

A prisão decorrente de acórdão penal condenatório sem o trânsito em julgado: estudo do princípio constitucional da presunção de inocência a partir da virada hermenêutica verificada no julgamento do HC nº. 126.292/STF

*The imprisonment from condemnatory criminal judgment without final
and unappeasable decision: a study of the constitutional principle of the presumption
of innocence considering the hermeneutical upset verified in the judgement
of HC n. 126.292/STF*



Paulo Henrique Silva Fonseca

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
e-mail: paulofonseca@unipam.edu.br

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Mestre em Direito Público pela UFU. Docente do curso de Direito do UNIPAM.
e-mail: gabrielgcvm@unipam.edu.br

RESUMO: O processo penal vislumbrado nos meados no século XX no Brasil é alvo constante de diversas críticas. Certo é que a Constituição Federal da República de 1988 trouxe à tona muitas mudanças para o processo penal, dando ênfase aos direitos e garantias do réu, a fim de que este não ficasse à mercê da discricionariedade do Estado-Juiz. A par desses direitos, merece guarida a presunção de inocência, que se encontra em debate no Supremo Tribunal Federal acerca de sua amplitude dentro do processo. A aplicação e eficácia do Direito Penal é o que se tenta garantir em tempos de frágeis instituições, contudo, é preciso ter em mente a sua característica de *ultima ratio*, verificar qual é o limite do Poder Judiciário na busca da efetivação desta tutela e até onde se pode ir sem que se atinjam direitos fundamentais da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de inocência. Prisão decorrente e acórdão penal sem trânsito em julgado. Virada hermenêutica. Mutação constitucional.

ABSTRACT: The criminal process envisaged in the mid-twentieth century in Brazil is a constant target of criticism. It is true that the 1988 Federal Constitution brought many changes to the criminal process, emphasizing the rights and guarantees of the defendant, so that it would not be at the mercy of the discretion of the State Judge. Along with these rights, the presumption of innocence, which is being debated in the Federal Supreme Court about its

breadth in the process, deserves to be safeguarded. The application and efficacy of Criminal Law is what one tries to guarantee in times of fragile institutions, however, one must keep in mind its *ultima ratio* characteristic, verify the limit of the Judiciary Power in the search for the effectiveness of this *tutela* and to what extent one can go without fundamental rights of the human being.

KEYWORDS: Presumption of innocence. Imprisonment and criminal judgment without final and unappealable decision. Hermeneutical upset. Constitutional mutation.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A hermenêutica jurídica é tratada como a ciência que estuda a interpretação das normas jurídicas, compreendidas em leis, tratados, contratos e nos mais diversos instrumentos do nosso ordenamento jurídico. Ao se interpretar uma regra ou um princípio, extraímos deles uma norma jurídica. Essa norma pode ser retirada de maneira literal, teleológica, sistemática, etc. Contudo, é necessário ser cuidadoso ao interpretar o direito posto, uma vez que não se pode restringir, tampouco expandir o direito ao bel prazer.

Nesse viés, cabe dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil carrega em seu bojo princípios basilares que se irradiam para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Tais princípios são objetos de cláusulas pétreas e só podem ser alterados com o escopo de ampliar o direito neles assegurados, tal como prevê o art. 60, § 4º, CF.

Feita essa rápida análise, cumpre destacar a temática do presente trabalho, que teve como pano de fundo para a pesquisa a prisão decorrente de acórdão penal condenatório sem o trânsito em julgado. Verificou-se a legitimidade do entendimento versado no HC 126.292/STF à luz do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Sendo assim, a problemática do trabalho contornou os parâmetros da mutação constitucional à vista da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal. Buscou-se perquirir se o julgamento do sobredito *habeas corpus* teve o condão de alterar o conteúdo jurídico do direito fundamental sagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que estatui a presunção de inocência na seara penal.

Buscou-se no trabalho, através da hermenêutica jurídica, compreender a mutação constitucional gerada pela decisão do STF no aludido *habeas corpus*, que terminou por relativizar o princípio da presunção de inocência, em prol da efetividade do microsistema processual penal.

