




## A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O RECONHECIMENTO DA PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

### THE MITIGATION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE RECOGNITION OF THE PRESUMPTION OF GUILT IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

### LA MITIGACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO

 <https://doi.org/10.56238/levv10n24-004>

Data de submissão: 20/12/2018

Data de publicação: 20/01/2019

Maria Célia e Silva Aguiar

#### RESUMO

O STF - Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus n. 126.292, modificando seu entendimento, para negar provimento ao recurso da defesa e determinar que é possível a execução provisória da pena cuja sentença condenatória tenha sido confirmada em juízo de segundo grau, por não haver, nesse caso, comprometimento ao princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII. Desse modo, a corte constitucional notoriamente atendeu o anseio popular pela maior eficácia do combate à impunidade, oferecendo uma resposta jurídica à sociedade. Contudo, não faltam críticas, especialmente por ser o STF um órgão judicante, cuja tarefa é aplicar os preceitos constitucionais e não administrar o problema da segurança pública. Com efeito, a pena tem como pressuposto a culpabilidade do agente e o dispositivo constitucional em referência determina exatamente que nenhuma pessoa seja considerada culpada, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Parte-se da hipótese de que o paradigmático julgamento, objeto da pesquisa, estabeleceu um limite para a presunção de inocência, qual seja, a confirmação da condenação em segunda instância, prevalecendo a partir desse marco temporal a presunção de culpabilidade com o réu, restando autorizada a execução de sua pena privativa de liberdade, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença condenatória. Logo, o objetivo geral da pesquisa é constatar se a decisão da corte maior do Poder Judiciário brasileiro realmente operou a mitigação do princípio da presunção de inocência, reconhecendo a existência de outro princípio, qual seja a presunção de culpabilidade no Direito Penal brasileiro.

**Palavras-chave:** Presunção de Inocência. Garantias Constitucionais. Abuso. Prescrição.

#### ABSTRACT

The STF - Supreme Court dismissed the habeas corpus n. 126,292 by modifying their understanding, to dismiss the appeal of the defense and determine that the provisional execution of the sentence whose sentence has been confirmed in the second degree court is possible, because there is, in this case, commitment to the principle of presumption of innocence, provided for in the Federal Constitution, in its article. 5, LVII. Thus, the constitutional court famously answered the popular yearning for more effective fight against impunity, providing a legal response to society. However, there are many criticisms, especially because the Supreme Court one adjudicative body whose task is to apply the constitutional provisions and not manage the problem of public safety. Indeed, the penalty presupposes

the agent's guilt and the constitutional provision in reference determines exactly that no person is considered guilty until the final and unappealable penal sentence. It started from the hypothesis that the paradigmatic trial, the research object, set a limit for the presumption of innocence, which is the confirmation of the conviction on appeal, prevailing from that timeframe the presumption of guilt with the defendant, leaving authorized the execution of a custodial sentence, even without the final judgment of conviction. Thus, the overall objective of the research is to see whether the decision of the highest court of the Brazilian Judiciary actually operated the mitigation of the principle of presumption of innocence, acknowledging the existence of another principle, which is the presumption of guilt in the Brazilian criminal law.

**Keywords:** Presumption of Innocence. Constitutional Guarantees. Abuse. Prescription.

## RESUMEN

El STF (Tribunal Supremo Federal) juzgó el Habeas Corpus n.º 126.292, modificando su interpretación, para denegar el recurso de la defensa y determinar que es posible la ejecución provisional de la pena cuya sentencia condenatoria haya sido confirmada en segunda instancia, al no haber, en este caso, se compromete el principio de presunción de inocencia, previsto en la Constitución Federal, en su art. 5, LVII. De este modo, el tribunal constitucional respondió claramente al deseo popular de una mayor eficacia en la lucha contra la impunidad, ofreciendo una respuesta jurídica a la sociedad. Sin embargo, no faltan críticas, especialmente por ser el STF un órgano judicial, cuya tarea es aplicar los preceptos constitucionales y no administrar el problema de la seguridad pública. En efecto, la pena se basa en la culpabilidad del agente y la disposición constitucional en cuestión determina exactamente que ninguna persona sea considerada culpable hasta que la sentencia penal condenatoria sea firme. Se parte de la hipótesis de que el juicio paradigmático, objeto de la investigación, estableció un límite a la presunción de inocencia, es decir, la confirmación de la condena en segunda instancia, prevaleciendo a partir de ese momento la presunción de culpabilidad del acusado, quedando autorizada la ejecución de su pena privativa de libertad, incluso sin la firmeza de la sentencia condenatoria. Por lo tanto, el objetivo general de la investigación es verificar si la decisión del tribunal superior del Poder Judicial brasileño realmente mitigó el principio de presunción de inocencia, reconociendo la existencia de otro principio, a saber, la presunción de culpabilidad en el Derecho Penal brasileño.

**Palabras clave:** Presunción de Inocencia. Garantías Constitucionales. Abuso. Prescripción.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 17/05/2016, o STF – Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus n. 126.292, modificando o entendimento da Corte, por maioria de votos (7 a 4), para negar provimento ao recurso da defesa e consolidar o entendimento de que é possível a execução provisória da pena cuja sentença condenatória tenha sido confirmada em juízo de segundo grau, por não haver, nesse caso, comprometimento ao princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII.

Desse modo, a corte constitucional notoriamente atendeu o anseio popular pela maior eficácia do combate à impunidade, oferecendo uma resposta jurídica à sociedade que, ao longo do tempo, perdeu a crença na efetividade do sistema criminal brasileiro.

Contudo, não faltam críticas a esse posicionamento, especialmente por ser o Supremo Tribunal Federal um órgão judicante, cuja tarefa primordial é aplicar os preceitos constitucionais e não administrar o problema da segurança pública no país.

Tal medida pode surtir efeitos importantes na sociedade, pela redução da grande quantidade de recursos protelatórios que contribuem para a morosidade do judiciário, da prescrição, do direito de punir do Estado e da impunidade que reflete na indignação da sociedade, flertando, porém, com o risco de potencializar a concretização de injustiças, quando o reconhecimento da inocência de presos se der tardiamente.

