, como o STF reconhece: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema (ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798)). Reconhece tudo isso e profere uma decisão completamente descomprometida com a situação apontada, agravando-a substancialmente?

O que se faz necessário entender no plano jurídico, e, infelizmente, o STF se furtou desse dever, é que a presunção de inocência não é um direito que se minimiza ao longo do processo. Tal princípio é constante, inabalável, sendo afastado apenas por sentença penal transitada em julgado (HIRECHE; SANTOS, 2016).

Concluindo, se uma decisão penal precisa corresponder às expectativas sociais e os anseios emergenciais criados, se permitirá, ao custo dos direitos conquistados ao longo dos anos, a instituição da pena de morte, a tortura para se obter confissão, a prova ilícita de qualquer uma das partes, o julgamento sem dilação probatória, dentre outras aberrações atentatórias ao Estado democrático de Direito (LOPES JR, 2016). A corrupção e a impunidade, bem como o anseio popular, não podem justificar o solapamento de garantias e direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, portanto, deve cumprir seu papel de guardião da Constituição, não lhe cabendo o papel de algoz de garantias, quaisquer que sejam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Relativo à tudo que foi exposto, a conclusão que se extrai é de que, o princípio da presunção de inocência, corolário do Estado democrático de Direito e garantia assegurada na Constituição Democrática de 1988, pressupõe o respeito da liberdade individual até transito em julgado de sentença penal condenatória. Nessa trilha, a execução provisória da pena, quando resultante de decisão de segundo grau que ratifique prisão, evidencia-se como ofensa a garantias conquistadas ao longo de anos.

O decisão no Habeas Corpus 126.292, que entendeu ser possível a execução provisória da pena, afigura-se como exemplo nítido do Direito penal e processual penal de emergência, típico de momentos de crise e das pressões midiáticas, em que o clamor público, infelizmente, acaba por influenciar na atividade legiferante, bem como nas decisões judiciais.

A política do cárcere, levada a efeito na decisão em comento, ignora a realidade prisional brasileira, aumentando, através do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, a população carcerária e agravando uma situação já caótica. A expansão desenfreada do direito penal, na tentativa de atender anseios imediatistas em detrimento de liberdades, afigura-se como mecanismo fracassado. Ora, não se pode, em nome de uma luta contra a impunidade, solapar direitos dos mais caros à sociedade.

Ao fim e ao cabo, entende-se que, o respeito à presunção de inocência deve ser fundamento para todo sistema jurídico, não cabendo ao STF, guardião da Constituição, violá-lo de forma tão grave. Não é novidade que, apesar de não ter atentado para isso a decisão do Supremo, a paz e a estabilidade social não estão atreladas à um recrudescimento penal desenfreado. Discussões das mais diversas sobre o tema ainda se seguem, inclusive no âmbito do próprio Pretório Excelso. Assim, espera-se que, em momento de lucidez, o Supremo retome o posicionamento antes assentado, corrigindo tão nocivo equívoco e restabelecendo a serenidade com que, por tanto tempo, se defendeu a presunção de não culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BECK, U. apud GUIVANT, J. S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia.** *Revista Estudos Sociedade e Agricultura*, n. 16, abril 2001. Disponível em: < <http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>> Acesso em: 22 set. 2016. p. 95.

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

_____. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal.** Vade Mecum OAB e concursos. 9 ed. atual e ampl. São Paulo. Saraiva. 2016. p. 605-673

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 2ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal: Orientado Para a Vítima de Crime.** São Paulo. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 21 de set. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 21 de set. 2016.

FACÓ, Juliane. **POPPER E O OVERRULING: Mecanismo de superação dos precedentes e evolução do direito.** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3467/2483>> Acesso em: 22 de set. 2016.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. **Princípio da Presunção de inocência: alguns aspectos históricos.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html#_ftn1> Acesso em: 21 de set. 2016

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002

_____. **A Pena em uma Sociedade Democrática. In: Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade.** Ano 7, n. 12, 2º semestre/2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito).** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 22 de set. 2016.

HIRECHE, Gamil Foppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. **Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>> Acesso em: 21 de set. 2016

_____. **Da (I)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: Simbolismo, ineficiência e desnecessidade do Direito Penal Econômico.** 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2011.

KAPPEL, Roberta Dias. **O Direito e o Processo Penal de Emergência no Brasil: Apontamentos a partir da nova Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/roberta_dias.pdf> Acesso em: 22. set. de 2016.

LOPES JR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** Disponível em <<<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>>> Acessado em: 22 de set. 2016.> Acesso em: 22 de set. 2016.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade Garantista.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **(Des)Velando o Risco e o Tempo no Processo Penal. In. A qualidade do Tempo: para além das aparências históricas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOURENÇO, Aroldo. **PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO: Algumas considerações sob a ótica do novo CPC.** Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>> Acesso em: 22 de set. 2016.

MASI, Carlo Velho. **Um duro golpe na presunção de inocência.** Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/um-duro-golpe-na-presuncao-de-inocencia/>> Acesso em: 21 de set. 2016

_____. **Breves considerações sobre o Processo Penal de Emergência.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/breves-consideracoes-sobre-o-processo-penal-de-emergencia/>> Acesso em: 22 de set. 2016.

MENDES, Gilmar. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio.** <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>> Acesso em 22. de set. 2016

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SÃO PAULO. **Em defesa da presunção de inocência.** Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2007/artigo-em-defesa-da-presuncao-de-inocencia>> Acesso em: 22 de set. 2016

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. CARDOSO, Aline Almeida. **O julgamento pelo stf do hc 84.078-7: uma exegese à luz da análise crítica do discurso.** Aracaju: Evocati Revista n. 41, maio 2009 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=328>. Acesso em: 22/09/2016

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **DIREITOS FUNDAMENTAIS, conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª Ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Rafael Rodrigues; MARTINS, Denilson José. **A atuação da mídia e a ofensa ao princípio da presunção de inocência.** Revista Perquirere. 11(1): 1-16, jul. 2014. Disponível em: <<http://perquirere.unipam.edu.br/documents/23456/422843/A+++atua%C3%A7%C3%A3o+da+m%C3%ADia+e+a+ofensa+ao+princ%C3%ADpio+da+presun%C3%A7%C3%A3o+da+inoc%C3%A2ncia.pdf>> Acesso em: 21. set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Condução coercitiva do ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>> Acesso em: 22. de set. 2016.

_____. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>> Acesso em 22 de set. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Institucional.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>> Acesso em: 22. de set. 2016.