Analisou-se, pois, a mutação constitucional evidenciada pela troca de paradigma vislumbrada no HC 126.292/STF, no que tange ao direito fundamental do réu à presunção de inocência.

Para isso, utilizou-se de pesquisa teórico-bibliográfica centrada no método dedutivo, analisando, assim, a literatura pátria que trata do tema, consubstanciada

em periódicos, teses de doutorado, dissertações de mestrado e doutrinas jurídicas.

Dessa maneira, embora existam diversas abordagens sobre a temática, a pesquisa se pautou na análise hermenêutica e no estudo da legitimidade da prisão para cumprimento de acórdão penal condenatório, à margem do trânsito em julgado.

A temática do presente trabalho encontra-se em amplo debate, o que perfaz a necessidade de investigação acerca de suas minúcias, para que se possa adentrar e fertilizar o campo da pesquisa jurídica com as novas descobertas que advêm da evolução do raciocínio da ciência do Direito.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de abordar efetivamente o princípio da presunção de inocência, cumpre discorrer sobre os direitos fundamentais da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 estabelece princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico, sendo estes dispostos ao longo de todo o seu texto.

Tais direitos fundamentais têm a função de limitar o poder estatal, face ao regime democrático, em que o governo é exercido pelo povo, delegado aos seus representantes mandatários. José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a estes direitos cumpre

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, *apud* MORAES, 2017, p. 29).

Nesse certame, os direitos fundamentais classificam-se em gerações, não entanto, “essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica” (BRANCO; MENDES, 2017, p. 136).

Hodiernamente, a doutrina destaca os direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações, assim como leciona Celso de Mello:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes

de titularidade coletiva atribuídas genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MELLO, *apud* MORAES, 2017, p. 29).

Contudo, a expressão *dimensões* sofre críticas, pois se infere incorretamente uma supressão dos direitos de gerações mais novas, pelos direitos de gerações mais antigas. Nesse sentido, “os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos” (BRANCO; MENDES, 2017, p. 136). Sendo assim, a expressão *dimensão* é mais bem aceita pela atual doutrina, tendo em vista a vedação ao reacionarismo no contexto dos direitos fundamentais.

Feitos esses apontamentos basilares, cabe situar o princípio da presunção de inocência. Tal princípio encontra natureza jurídica de garantia processual penal, notadamente na liberdade pessoal do indivíduo acusado de prática delituosa, o qual, conforme o art. 5º, LVII da Constituição Federal, não será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O princípio trazido a lume pertence à categoria de princípio fundamental de primeira dimensão, tendo em vista seu caráter abrigado na liberdade do indivíduo, ensejando, assim, os moldes da primeira dimensão de direitos, que preza pela liberdade, conforme mencionado anteriormente.

Neste viés, faz-se imprescindível a anotação de Edilson Mougenot Bonfim, repassando os precedentes históricos acerca do princípio da presunção de inocência:

Precedentes históricos: O princípio se positiva pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rousseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia da Nações Unidas (Paris, 10.12.1948) (BONFIM, 2016, p. 97).

Nota-se, portanto, a importância deste princípio, vislumbrado mais de dois séculos atrás, na Revolução Francesa, com os ideais iluministas crescentes na época, que pregavam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, características que a República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, prevê logo no seu Preâmbulo.

Não fosse o suficiente esse retorno histórico, a presunção de inocência, como dito por Aury Lopes Júnior (2017), faz-se presente no direito romano, não obstante tenha sido tratada com maior enfoque, inclusive como subversão à ideia

desse princípio, na Inquisição da Idade Média. Nicolas Eymerich (1320-1399), inquisidor catalão, dizia que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação” (EYMERICH, *apud* LOPES JÚNIOR, 2015, p. 91). Outro doutrinador que considerava a presunção de inocência vazia e inócua era Vincenzo Manzini, que chegou a afirmar que este princípio era “estranho e absurdo extraído do empirismo francês” (MANZINI, *apud* LOPES JÚNIOR, 2015, p. 91).

Neste contexto de críticas ao princípio da presunção de inocência, chegue-se aos doutrinadores atuais, que afirmam que a própria denominação “presunção de inocência” não encontra guarida técnica.