Com efeito, a pena tem como principal pressuposto a culpabilidade do agente e o dispositivo constitucional em referência determina exatamente que nenhuma pessoa seja considerada culpada, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse sentido, a decisão da corte suprema impõe um questionamento: a possibilidade de execução da pena, ainda que provisoriamente, em desfavor da liberdade do réu, mitiga o princípio constitucional da presunção de inocência para reconhecer a presunção de culpabilidade na confirmação da sentença condenatória?

Parte-se da hipótese de que o paradigmático julgamento objeto da pesquisa estabeleceu um limite para a presunção de inocência, qual seja, a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, prevalecendo a partir desse marco temporal a presunção de culpabilidade com o réu, autorizando-se a execução de sua pena privativa de liberdade, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Logo, o objetivo geral da pesquisa é constatar se a decisão da corte maior do Poder Judiciário brasileiro realmente operou a mitigação do princípio da presunção de inocência, reconhecendo a existência de outro princípio, qual seja a presunção de culpabilidade no Direito Penal brasileiro.

Para atingir tal desiderato, a pesquisa se desenvolve a partir de três objetivos específicos: a) desvendar as fontes históricas que influenciaram o surgimento das garantias constitucionais e o seu

questionamento na atualidade; b) identificar as principais premissas alegadas nas teses levantadas na decisão; c) descrever os dispositivos e princípios jurídicos colocados em contraposição na possibilidade de execução provisória de pena, em desfavor do réu, antes do trânsito em julgado.

No primeiro capítulo é retratada a evolução histórica relativa ao tema, iniciando uma linha de pensamento desde o início das primeiras garantias de direito fundamental.

Seguindo essa sequência, será relatado no Brasil a época da ditadura, em que os direitos e garantias foram praticamente extintos, logo após, a formação da Constituição Federal em que o constituinte vislumbrou a necessidade de resguardar direitos individuais e, na atualidade, os fundamentos que reclamam por uma ação mais ostensiva da ação estatal.

Em seguida, são identificadas as teses colocadas em contraste no Habeas Corpus n. 126.292, analisando-se a partir de uma visão crítica, os elementos de política criminal, tais como as estatísticas relacionadas aos recursos utilizados pela defesa, aos crimes prescritos e as garantias proferidas pelos princípios da não-culpabilidade, ampla defesa e dignidade da pessoa humana, dentre outros.

No terceiro capítulo será realizada uma descrição das normas relacionadas ao tema e aos princípios em geral, dando uma maior atenção ao da culpabilidade, a fim de relacioná-los com os elementos colhidos nos capítulos anteriores, a fim de proporcionar, na análise dos resultados, a solução da questão proposta.

Diante disso, caracteriza-se a presente pesquisa como básica, bibliográfica, documental, descritiva e qualitativa, sob o método hipotético-dedutivo.

Ao final, realiza-se o teste da hipótese, verificando-se a consecução dos objetivos, de modo a constatar a mitigação da presunção de inocência e o reconhecimento da presunção de culpabilidade no Direito Penal brasileiro.

## **2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU SURGIMENTO**

De início, é necessário contextualizar o surgimento do princípio da presunção de inocência, pois seu estudo é indispensável para compreender como estes processos ocorreram até a chegada no estado atual, com a constituição de 1988 no Brasil, que prevê no artigo 5º inciso LVII que: "ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Portanto, a presunção de inocência é uma notável conquista de uma longa e histórica batalha contra os opressores do poder e abusos das autoridades e Estado, pois, conforme, assevera Ricardo Alves Bento, esse princípio tem raiz histórica fincada com a edição na Magna Carta de 1215, Inglaterra.

Antes disso, o Estado era detentor do poder absoluto e cometia atrocidades como, por exemplo, enforcamento, torturas, além de julgar os réus a pena de morte sem a necessidade de nenhum fundamento, através da lei negra de Waltham.

Então, esse foi o primeiro documento a estabelecer alguns direitos fundamentais, influenciando o que mais tarde veio a ser considerado como direitos humanos.

Logo, de forma tênue, esses direitos e garantias fundamentais foram reconhecidos para os ingleses, prevendo, por exemplo, a proporcionalidade entre o delito e a sanção, previsão do devido processo legal e livre acesso à justiça.

Dessa maneira, a Magna Carta subordinou não apenas os feudos, como também, as autoridades reais que estariam vinculadas a obedecer a lei, como salientado por Comparato:

O sentido inovador do documento consistiu, justamente no fato da declaração régia conhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres - a nobreza e o clero – independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificado por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, mas também por direitos subjetivos dos governados. (COMPARATO, Fábio Konder, 1999, p. 65).

No entanto, ainda no século XIII essa limitação do poder e liberdades não alcançava os tribunais que julgavam os réus a pena de morte através de boatos e sem nenhum tipo de garantia ou prova.

Utilizava-se o direito penal como instrumento de perseguição, em que predominava a presunção de culpabilidade, pois o infrator da norma penal era presumidamente culpado, não havendo um sistema no qual fosse possibilitado o exercício das garantias ou de um processo justo.

Dessa forma, em 1628, mais um documento chamado de *Petition of Rights* (Petição de Direitos), foi elaborado por Carlos I, uma declaração de liberdades civis, que foi um marco registrado no desenvolvimento dos direitos humanos na tentativa de expandir e assegurar a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e as penas cruéis. (Sarlet, p. 43)

Posteriormente, em 1679, o *Habeas Corpus Act* surgiu por meio de uma lei do Parlamento da Inglaterra, criada durante o reinado do Rei Charles II, como mandado judicial que tinha o objetivo de restringir o poder estatal, fortalecendo o princípio da legalidade, para criar o direito de petição contra a aplicação de penas cruéis.

