

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO HABEAS CORPUS N. 126.292 JULGADO PELO
STF: STANDARDS DECISÓRIOS E O ADVENTO DA PRISÃO CAUTELAR
OBRIGATÓRIA**

***PRESUMPTION OF INNOCENCE IN HABEAS CORPUS N. 126.292 JUDGED BY STF:
DECISION-MAKING STANDARDS AND THE ADVENT OF MANDATORY
PRECAUTIONARY PRISON***

Daniela Chies Portal

Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), tendo obtido título de Lâurea Acadêmica. E-mail: daniela_chies@hotmail.com

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Doutor em Direito pela Università Federico II. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. E-mail: ricardogloeckner@hotmail.com

Recebido em: 15/10/2016

Aprovado em: 14/03/2017

Doi: 10.5585/rdb.v17i7.505

RESUMO: O artigo pretende discutir o impacto causado pela recente mudança de interpretação do STF quanto aos limites, sentidos e alcance do princípio da presunção de inocência. Partindo-se da compreensão de que a presunção de inocência é um princípio do qual podem ser extraídas três espécies normativas (regra de juízo, regra probatória e regra de tratamento), analisou-se o aspecto “norma de tratamento”, identificando no julgado, um conjunto de argumentos que indicam uma orientação repressivistas do tribunal. Além disso, constatou-se que tais argumentos utilizados pelos ministros, em grande parte, são epistemologicamente insustentáveis, especialmente diante de um processo penal democrático.

Palavras-Chave: Processo penal; Presunção de inocência; STF.

ABSTRACT: This article intends to discuss the impact caused by the recent interpretation turn from STF about the limits, meaning and reach of the beyond reasonable doubt clause. Starting with the comprehension that the beyond reasonable doubt clause is a principle, from which can be extracted three normative kind (judicial, evidentiary and treatment subprinciples), it was analyzed the “treatment subprinciple”, identifying in the STF decision, a set of arguments that indicates a repressive attitude of the court. Besides, it was verified that those arguments used by judges, are, majoritarily, epistemologically untenable, especially from a democratic criminal procedure view.

Keywords: Criminal procedure; Beyond reasonable doubt clause; STF.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A esfera de abrangência do Princípio da presunção da inocência: tingindo a garantia constitucional em tons dégradé; 2. O Argumento de Autoridade Metodologicamente Deslocado: ou de como comparar o imponderável; 3. Do Locus ocupado pelo STF no arcabouço recursal e do efeito unicamente devolutivo do Recurso Extraordinário e Especial; 4. Da necessidade de atender os anseios da sociedade pelo fim da impunidade e pela efetividade da prestação jurisdicional; 5. Presunção de Inocência & Guerra Contra a Corrupção; Conclusão; Referencias Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No campo do processo penal, a denominada garantia da presunção de inocência se constitui, dentro do perímetro do liberalismo processual penal, como a espinha dorsal do processo (CARRARA, 1944). Evidentemente, a presunção de inocência é um dos princípios que mais sofre com as mutações no campo político. Recordando-se aqui o pensamento de Goldschmidt (1935), se o processo penal é capaz de permitir a identificação de elementos autoritários ou democráticos no terreno político de uma nação, será justamente sobre a presunção de inocência que se cristalizarão tais influxos, que percorrerão pontos de fuga capazes de orientar as decisões judiciais em ambos os sentidos.

A história deste princípio sofre nítida interferência de suas interfaces com os aspectos políticos. Como bem lembra Ferrajoli (2004, p. 36), a opção entre um direito penal máximo e um direito penal mínimo ou mesmo entre um direito democrático e outro autoritário, está contida na equação: máxima eficiência do direito penal a ponto de se cogitar condenar inocentes ou absolver o maior número de inocentes com o custo de se absolver culpados? Se como bem lembra Carnelutti (1999), a história do processo penal é a história dos erros, *tertium non datur*.

A garantia constitucional da presunção de inocência, no caso brasileiro, reveste-se, como destaca Maurício Zanoide de Moraes, de uma tríplice carga normativa: será a presunção de inocência uma “norma de tratamento”, que disciplina o modo como o acusado será concebido no processo penal, o que permite-se concluir que será detentor de tal status até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; será a presunção de inocência equivalente a uma “norma de juízo”, endereçada ao julgador, e que adequaria ao brocardo “*in dubio pro reo*”; e, por fim, a presunção de inocência será concebida como uma norma “probatória”, o que significa dizer, na esteira de Rosenberg (2002, p. 54) que a carga (objetiva) ou o ônus da prova caberá ao acusador, no processo penal. Com efeito, no recente caso da mudança de orientação do STF no âmbito da presunção de inocência, cujos contornos foram redefinidos, o plano da presunção de inocência que sofreu o processo de reconfiguração semântica foi aquele da “norma de tratamento”. Isto pela circunstância de que o seu alcance e limite semântico resta configurado a partir da expressão “até o término do devido processo legal, a esfera de direitos dos indivíduos não sofrerá com eventuais atos estatais violadores” (MORAES, 2010, p. 426). Nesse sentido, a presunção de inocência como norma de tratamento garante que os “efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após o seu trânsito em julgado” (MORAES, 2010, p. 427).