Apesar dessas divergências de nomenclaturas, a doutrina soa constante no que tange ao conceito intrínseco ao princípio da presunção de inocência, caracterizando-o como um desdobramento do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), alicerce do Estado Democrático de Direito.

Neste pensamento, Aury Lopes Júnior preconiza que a presunção de inocência rege o processo penal e que “em última análise, pode-se verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 95).

Caracterizando a presunção de inocência, Norberto Avena se baseia no lecionado por Fernando Capez:

Conforme refere Capez, o princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos distintos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória (AVENA, 2017, p. 23).

Sendo assim, a presunção de inocência vai além de não considerar a pessoa culpada até o trânsito em julgado de ação penal condenatória, assim como ensina Aury Lopes Júnior (2017), que consagra também um dever de tratamento que age de maneira interna e externa ao processo.

Na vertente interna, a presunção de inocência é dirigida, na sua maior parte, ao juiz, que deve se abster do posicionamento acusatório, e caso haja alguma dúvida acerca da materialidade ou autoria do delito, deve-se, inquestionavelmente, absolver o réu, levando-se o ônus da prova para o órgão acusador. Além disso, essa vertente se caracteriza pelo controle das prisões cautelares, que podem ser necessárias no curso do processo, exigindo-se, porém, robusta fundamentação.

Por sua vez, a vertente externa do princípio da presunção da inocência baseia-se na proteção ao acusado de ter sua imagem indevidamente exposta ao pú-

blico, seja pelos meios midiáticos ou forenses, o que pode levar à sua precoce estigmatização, uma vez que ainda não há decisão transitada em julgado.

Portanto, o princípio constitucional da presunção de inocência é garantia processual penal, que visa a segurança jurídica em matéria criminal do nosso Estado Democrático de Direito, efetivando os direitos à liberdade pessoal e ao devido processo legal.

3. O PARADIGMA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA A APLICAÇÃO DE SANÇÃO PENAL

A presunção de inocência ou não culpabilidade é um princípio fundamental, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Edilson Mougenot Bonfim (2016, p. 97) faz menção aos precedentes históricos e afirma que esse princípio fora positivado primeiramente no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26/08/1789). Decorrido um período, foi repetido no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22/05/1948) e, logo após, no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10/12/1948).

Segundo Aury Lopes Júnior, o princípio da presunção de inocência é um avanço fundamental para separar o juiz-inquisidor do juiz-acusador, uma vez que, para aquele, “a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semi-prova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve” (2015, p. 91); já para este, a falta de provas, implica necessariamente absolvição, caracterizando também o princípio do *in dubio pro reo*.

Há autores que entendem que esse princípio não passa de uma maneira garantista de tratar o acusado, perfazendo-se assim a ideia de Vincenzo Manzini, de Luigi Perego, de Ubaldo Ferrari e Giovanni Vitali, todos citados por Aury Lopes Júnior:

Alude Manzini, segundo o operar “normal das coisas” (natureza das coisas) é de se presumir o fundamento da imputação e a verdade da decisão e não o contrário, taxando o processualista de irracional e paradoxal a defesa do princípio da presunção de inocência. Manzini se apropria aqui da doutrina de Perego, para quem a presunção de inocência surgiu como uma verdadeira atenuação da presunção de culpabilidade implícita na tautologia de que a ação penal nasce do delito. No mesmo sentido é possível se acrescentar aqui as palavras de Ferrari e de Vitali (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 95).

Existe para esses doutrinadores uma lógica de que, se a maioria dos imputados por um delito é, ao final, considerada culpada, não há por que se garantir a presunção de inocência, sendo esta vista como um excesso de individualismo e garantismo, conforme já explanado.

Esse princípio está diretamente ligado à necessidade de fundamentação para as prisões anteriores ao trânsito em julgado, sendo que, para este tipo de cerceamento de liberdade, a prisão será de natureza cautelar.