No século XVIII, especificamente em 1730, depois de todos esses documentos garantidores, foi permitido pela primeira vez nos Tribunais da Inglaterra, na cidade de Lincoln's, que os prisioneiros nos casos de pena de morte fossem representados por barristas em sua defesa, não podendo estes usar apenas de mera retórica tendo que dominar, também, a inquirição judicial, pois desde o século XIII não era adequado para os barristas agir contra casos promovidos pela Coroa ou mesmo falar diretamente para o júri.

Um barrista, como era chamado o advogado da época, chamado William Garrow, se destacou por mudar essa visão, deixando de utilizar indícios para trabalhar em suas defesas somente as provas que demonstrassem a real culpabilidade do réu, fazendo chegar assim, pela primeira vez nos tribunais, o princípio da presunção de inocência, defendendo que o réu era inocente até que se prove o contrário.

Por outro lado, o principal marco do princípio da presunção de inocência foi a Revolução Francesa, influenciada pelo iluminismo, que teve como desfecho a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e marcou o início de um novo regime político:

Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, nesse sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos. (COMPARATO, Fábio Konder, 2008, p. 151)

Portanto, foi em 1789 que se positivou pela primeira vez o princípio da presunção de inocência, com a Declaração dos Direitos Universais dispondo em seu artigo 9º 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 certo que a consequência desta evolução do princípio em análise foi a previsão nas Constituições de diversos países, os quais a elegeram ao patamar de direito fundamental, constituindo-se, também, garantia ao cidadão de não mais ser considerado culpado, salvo se na forma da lei.

Sabe-se que apesar desse princípio já existir desde 1789, no Brasil, ele foi fortalecido nosso ordenamento jurídico com sua inserção na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, logo após o regime militar que se iniciou em 31 de março de 1964 a 1985.

Cabe, portanto, uma sutil comparação, pois antes da Magna Carta de 1215 o momento era de total obscuridade, e em 1964, no Brasil, ocorreu também um momento de restrição de direitos, durante o regime militar, a qua.

Momentos marcantes desse regime foram a decretações dos Atos Institucionais, no total de 17, com destaque para o AI-5 - Ato Institucional número 5, que entrou em vigor em 1968, no governo do presidente Artur da Costa e Silva, estendendo poderes quase ilimitados aos militares.

Portanto, através do AI-5, o regime autoritário foi instaurado com a adoção uma série de medidas para reprimir quem fosse contrário ao governo: a) Dissolução do Congresso Nacional e outros legislativos; b) cassação de mandatos políticos; c) suspensão dos direitos de *habeas corpus*, para crimes políticos.

Vale ressaltar, que de forma violenta os militares praticaram torturas e assassinatos visando conseguir confissões dos presos que eram avessos ao regime.

Dessa maneira, a ausência dos direitos humanos era somente uma consequência da supremacia do Estado e de seus governantes, que possuíam a faculdade de legislar e operar de acordo com seus desígnios, representando os anseios de uma classe opressora para se perpetuar no poder.

De acordo com o diretor-executivo da Anistia Internacional Brasil, Atila Roque:

Os agentes da ditadura perpetraram crimes contra a humanidade, tortura, estupro, assassinato e desaparecimentos que vitimaram opositores do regime e implantaram um clima de terror que marcou profundamente a geração que viveu o período mais duro do regime militar.

Percebe-se, então, que em diferentes cenários históricos, o poder absoluto do Estado prevaleceu com a censura, a tortura, a diminuição dos direitos e as garantias fundamentais conquistados, fazendo surgir a necessidade de uma limitação.

### 3 PROTEÇÕES CONCEDIDAS AO RÉU E TESES LEVANTADAS NA DECISÃO

No Brasil, foi após o fim do regime militar, que a Constituição Federal de 1988 trouxe aos cidadãos os direitos e garantias fundamentais.

No entanto, pode ser destacado que algumas dessas proteções contra o poder, garantidos pela Constituição Federal, tornaram-se excessivas, de modo que aparentemente ultrapassam os limites da ação estatal e suscitam sua omissão. Esta transição da ditadura para a democracia, é para Junior:

Ao problema de se decidir que medidas devem ser tomadas pelo novo governo a respeito dos acontecimentos relacionados ao regime anterior, nós chamamos de ‘justiça de transição’. O novo Estado, para construir seu plano futuro, deve antes decidir sobre questões relacionadas ao antigo regime. (JUNIOR, Lauro. 2008. p. 129)

Como dito por Junior, é indispensável a adoção de uma série de medidas judiciais e não judiciais a fim de que as injustiças e ilegalidades do passado não ocorram, entretanto, na tentativa de não se cometer os mesmos “erros” a nossa atual Constituição parece proporcionar ao réu, todavia, direitos exorbitantes:

Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que 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. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplo de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. (2005, p. 507).

Como supracitado, um desses perceptíveis exageros de garantias é que somente no Brasil a execução de uma condenação fica suspensa depois de observar o duplo grau de jurisdição.

Outro exemplo, dispõe Joaquim Barbosa, é que em nenhum país há a “generosidade de Habeas Corpus” como existente no Brasil, ele disse ainda:

a propósito, que há réus confessos que nunca permanecem presos. E citou um exemplo: “Sou relator de um rumoroso processo de São Paulo”, relatou. 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. O leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável, afirmou. Não existe em nenhum país no mundo que ofereça tamanha proteção.



Por tais fatos, aparentemente o sistema criminal brasileiro vem se tornando omissivo, pois o excesso de proteções garantidas faz com que a efetividade que ele deveria ter, entre em um processo de defasagem e não cumpra, assim, com seu papel de prevenir e retribuir o mal causado à população.

Logo, é notável a descrença da sociedade, que sofre com a falta de maior proteção estatal não apenas bens patrimoniais, como também à vida.

Dessa maneira, o Estado torna-se excessivamente brando em sua missão de reprimir o crime, longe de garantir o controle equilibrado entre a sua efetividade e as garantias geradas.

Percebe-se ainda que o Brasil recentemente saiu de um extremo para o outro, pois tradicionalmente, até o julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, a pena poderia começar a ser cumprida após condenação em primeira instância, isto é, sempre houve um posicionamento mais duro do ordenamento jurídico.