Neste viés, a presunção de inocência se irradia não só pelas prisões de natureza cautelar (prisão temporária e prisão cautelar), mas também se estende à prisão de natureza penal, ou seja, para fins de cumprimento de sentença penal condenatória, é necessário que se tenha o trânsito em julgado. Sendo assim, *a priori*, o processo visa garantir que nenhuma pessoa seja “condenada” pela sociedade antes que efetiva tutela jurisdicional seja finalizada, a fim de que não se cometam injustiças a partir dos meios de coerção estatal.

4. A VIRADA HERMENÊUTICA E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EVIDENCIADAS NO HC Nº 126.292/STF

Importante fase se consubstancia em analisar a virada hermenêutica e a mutação constitucional deflagradas com o julgamento do HC nº 126.292/STF, o que se pretende delinear nesta fase da pesquisa.

4.1. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO HC 126.292/STF

A Constituição Federal é a espécie normativa que está no ápice do Direito brasileiro, regulando, em tese, todos os mais importantes direitos e garantias essenciais ao Estado Democrático de Direito ao qual a República Federativa do Brasil pertence.

Justamente por possuir normas de importância ímpar e visando garantir a ordem social e a segurança jurídica, a Carta Magna possui a característica da rigidez constitucional, meio pelo qual se torna mais difícil alterar o seu texto. As regras de emendas à Constituição estão elencadas no art. 60 do seu próprio texto. Sobre o assunto Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram que

tal estabilidade no mais das vezes abrange também garantias contra a supressão de determinados conteúdos da constituição, blindados até mesmo contra a ação do poder de reforma constitucional, conteúdos que passaram a ser conhecidos também como “cláusulas pétreas” ou “garantias de eternidade” (do alemão *Ewigkeitsklauseln*) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 119).

Ocorre que, não obstante as normas constitucionais sejam de difícil alteração, o Direito é uma ciência social e, por isso, não se estagna no tempo, sendo objeto de constantes mudanças de pensamento e ações sociais que ocorrem diuturnamente.

Exatamente por isso a Constituição da República não pode possuir normas eternas, que sejam imutáveis ao decorrer do tempo. O Direito acompanha a sociedade e não deve tampar os olhos às questões ferventes que merecem guarida e amparo pela legislação. Dizer que o Direito é imutável é como dizer que a ciência não deve buscar curas para as patologias que se descortinam no dia a dia.

Nessa visão de mudanças, alguns autores citam o fenômeno da “fossilização constitucional”. A esse respeito, Alexandre de Moraes discorre sobre os efeitos *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal e a fossilização constitucional:

Não foi outro, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo qual os efeitos vinculantes não se aplicam ao Poder Legislativo, pois isso “afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição” (MORAES, 2017, p. 800).

Neste viés, é certo que o Direito está sim em constante mudança e que é de suma importância manter o caráter atual das normas legislativas. Entretanto, às vezes, o Direito é alterado sem que suas bases legais sejam literalmente reformuladas. É o que ocorre no caso da mutação constitucional.

A mutação constitucional ocorre quando o texto da Carta Maior é mantido intacto, porém sofre mudanças em sua interpretação. É uma forma de alterar a Constituição sem que para isso seja necessário que se passe por todas as formalidades destacadas no supracitado art. 60 da CF.

Necessário destacar, por sua importância, a definição de mutação constitucional dada por Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

Neste contexto, não se deve olvidar que a mutação constitucional, no sentido da mudança promovida sem alteração textual, pode ocorrer pela via da interpretação, ou seja, pela atuação de um órgão criado pela constituição (portanto, neste sentido, poderia também ser designada de uma mudança formal!), mas não é neste sentido que, consoante já explicitado, se compreendem as mudanças informais (mutações), mas sim pelo fato de não implicarem alteração do texto da constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 120).

Nesta linha, apesar de não haver nenhuma alteração literal do texto constitucional, a mutação constitucional é aceita no âmbito jurídico como alterações de entendimentos consolidados pela letra da Carta Magna. Há que se observar, contudo, limites para esse tipo de interpretação constitucional, para que não haja dis-

criconariedade e não se tragam consigo vontades que turbem a verdadeira intenção do texto constitucional, e para que não sirvam de modo “mais fácil” de aplicação de jogos de interesses políticos, uma vez que não é necessário que se passe por intenso processo legislativo.

No tocante à decisão proferida no HC 126.292/STF, é notável a mutação constitucional feita no âmbito do art. 5º, LVII, CF. Esse dispositivo diz o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Já na decisão exarada pelo Pretório Excelso, no mencionado *habeas corpus*, entendeu-se que o réu poderia sofrer os efeitos da prisão penal, mesmo que o processo estivesse pendente de recurso especial ou recurso extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Essa decisão sofreu fortes críticas, sobremaneira às margens da interpretação que foi dada ao artigo 5º, LVII, CF e ao modo como o STF tratou o efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários. Nesta senda, Lenio Luiz Streck afirma que

[...] cumpre lembrar uma questão primordial que diz respeito à decisão do HC 126.292: quando um tribunal quer mudar seus próprios precedentes, há o correspondente ônus-argumentativo-de-demonstração-da-inadequação-jurídica da *ratio decidendi* desses precedentes. É dizer: se a impossibilidade de execução provisória da pena, em HCs como o 69.964 (ministro Sepúlveda) e o HC 84.078 (ministro Eros Grau) foi fundamentada com base justamente na análise semântica do artigo 5, LVII, não poderia o STF afastar essa *ratio decidendi* sem que demonstrasse, após igual análise semântica, a eventual compatibilidade dos termos “antecipação”, “execução provisória” e “presunção concreta de culpa” — isto é, sem que demonstrasse que os referidos precedentes erraram quando entenderam pela incompatibilidade da execução provisória. Isso nem de longe foi feito pelo STF no HC 126.292. E isso é fato. E nem o ministro Fachin o fez no voto objeto desta análise crítica, por certo pela desumana pauta sobrecarregada do STF, que não permitiu essa pormenorização (STRECK, 2016, *online*).

Todavia, outra parte da doutrina acha que esta mudança constitucional está totalmente adequada com a visão moderna de processo penal, uma vez que o réu é realmente considerado culpado com a decisão em segundo grau, visto que os recursos especial e extraordinário não permitem reexame de prova, mas apenas de matéria de direito, inviabilizando, assim, o pleno caráter de inocência do acusado.

Aury Lopes Júnior é contrário a este pensamento e afirma que o caráter excepcional 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 (...) e inicial para o ‘tratamento de culpado’” (2018, *online*).

Certo é que esta mutação constitucional acerca do princípio da presunção da inocência e o momento de sua (não) aplicação dentro do processo penal geraram forte virada hermenêutica que acalora os debates jurídicos atuais.

4.2. A VIRADA HERMENÊUTICA NA IDENTIFICAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM ACÓRDÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO

O grande questionamento que surge no mundo jurídico é justamente até onde o princípio da presunção de inocência encontra guarida frente à efetividade da função jurisdicional penal?

Para que tal questão seja respondida com louvor, faz-se necessário, antes, analisar os conceitos de hermenêutica jurídica vislumbrados pelos doutrinadores. Lenio Luiz Streck faz interpretação do pensamento de Paulo Nader e aduz que

Paulo Nader entende que interpretar a lei é fixar o sentido de uma norma e descobrir a sua finalidade, pondo a descoberto os valores consagrados pelo legislador. Para ele, todo subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação, devendo o intérprete visar sempre à realização dos valores magistrais do Direito: justiça e segurança, que promovem o bem comum (STRECK, 1999, p. 75).

Nesta linha de raciocínio, o intérprete da lei não deve se deixar permear por sentimentos alheios daqueles que a lei busca, ou seja, justiça e segurança para os atos/fatos jurídicos, segurança esta que garante a ordem e, como dito pelo autor, o bem comum.

Sendo assim, José Eduardo Soares de Melo, citado por Lenio Luiz Streck, ensina que “todo e qualquer aplicador do Direito (magistrado, autoridade pública, particular etc.) deve, sempre, descobrir o real sentido da regra jurídica, apreender o seu significado e extensão” (MELO, apud STRECK, 1999, p. 76). Além disso, não cabe aqui o ultrapassado brocardo *in claris cessat interpretatio*, uma vez que há a necessidade de se entender a motivação e o que pretende dizer o legislador quando editou determinada lei.