O STF então, entendendo que não isso não refletia um Estado Democrático de Direito, mudou em 2009 o entendimento jurisprudencial de décadas e passou a suspender a execução da pena até o fim de todos os recursos às instâncias superiores, ou seja, até a quarta instância.

Dessa forma, é perceptível que a jurisprudência brasileira é vacilante, na medida em ora é garantista demais, ora não possui quase nenhuma garantia, o que impõe que se busque, mais uma vez, o equilíbrio.

Como já mencionado nesse artigo, a adoção do instituto da presunção de inocência poderia ser considerada uma evolução num primeiro momento, devido ter sido posterior a um estado autoritário vivido de forma traumática pelos brasileiros.

Todavia, atualmente, esta visão não é ancorada na realidade, pois a sociedade suplica a ação menos omissiva do estado.

Os anseios populares pela ação mais ofensiva do Estado são decorrentes de fatos ocorridos e sentidos por toda sociedade brasileira, que diariamente, presencia a violência.

Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, em 2014 houve 59.627 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa de homicídio de 27,9 a cada 100 mil habitantes, quatro vezes e meio maior que a mundial, que ficou em 6,2 para 100 mil.

Foram 160 assassinatos por dia, quase sete por hora no país, em 2014, conforme levantamento realizado pelo Atlas da Violência 2016.

Por outro lado, questionou-se que em julgamento de segunda instância, os fatos e provas já foram analisados e julgados em duplo grau de jurisdição, fazendo emergir a expectativa jurídica de que o Estado cumpra com seu papel de prevenção.

O julgamento em segunda instância viabiliza uma resposta à sociedade, sem excluir direitos e garantias do réu, desde que ele tenha acesso à ampla defesa, contraditório e devido processo legal.



#### 4 AS PRINCIPAIS PREMISSAS ALEGADAS NAS TESES LEVANTADAS NA DECISÃO

De maneira geral, os direitos fundamentais podem ser objeto de ponderação, devendo ser interpretados à luz da proporcionalidade. Assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros [MS23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000.] Vide: HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010 )

Ao que parece, no julgamento do HC 126.292, o STF – Supremo Tribunal Federal não pensou diferente, ao perceber que nem mesmo o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em termos absolutos.

O afastamento desse instituto, inclusive, já ocorria em vários casos, quando colocado em confronto com a função jurisdicional penal, a exemplo da:

- 1 - Prisão em flagrante, em que, segundo o art 5º LXI, CF – “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.
- 2 - Prisão temporária, que ocorre durante a fase de investigação do inquérito policial. É utilizada para coletar provas, ou seja, auxilia a investigação de determinado delito.
- 3 - A prisão preventiva, que pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou da ação penal, quando houver indícios que liguem o suspeito ao delito e exista risco à apuração dos fatos.
- 4 - A lei da ficha limpa, que prevê que serão considerados inelegíveis os candidatos que forem condenados, em decisão proferida por órgão judicial colegiado.
- 5 - O julgamento do recurso extraordinário 141.787/ MT, em que o STF entendeu pela inexistência de violação ao princípio da presunção de inocência ante a não inclusão do militar no quadro de acesso a promoção, por ter sido denunciado em processo crime, enquanto a sentença final não transitar em julgado.

Portanto em todos esses casos, o entendimento pacífico da jurisprudência é de que a presunção de culpabilidade não viola o princípio da presunção de inocência, podendo haver a prisão do réu mesmo sem o trânsito em julgado.

Em sentido oposto, o ministro Celso de Mello se posiciona:

Segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos,

É possível ultimar, a partir do ministro Celso de Mello que o princípio da presunção de inocência seria absoluto, pois ele afirma que o réu sempre deve ser considerado inocente.

Tal argumento se mostra incompleto e inconsequente, pois segundo entendimento amplamente pacífico em nosso ordenamento jurídico, não existe em nossa constituição nenhum princípio absoluto.

A ponderação dos princípios e normas constitucionais pressupõe dentre outras salvaguardas lógico-jurídicas, que ninguém possa exercer direito seu a ponto de violar direito alheio.

Além disso, se essa presunção defendida pelo Ministro Celso de Mello fosse absoluta, isso significaria impossibilidade direta de se prender qualquer pessoa, por qualquer motivo, antes de apreciados todos os recursos da defesa, com o trânsito em julgado.

Ora, se o referido instituto fosse absoluto mesmo, não haveria prisão em flagrante, pois ninguém poderia ser preso, como autoriza a Constituição (art. 5º, LXI), pelo fato de não haver processo, julgamento ou mesmo primeira instância, muito menos trânsito em julgado, não haveria também, prisão preventiva ou temporária pelo mesmo motivo.

Aliás, nunca ninguém seria preso, porque no Brasil, a qualquer tempo, mesmo após o último recurso, pode o réu aforar revisão criminal, isto é, sempre em benefício do réu a sentença penal condenatória jamais transita em julgado.

De tal modo, fica evidente que a presunção de inocência nunca foi tida como absoluta pela nossa Constituição, nem mesmo há proibição de prisão enquanto não esgotados os recursos até a quarta instância.

Como é sabido, um dos motivos para a mudança de entendimento que se verificou no último julgamento foi a questão da morosidade do judiciário, face a grande quantidade de recursos protelatórios utilizáveis pela defesa, como bem exemplificado pelo ministro Luiz Roberto Barroso:

Crime de homicídio ocorrido em 1991, vindo a sentença de pronúncia houve um recurso em sentido estrito, posteriormente houve a condenação no tribunal de júri e foram interpostos recurso de apelação, mantida a decisão, foram interpostos embargos de declaração, mantida a decisão, foi interposto recurso especial. Decidido desfavoravelmente ao réu, foram interpostos novos embargos de declaração, mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário. O ministro Ilmar Galvão inadmitiu o recurso extraordinário, e contra a sua decisão foi interposto

um agravo regimental, que foi desprovido pela primeira turma e foram interpostos embargos declaratórios igualmente desprovidos pela primeira turma. Desta nova decisão foram interpostos novos embargos de declaração distribuídos ao ministro Carlos Aires Brito, rejeitado os embargos de declaração foram interpostos embargos de divergência distribuídos ao ministro Gilmar Mendes, da decisão do ministro Gilmar Mendes que inadmitiu os embargos de divergência, foi interposto agravo regimental Julgado pela ministra Hellen Grace. Da decisão da ministra Hellen Grace foram interpostos embargos de declaração conhecido como agravo regimental ao qual a segunda turma negou provimento, não obstante isso o processo encontra-se em embargos de declaração em 2016.