A hermenêutica, como visto, é essencial para que se apliquem corretamente as normas legais. É, portanto, de importância primordial que se interprete, logicamente, a Constituição Federal, do Preâmbulo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já que é nela que se encontra o ápice do Direito neste país.

A par desses conceitos e da colocação da hermenêutica no Direito, faz-se mister conferir o que o Supremo Tribunal Federal entendeu sobre a presunção de inocência e o cumprimento de sentença antes do trânsito em julgado.

O STF foi chamado para decidir acerca da temática em duas situações, a primeira no ano de 2009 e a segunda no de 2016.

Segundo a primeira interpretação do STF firmada no *habeas corpus* 84.078/MG de 2009, haveria a inconstitucionalidade na execução antecipada de pena, sob o entendimento de que qualquer prisão antes do trânsito em julgado do processo somente poderia ser decretada cautelarmente. Acerca do tema, o relator do mencionado HC, Ministro Eros Grau:

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 (BRASIL, 2009).

Neste posicionamento, o STF fez interpretação hermenêutica em relação ao art. 637 do Código de Processo Penal brasileiro, e se posicionou pela não recepção temporal e material deste dispositivo pela Lei n. 7.210/84, chamada Lei de Execução Penal, e pela atual Constituição da República.

No ano de 2016, adveio a segunda interpretação do STF, no *habeas corpus* 126.292/SP, o qual disse ser possível, e completamente compatível com os ditames constitucionais e legais, a execução antecipada de pena. Assim, o Relator, Ministro Teori Zavascki:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016).

Desta maneira, é inegável a virada hermenêutica do STF acerca da mitigação do princípio da presunção de inocência.

Antes dessa decisão, o referido princípio tinha ampla eficácia dentro do contexto de prisões penais para cumprimento de sentença, as quais só poderiam ocorrer com o trânsito em julgado. Após essa decisão, evidencia-se que uma pessoa condenada a pena privativa de liberdade por um juiz de primeiro grau e mantida a decisão pelo tribunal, quando do recurso, poderá ter expedido em seu desfavor mandado de prisão, com eficácia já penal, e não mais processual (finalidade cautelar).

Há que se mencionar o posicionamento de Alexandre de Moraes, o qual tem por base a relativização dos direitos e garantias individuais para o funcionamento harmônico das finalidades constitucionais. Segundo Moraes,

os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utiliza-

dos como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2017, p. 31).

Claro é que não se pode usar os direitos fundamentais como subterfúgio para que o Direito (civil, administrativo, penal etc.) não seja aplicado. Por isso, a ponderação de princípios formulada por Robert Alexy é de grande valia para mitigar, no caso concreto, aquilo que é mais importante. Alexy pontua que

quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação (ALEXY, 1999, p. 64).

Por outro ângulo, outros doutrinadores veem a ponderação como algo não exclusivo para os princípios, podendo ser aplicada também às normas-regras, para fins de deslinde do caso concreto. Assevera José Joaquim Gomes Canotilho:

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens (CANOTILHO, 1999, p. 1162).

Nesta dialética, é possível atrair os ensinamentos de Alexy para o pensamento de Canotilho, ou seja, a ponderação pode ser amplamente aplicada entre as normas jurídicas, sejam estas regras ou princípios, adequando-se ao caso concreto a normativa que melhor resolver o litígio.

Passando por estes conceitos hermenêuticos acerca dos direitos fundamentais, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro preocupa-se em solidificar uma base de direitos fundamentais, que servem para proteger o indivíduo contra as diversas ingerências do Estado.

Neste diapasão, é evidente que existiu relevante virada hermenêutica acerca do entendimento do princípio da presunção da inocência dentro do processo penal, uma vez que essa abarcava todas as instâncias superiores (STJ e STF); contudo, agora, passa-se a ter plena efetividade somente no contexto das primeiras instâncias e seus respectivos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, já que, a pedido do Ministério Público, no curso de ação penal que esteja pendente de recurso especial e/ou recurso extraordinário, caso o Tribunal de Justiça mante-

nha a condenação do réu, este poderá ser preso para fins de cumprimento de sentença penal, a par de decisão judicial que acate a pretensão ministerial e decrete aplicação de prisão-pena.