Assim, fica patente que o excesso de recursos provoca um excesso que ultrapassa as garantias individuais e irrompe contra o direito da coletividade de usufruir de um controle social capaz de prevenir e reprimir a ação criminosa.

Como o ordenamento jurídico permite infundáveis interposições de recursos protelatórios, com o intuito inglório de que o processo se arraste até a prescrição, a autoridade das instâncias de primeiro e segundo grau passaram a ser instâncias de passagem uma vez que tudo acaba por subir para o STJ e, depois, ao STF.

Percebe-se a importância de analisar os recursos que a defesa pode interpor, porém de maneira resumida, pois são muitos os exemplos:

1. **Recurso em Sentido Estrito:** impugnação voluntária do interessado contra decisão do juízo de primeiro grau;
2. **Carta Testemunhável:** cabível contra a decisão que não recebe recurso em sentido estrito ou agravo na execução, ou cria obstáculo à sua expedição ou seguimento ao tribunal “*ad quem*”;
3. **Correição Parcial:** providência recursal administrativa no judiciário, contra decisões incidentais que tumultuarem a ação penal, como por exemplo, indeferimento de testemunha arrolado.
4. **Embargos de Declaração ou Embargos Declaratórios:** servem como um instrumento pelo qual uma das partes de um processo judicial pede ao magistrado para que reveja alguns aspectos de uma decisão proferida. Esse pedido deve ser feito quando for verificado em determinada decisão judicial, a existência de omissão, contradição ou obscuridade;
5. **Agravo Regimental:** recurso usado para impugnar toda decisão proferida pelo magistrado da execução penal, que prejudique direito das partes principais envolvidas no processo;
6. **Embargos Infringentes:** oponíveis contra a decisão não unânime de segunda instância e desfavorável ao réu. Não basta, pois, a falta de unanimidade. É preciso, também, que a divergência do voto vencido seja favorável ao réu;
7. **Hábeas Corpus:** não é propriamente um recurso, mas aplica-se sempre que alguém sofrer ou estiver na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir;

8. **Apelação:** recurso ordinário que tem como objeto a reanálise do mérito, quer dizer, tem efeito devolutivo em relação à materialidade do fato e à autoria do delito, concretizando o princípio do duplo grau de jurisdição;
9. **Recurso Especial:** tem como intuito questionar decisão eventualmente contrária a normas federais ou sua interpretação em outros tribunais, sendo submetido a exame de matéria infraconstitucional. A competência para julgamento do recurso especial é regida pelo art. 105, III, da Constituição Federal;
10. **Recurso Extraordinário:** de competência exclusiva do STF, o REXT é um recurso para análise de matéria exclusivamente constitucional (de acordo com art. 102, III, da Constituição), e regulamentado nos art. 26 a 29 da lei 8.038/90. Assim, cabe Recurso Extraordinário quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face da lei federal. Ou seja, o STF, quando julga recurso extraordinário, não examina provas ou questões de fato, apenas faz a análise constitucional da decisão recorrida (Súmula 276 do STF).

Conforme se observa, de todos os recursos acima analisados, praticamente apenas um deles, a apelação, tem como objetivo, no caso da defesa, a reversão da condenação, ou seja, a reanálise do fato, para concluir-se que o agente não é culpado, ou seja, que ele seja inocente.

Os demais recursos, especialmente o especial e o extraordinário, não podem ser manejados para requerer a inocência do agente, quer dizer, não é possível a reanálise de mérito em relação ao fato. Na verdade, o que se discute, para além da apelação, é a adequação das decisões, a interpretação da lei federal e outras questões preponderantemente formais.

Isso significa que, após o segundo grau de jurisdição, não há mais discussão em relação ao fato de o réu haver cometido ou não o crime, o que se discute é uma eventual nulidade ou vício do processo.

Inculpe, desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de culpabilidade, na medida em que apenas a revisão criminal pode devolver, materialmente, a inocência.

Não obstante, o HC 126.292, ainda resulta em questionamentos quanto ao sistema carcerário brasileiro que está superlotado, e foi um dos pontos em deliberação contra a prisão em segundo grau, cabe, portanto, analisar como um sistema ineficaz é capaz de produzir um exército tão grande de presos.

Afirma Marcelo Cunha de Araújo:

[...] temos cerca de 440 mil presos vivendo como verdadeiros animais em cadeias, presídios e penitenciárias, na maior parte, em péssimas condições de salubridade, sendo que, desses, 189 mil aguardam, ainda, seu julgamento. Apenas em Minas Gerais, segundo dados da Secretaria de Estado de Defesa Social, são aproximadamente 45 mil presos. Esse paradoxo que se engendra perante os olhos críticos do cidadão inconformado com a impunidade pode ser resumido na máxima que “a guerra contra a pobreza se tornou, no Brasil, a guerra contra os pobres”. Ora, a equação é muito simples e seu resultado é indiscutível. Coloquem-se, na fórmula, alguns axiomas: o princípio da presunção da inocência e a necessidade de responder em liberdade; o fato de os tribunais, principalmente os superiores (STF e STJ) estarem superlotados de processos (note que o STF julga aproximadamente 100.000 processos por ano, enquanto a Suprema Corte Norte Americana julga em torno de 100); a interpretação extremamente garantista dos direitos de alguns e a coincidência da legislação e da interpretação jurídica preverem a necessidade de apenas aguardar preso aquele que cometeu crime violento.