Insta salientar que essa virada hermenêutica aguçou os raciocínios, fazendo com que a comunidade jurídica se debruçasse sobre esta temática, levando às mais diversas conclusões.

De um lado, temos aqueles que acreditam que a decisão do Pretório Excelso não poderia ser mais acertada, ao passo que a criminalidade crescente só prova que a presunção de inocência é uma ficção jurídica criada pelo simples apelo garantista inerente ao processo penal brasileiro. Essa mesma linha argumenta ainda que o Direito é uma ciência social e, por conseguinte, deve servir os interesses sociais, e não ser um fim em si mesmo, pois, caso seja, o Direito se transforma em ciência inócua e vazia.

Apoiando esse ponto de vista, podemos citar o próprio relator do HC 126.292/STF, o ministro Teori Zavascki, que em seu voto disse o seguinte:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016).

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, “a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal” (BRASIL, 2016). Assim, com a manutenção da sentença em segundo grau, a presunção de não culpabilidade cairá por terra e o acusado será tratado como culpado.

Ainda segundo o ministro Luís Roberto Barroso, nenhum país além do Brasil permite ao acusado recorrer tantas vezes,

até porque a conclusão de um processo criminal, muitos anos, mas muitos anos depois do fato, é incapaz de dar à sociedade a satisfação necessária. E quando isso acontece, o Direito Penal acaba não desempenhando o papel mínimo que ele deve desempenhar, que é da prevenção geral, da dissuasão de condutas incompatíveis com a lei (BRASIL, 2016).

Contrário ao raciocínio elaborado pela maioria dos Ministros do Supremo

Tribunal Federal, o também ministro Marco Aurélio Mello votou contra a mudança de entendimento empregada no julgamento do retromencionado *habeas corpus*, nos seguintes termos:

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia* (BRASIL, 2016).

Para o Ministro, a interpretação do artigo 5º, LVII da Constituição Federal não abarca outra interpretação a não ser que a presunção de inocência deve ser mantida até o trânsito em julgado de ação penal condenatória.

Acerca da disposição constitucional da necessidade de trânsito em julgado para refutar a ideia de presunção de inocência, Lenio Luiz Streck faz severas críticas especificamente ao voto do Ministro Edson Fachin, como se pode notar:

Outro possível equívoco: para o ministro Fachin, a definição de coisa julgada e trânsito em julgado cabem ao legislador ordinário e não à Constituição Federal. Permito-me discordar. Fosse isso possível, ter-se-ia que uma garantia do Estado de Direito, que define o momento de imunização das demandas judiciais, tem sua definição passível de ser manipulada pelo legislador ordinário, o que pode colocar em risco a tese da rigidez constitucional, afirmada desde *Marbury v. Madison*, em 1803 (STRECK, 2016, *online*).

Deste modo, o termo “trânsito em julgado” não pode ser objeto de discussão para o legislador ordinário, muito menos cabe ao Judiciário discutir seus termos, mas sim deve ter seu caráter delineado na Constituição da República, para que sejam evitados golpes e manipulações, conforme conveniência e oportunidade.

Outrossim, por entender equivocado o raciocínio do STF, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pleitearam Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) de nº 43 e 44, visando a concessão da medida cautelar para suspender a execução provisória, uma vez que, segundo os autores das ações, o julgamento do *habeas corpus* 126.292/STF, em fevereiro de 2016, vem causando polêmica acerca da amplitude do princípio constitucional da presunção de inocência.

O julgamento das ADCs retro começou na data de 1º de setembro de 2016, com o voto do relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, a favor da tutela

pleiteada, consagrando a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Contudo, na data de 5 de outubro de 2016, o entendimento que prevaleceu por 6 votos a 5 foi o de que o art. 283 do CPP não impede o início do cumprimento da pena após o julgamento condenatório nas instâncias ordinárias.