Com exposto, nota-se que não são todos os réus que conseguem ter uma assessoria jurídica suficientemente técnica e influente perante aos Tribunais Superiores capaz de fazer com que seus recursos sejam aceitos e tenham o trâmite prolongado, dando possibilidade para que ocorra a prescrição.

E, ainda, não são todos que dispõem de auxílio antes da constituição do processo para orientá-lo a não produzir provas contra si mesmo.

Constata-se que o sistema criminal seleciona e criminaliza certas pessoas, segundo sua classe e posição socioeconômica, de modo que quem tem condições para contratar um bom advogado é beneficiado pela presunção de inocência.

Quer dizer, apesar de a Constituição Federal assegurar serem todos presumidamente inocentes, o acesso a essa garantia é restrito a quem domina o funcionamento do sistema judicial.

Ocorre que, pelos motivos anteriormente mencionados, a maior população carcerária se dá entre pessoas que não possuem condições de ter uma representação de qualidade, pois ainda que se obtenha o serviço de defensores públicos, não há, normalmente, número ou estrutura material suficiente para que esses profissionais atinjam resultados comparáveis àqueles das defesas privadas.

Além disso, cabe ao poder executivo administrar e viabilizar condições e quantidade de cadeias, não devendo, pois, a função jurisdicional ficar adstrita a tal vicissitude, a fim de que não cumpra com o seu papel. Continua Marcelo Cunha de Araújo:

No somatório dessas “verdades penais insofismáveis e indiscutíveis”, temos que, como costume dizer aos meus alunos, caso se materializem três circunstâncias elementares na ocorrência real de determinado crime, o acusado NUNCA passará nenhum dia na prisão. Seriam elas: i. O acusado não pode ser preso em flagrante (apesar de que a segunda circunstância pode suplantar essa); ii. O acusado deve ter residência e emprego fixos (e dinheiro para pagar uma boa e interessada defesa); iii. O acusado não pode deixar seu caso cair na mídia.

Como bem externado, fica notório que o sistema efetivamente apenas funciona para punir determinadas pessoas, em certos tipos de crimes.

Percebe-se, portanto, que uma pessoa que tenha residência e trabalho fixos subsiste em liberdade durante todo o processo criminal, independentemente do crime cometido, inclusive em crimes como homicídio, estupro e praticamente todos os crimes de colarinho branco, cuja persecução penal irá perdurar, pelo menos, por dez a quinze anos.

Mesmo que não ocorra a prescrição, a retribuição do mal praticado ao criminoso se torna exageradamente tardia, suficientemente para tornas inócuas a prevenção geral, em relação a demonstração para a sociedade de que o crime pode compensar, bem como a prevenção especial, no que se refere à sensação de impunidade experimentada pelo agente ao longo dos anos, a qual poderia encorajá-lo à prática de outros delitos.

Com a decisão da prisão em segundo grau, os crimes como o de colarinho branco, não ficariam impunes. Ressalte-se que, por coincidência ou não, não existe nenhum crime do colarinho branco entre os crimes hediondos.

Para se ter uma ideia, de 1987 a 1995, foram apenas 6 condenações em mais de 682 casos investigados, de acordo com o professor de Direito Penal Francis Beck.

Nesse ponto, cabe apontar uma pesquisa feita no fórum Clóvis Beviláqua em que foram prescritos 1946 casos dos mais variados tipos criminais entre período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2015.

Assim, sem a correta interpretação sobre a aplicabilidade da presunção de inocência, tal princípio, ao invés de constituir um instrumento de garantia do apenado, acaba constituindo-se em mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

## **5 A CULPABILIDADE COM GARANTIA LIMITADORA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Em linhas iniciais, cabe falar então do princípio da culpabilidade que é um limitador do “*jus puniende*” estatal, mas um limitador da arbitrariedade que em tempos passados foi justificativa para se aplicar a tortura em busca da verdade.

Segundo Lopes (1999, p.101), o princípio da culpabilidade encontra-se implícito em vários artigos da Constituição:

No Direito brasileiro, encontra-se ele, implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts. 4º, II (prevalência dos direitos humanos) e 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), da CF. Vincula-se, ainda, ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF), que veda o mesmo tratamento ao culpável e inculpável. Costuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como parte do seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena.

Dito isso, deve-se perceber que o princípio da culpabilidade, como elenca Palazzo (1989), possui uma dupla ‘virtude constitucional’: como fundamento da pena e do próprio direito de punir do Estado, ou como medida, como limite da intervenção punitiva do Estado.

Ao fundamentar a pena, o princípio da culpabilidade empresta a ela um caráter retributivo, que se manifesta concomitantemente com o caráter ético do direito penal, surgindo no centro do sistema o homem, cuja responsabilidade resulta da sua dignidade de pessoa, passível de sofrer reprovação.

Quando o princípio da culpabilidade aparece como limite da pena, o Estado é impedido de fazer um uso abusivo e desmedido da sanção penal.

Com os estudos de Welzel passou a se preocupar com o “juízo de censura” ou “juízo de culpabilidade” da conduta do agente. Para nós, a importância deste desdobramento da culpabilidade se encerra na potencial consciência da ilicitude do agente, o que a teoria finalista queria constatar afinal se o autor do fato tinha realmente consciência do caráter ilícito do fato. Para isso deveria valorizar a conduta e indicar em sua consciência se o fato perpetrado pelo agente tinha juízo de culpabilidade, reprovação.

Afirma-se, pois, que o Estado aplique uma sanção penal, àquele que pratica a conduta tipificada como crime no ordenamento jurídico, sanção esta com a finalidade de retribuir o mal causado à sociedade, para que possa manter a ordem e a segurança, como também, prevenir, pois através da pena visa desestimular novas infrações, ou seja, é de suma importância a sanção penal para que a sociedade não venha soçobrar. Marcelo Cunha de Araújo indaga:

No Rio de Janeiro e em São Paulo, menos de 2% dos casos de homicídio apurados resultam em condenação do assassino o que no Japão e Inglaterra o índice chega a 90%? Que, com exceção de São Paulo, os índices de esclarecimentos de crimes pelas polícias civis estão abaixo de 5% em todo o país? Que 99,2% dos homicídios em Pernambuco não são esclarecidos? Que em São Paulo, apenas 6% dos boletins de ocorrência lavrados pela Polícia Militar e efetivamente entregues nas delegacias de Polícia se reverterem em inquéritos policiais?

Sendo assim, não é interessante analisar o princípio da não-culpabilidade em sua ontologia (como ele seria perfeito em um mundo totalmente regido pelas regras da razão), mas como ele se apresenta na realidade do sistema criminal brasileiro, pois através da interpretação extremamente garantista, o sistema hoje, está perdendo a sua função, tendo como consequência a crescente impunidade, que faz com que crença na efetividade só venha a decair e encoraje ao cometimento de mais crimes, o que é um risco, porque a sociedade necessita de um mecanismo de proteção.

A culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado por haver praticado uma infração penal. Diz respeito à culpa em seu estado potencial, no seu sentido estrito e técnico. O direito penal tem como um de seus postulados o princípio da culpabilidade, que, basicamente, consiste na inexistência de um delito sem que o agente do fato tenha a possibilidade exigível de conduzir-se conforme o direito, não podendo ser penalmente responsabilizado quem não é culpável. (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado, p. 23)



Portanto, são 03 os elementos fundamentais para a existência da culpabilidade, devendo a ausência de qualquer deles ser suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal, passando a possuir assim, uma causa excludente.

A culpabilidade, para ser aferida, deve preencher alguns requisitos: O agente, para ser culpável, deve ser imputável, ter potencial consciência da ilicitude e ser-lhe possível agir, no caso concreto, de forma diversa.

Pode-se perceber pois, que até o princípio que permite ao Estado aplicar uma sanção penal a quem pratica a conduta tipificada como crime no ordenamento jurídico, também possui uma limitação em sua aplicação, com a finalidade de que não a venha a se cometer excesso de poder.

Além disso, há outros princípios que limitam o poder do Estado garantindo o réu proteção: a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República federativa do Brasil, bem como o contraditório e a ampla defesa que em nosso ordenamento jurídico trata-se de uma cláusula pétrea, disposta no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esclarece em breves linhas sobre tais princípios, mostrando que:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1 - notificação dos atos processuais à parte interessada; 2 - possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3 - direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4 - direito de apresentar defesa escrita.

Nesse quadro, mostra-se mais uma vez outro mecanismo protetivo para não se cometer injustiça, como bem esclarece Gilmar Ferreira Mendes, o contraditório e a ampla defesa não se constituem em meras manifestações das partes em processos judiciais e administrativos, mas, e principalmente uma pretensão à tutela jurídica.

Interessante notar que, após ser julgado em primeiro instância e em segunda instância, isto é, por todo um colegiado, lhe é observado e aplicado todos os procedimento do devido processo, a qual José Afonso da Silva, em brilhantes linhas nos ensina que o mesmo está baseado em três princípios, quais sejam: o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa.

Dessa forma, percebe-se que diante desse amplo arcabouço protetivo, em segunda instância o réu deixa de ser presumido inocente, para que passe a ser presumido culpado após fatos e provas já terem sido examinadas diante de todo um arcabouço de proteção que o cerca para que evite injustiça.

Por isso mesmo, a reanálise do fato, quanto à prática, ou não, do fato e de suas circunstâncias relativas à tipicidade, ilicitude e culpabilidade, somente podem ser novamente atacadas por meio de uma revisão criminal, isto é, outro processo.

De modo que a necessidade da mitigação do princípio da presunção de inocência mostra-se claramente, outrossim, quando um órgão jurisdicional isento se pronuncia pela culpabilidade do agente em segunda instância, fazendo surgir a necessidade de aplicação de pena.

Não é adequando que a presunção de inocência se mantenha absoluta, mesmo com a progressão da atividade jurisdicional, ante o árduo esforço técnico de diversos servidores públicos para a análise de mérito.

O ideal é que a presunção de inocência inicie o processo com força absoluta, perdendo potencial na medida em que a jurisdição avança, pois o ordenamento jurídico brasileiro se apóia nessa lógica, na media em que, após a segunda instância, os recursos não mais reavaliam o mérito fático.

Caso contrário fosse, melhor seria suprimir a atividade jurisdicional nessa parte do processo, transformando as duas primeiras instâncias jurisdicionais em meros cartórios de feitos processuais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos elementos analisados no referencial teórico, conclui-se que os objetivos delineados foram atingidos, com a confirmação da hipótese.

Percebe-se que a conquista das liberdades, dos direitos individuais e de suas garantias são fruto de um processo árduo e demorado, construído em diversas sociedades, em vários estados, ao longo de muito tempo.

Por isso, há na comunidade jurídica e na sociedade, em geral, um respeito muito grande por essas garantias e, especialmente, o temor de que elas sejam suprimidas.

No Brasil, houve um momento de subtração desses direitos e garantias, no período da ditadura militar. Posteriormente, com a redemocratização, a Assembleia Nacional Constituinte, que redundou na Constituição Federal de 1988, tomou para si o dever histórico e reafirmar e empoderar as pessoas de todas essas liberdades.

Por tal motivo, ao privilegiar a defesa dos direitos e garantias individuais, parece a Carta Magna haver exagerado na proteção do indivíduo. Não é verdade.

De fato, a Constituição Federal de 1988 reitera as liberdades, por que seu escopo principal não é dar limites, mas direitos, ao cidadão. Na mesma linha, para garantir esses direitos, houve a necessidade de limitar o poder do Estado, ficando o papel de impor os limites do cidadão para o âmbito da legalidade, sob a égide constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei”.