Pontualmente, nem a mutação constitucional nem a virada hermenêutica do Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de inocência e da necessidade do trânsito em julgado podem ser negadas, não obstante as discussões jurídicas continuem acerca da temática altamente controvertida, dividindo a comunidade jurídica em raciocínios progressistas e garantistas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Democrático de Direito o processo funciona como garantia fundamental ao indivíduo de que suas pretensões serão julgadas dentro dos padrões da legalidade e da imparcialidade, evitando-se, assim, a discricionariedade do Estado-Julgador. No âmbito do processo penal não poderia ser diferente, uma vez que se tem em discussão a culpabilidade e, por conseguinte, o cerceamento de liberdade de um indivíduo que sofre imputações de práticas delitivas e é considerado culpado.

Sendo assim, há aqui que se destacar que existe um conflito de interesse gritante entre o órgão acusador e o réu. Aquele procura a condenação deste, para que, deste modo, possa ver a sociedade reintegrada, livre de condutas que a assole. Este, por sua vez, resiste às acusações sob o manto da presunção de inocência que lhe é concedido até que transite em julgado a ação penal condenatória.

Não podemos fechar os olhos para a massa crescente de criminalidade que deturpa a sociedade, fazendo com que o sentimento de insegurança tome conta do povo brasileiro de uma maneira assustadoramente generalizada. Nesta senda de mudanças, o Direito não pode ficar estagnado de maneira temporal nem de maneira material, visto que deve acompanhar as evoluções evidenciadas socialmente.

Contudo, tal sentimento não pode ser a motivação para que o processo e suas garantias sejam maculadas, em nome de uma maior “efetividade” do Direito Penal, pois quando esse sentimento se torna a motivação das decisões, deixa-se de lado o Direito e coloca-se em primeiro plano o procedimento, levando a pessoa à equivalência de um objeto.

Essa decisão tomada pela maioria dos ministros do STF não é compatível com o bom Direito, pois viola princípios e garantias alcançados através de diversas lutas ao longo da história, pautados na evolução do Direito como uma ciência social.

Ademais, os direitos fundamentais contidos no artigo 5º da Constituição Federal são cláusulas pétreas, que só podem ser modificadas para se ampliar, não para se suprimir, e neste caso, é demasiado evidente que há a supressão da presunção de inocência, que deve ser garantida até que o processo transite em julgado.

Outrossim, vale ressaltar que essa decisão não coaduna com nenhuma formalidade prevista em nosso ordenamento para se alterar a Carta Magna, o que caracteriza uma mutação de entendimento e vai além, perfazendo, na verdade, uma mutação inconstitucional, pois viola expressa disposição acerca do trânsito em julgado para que cesse a presunção de inocência do réu.

Outra justificativa inócua se contradiz ao afirmar que matérias de direito julgadas em cortes extraordinárias não retiram o caráter de culpa do acusado, uma vez que no exercício da ampla defesa podem-se alegar matérias de fato e de direito, sendo assim, reduzem-se as oportunidades que o réu tem de se proteger ante o poder-dever de punir do Estado.

Neste sentido, é necessário, sim, que se respeite o direito fundamental à presunção de inocência, o qual encontra caráter constitucional e possui *in claris* um marco para seu fim, qual seja: o trânsito em julgado. Esquecer-se deste preceito é abandonar a própria Constituição da República e outros princípios norteadores do processo, como o devido processo legal e a ampla defesa, garantias essas conseguidas a duras penas através de anos de evolução social e de raciocínio jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Brochura, v. 217, n. 55, jul. 1999.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84.078-7, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Entenda as diferenças entre os diversos tipos de prisão no Brasil. Brasília, 13 fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103323>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Brasília, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTRO, João Antônio Lima (coord.). *Direito processual: fundamentos constitucionais*. Belo Horizonte: PUC Minas/ Instituto de Educação Continuada, 2009.

_____. *Direito processual: hermenêutica constitucional em debate*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010. 920 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Conjur, 4 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1576 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Presunção da inocência*: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? *Conjur*, 30 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 30 jun. 2018.