Mas isso não significa que a Constituição Federal negue o arcabouço coercitivo do Estado, construído no âmbito da Lei, apenas estabelece limitações a ele. Nesse sentido, percebe-se que a Lei Maior não nega em momento algum a presunção de culpabilidade, enquanto defende a presunção de inocência.

É importante reconhecer que, tradicionalmente, preponderou o entendimento jurisprudencial de que após a decisão condenatória de segunda instância, o réu condenado poderia ser levado à prisão.

Porém, essa tradição foi revista, em 05/02/2009, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, pelo STF, quando aquele Tribunal mudou o entendimento jurisprudencial de décadas e passou a suspender a execução da pena até o fim de todos os recursos às instâncias superiores, ou seja, até a quarta instância.

Percebe-se que a ampliação do significado da presunção de inocência não está no texto da Constituição Federal, mas na interpretação que foi dada a ele em 2009.

A prisão, sem condenação transitada em julgado, jamais foi tida como inconstitucional, mesmo após 2009, especialmente pelo acolhimento da prisão provisória, nos casos em que, antes da sentença, portanto, presumidamente, se reconhece culpabilidade no réu.

Além disso, em nenhum momento os tribunais superiores passaram a entender que os demais recursos, após o julgamento da apelação, poderiam ter como objeto a análise do mérito, para negar a prática do fato pelo réu, prevalecendo, na esfera da possibilidade de devolução de mérito dos recursos, a presunção de culpabilidade.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico prevê que a análise de mérito, ou seja, a cognição quanto ao fato de alguém haver ou não praticado um fato típico e ilícito, sendo culpável, deve ocorrer apenas em primeira e em segunda instância, conforme, vale salientar, preceitua a melhor doutrina de direitos humanos no mundo inteiro.

Os recursos aplicáveis à terceira instância (STJ) e quarta instância (STF) não tem por objeto o mérito, mas eventual descumprimento de lei federal, divergência jurisprudencial ou demais questões de cunho preponderantemente formais ou de Direito.

Tais recursos apresentam-se como uma espécie prematura de revisão criminal, ou seja, servem para verificar se a decisão condenatória está realmente perfeita, ou se adotou a melhor dogmática jurídica, sem discutir mais se o agente praticou, ou não, o crime.

Essa realidade jurídica ficou esquecida por alguns anos, após a primeira mudança de entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, mas os fatos alarmantes da impunidade brasileira denunciaram a existência de milhares de recursos protelatórios, que tão somente ampliam a desigualdade de direitos entre ricos e pobres, tornam a jurisdição ineficiente, descaracterizam a finalidade de prevenção e retribuição da sanção penal e, desse modo, contrariam a Constituição Federal.

Não é adequado que um Tribunal composto por 11 magistrados, como o STF, realize 100 mil julgamentos por ano, em sua maioria de recursos protelatórios, sem fundamento jurídico algum.

Também não é adequado que os recursos sejam suprimidos da Lei, sendo exigível, que o tratamento e os efeitos deles sejam condizentes com a Constituição.

Desse modo, alimentar a propositura de recursos protelatórios, ao invés de permitir a prisão após a segunda instância, seria um grande risco à presunção de inocência, na medida em que, pressionado pelo excesso de processos, o STF deixasse de conseguir filtrar os recursos plausíveis e se tornasse mero repetidor de decisões dos tribunais inferiores.

Tais elementos, conforme demonstra o referencial teórico, redundou na mudança jurisprudencial no âmbito do STF, em 2016, quando do julgamento do HC 126.292, com o reconhecimento de que a presunção de inocência inicia-se de forma absoluta na Ação Penal, tornando-se mitigada após a condenação em segunda instância, quando passa a prevalecer a presunção de culpabilidade.

Desse modo, o STF realizou uma ponderação de princípios constitucionais, utilizando-se da razoabilidade, para determinar um momento exato em que a presunção de inocência deixa de ser absoluta e passa a ser mitigada, ocasião em que a presunção de culpabilidade deixa de ser nula e se torna mitigada.

Esclareça-se que a presunção de inocência é mitigada, pois não é obrigatório que o réu seja imediatamente preso, cabendo, nesse caso, a realização de um juízo a ser fundamentado pelo Tribunal de Justiça, no acórdão condenatório.

Porém, mesmo havendo prisão, a presunção de culpabilidade também não é absoluta, nem obrigatória, tendo em vista que sempre será possível o manejo de *habeas corpus*, para coibir a ilegalidade da prisão, quando houver elementos que a desqualifiquem.

Em suma, com a condenação em segunda instância, segundo entendimento vigente do STF, passa a coexistir, até o trânsito em julgado da Ação Penal, a presunção de inocência e também a presunção de culpabilidade, porém ambas mitigadas uma pela ponderação da outra.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Marcelo Cunha de Impetus. Só é preso quem quer: bastidores do sistema de punição seletiva. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CONTEÚDO JURÍDICO. A presunção de inocência: conteúdo histórico e relativismo. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html>. Acesso em: 30 set. 2016.
- GLOBO, O. Mapa da violência 2016 mostra recorde de homicídios no Brasil. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2016-mostra-recorde-de-homicidios-no-brasil-18931627>. Acesso em: 30 set. 2016.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- JOTA. Presunção de inocência até a condenação em segunda instância. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 30 set. 2016.
- JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. (Re)pensar o passado: breves reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 129-145, jul./set. 2008.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípios políticos do direito penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARACAJÁ, Luciano de Almeida. Princípio da culpabilidade penal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24939>. Acesso em: 30 set. 2016.
- PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre, n. 4, p. 113-128, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 346.463/MT. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14794539/recurso-extraordinario-re-346463-mt-stf>. Acesso em: 30 set. 2016.
- UOL NOTÍCIAS. 10 motivos para não ter saudades da ditadura. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/03/22/10-motivos-para-nao-ter-saudades-da-ditadura.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.
- YOUTUBE. Vídeo sobre sistema penal e presunção de inocência. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mYV0Ezvvfqc>. Acesso em: 30 set. 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.