A recente mudança na orientação do “entendimento” do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à extensão de aplicação do princípio da presunção foi consolidada no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e n.44, propostas pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, e que buscavam o reconhecimento da constitucionalidade da redação dada ao artigo 283 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011. A ação foi julgada pelo plenário do STF no dia 05 de outubro de 2016, e o entendimento majoritário (6x5) dos ministros foi o de que a presunção de inocência não obsta o início do cumprimento da pena de prisão logo após a condenação de segundo grau. O entendimento já havia sido esposado pelo pretório excelso no julgamento do

Habeas Corpus n. 126.292/SP, cuja análise será aqui realizada. A partir de tal julgamento, torna-se possível identificar os argumentos que o tribunal superior utilizou para reconstituir semanticamente o princípio em questão e, para além, permite avançar nas questões de fundo que rondam o não-dito, essencial à configuração de qualquer regime enunciativo (FOUCAULT, 1996, p. 09). Pode-se afirmar que os argumentos utilizados como critérios de enunciação de uma nova economia punitiva no cenário do processo penal brasileiro estão calcados em premissas fundamentalmente ancoradas, em nível molar, (DELEUZE, 1996, p. 83), nas estruturas da defesa social. Contudo, a política é atravessada por enfeixamentos e encadeamentos, que não se circunscrevem à chamada por Gilles Deleuze “segmentariedade dura”, isto é, o nível molar, que engloba, fundamentalmente, as instituições. O político também se desdobra no nível molecular, e é justamente neste campo que as concepções autoritárias conduzidas pelos ministros se encaixam, se cruzam e se retroalimentam. O fascismo, o autoritarismo, se revela justamente neste nível molecular. E portanto, através destas segmentariedades suaves, flexíveis, pode-se perceber como, através da linguagem, determinados ministros escorregam para concepções de lei e ordem, que poderiam ser sustentadas a partir do mesmo imaginário punitivo que guinda o slogan “*tough on crime*”, no sistema altamente seletivo e repressivo norte-americano, como “única” plataforma penal possível.

A política criminal de um Estado se inicia nas compreensões e nas emanações discursivas de sua corte mais alta. As decisões e os argumentos exarados pelos ministros, neste julgamento, demonstram como, apesar de repousar em alguma técnica jurídica de processo penal (e que também é precária), o cerne das questões discutidas e debatidas transitou em paralelo ao problema epistemológico da configuração normativa da presunção de inocência. São comparações, desejos de “como deveria ser o processo penal”, algumas concepções duras e limitadas do sistema jurídico brasileiro, em muitos contornos permeados por ideários propagandísticos que nutrem o julgado. Portanto, seria justo no nível molecular que se poderia perceber o grau de autoritarismo contido nas impressões do STF sobre a própria Constituição brasileira, solenemente ignorada.

A referida mudança de rota jurisprudencial, ocorrida no âmbito do julgamento do *habeas corpus* n. 126.292/SP, foi apoiada pela maioria dos ministros do colegiado (7x4). No caso paradigmático, o paciente havia sido condenado em primeiro grau à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e a 13 dias-multa, pela prática de roubo qualificado (art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal). Importante assinalar que o juiz sentenciante fez constar no *decisum* o direito de o réu recorrer em liberdade¹. Frente ao édito condenatório, somente a defesa recorreu da decisão. O apelo defensivo foi julgado pela 4.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado, configurando, assim, a execução provisória da sentença.

Diante disso, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC n. 313.021/SP), com pedido liminar de revogação da prisão cautelar decretada, sustentando o constrangimento ilegal infligido pela ordem de prisão que foi expedida sem “qualquer fundamentação cautelar que justificasse a execução da pena antes do trânsito em julgado” (BRASIL, 2015). O Ministro presidente, Francisco Falcão, indeferiu o pedido liminar e determinou o prosseguimento do *writ*. Contra esta decisão, buscando superar a súmula n. 691 do STF, a defesa impetrou nova ação autônoma de impugnação, dessa vez na Suprema Corte.

O caso ficou sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki que inicialmente deferiu a liminar, revogando a execução provisória da pena privativa de liberdade. Isso por que, no caso

¹ Nesse sentido foi a manifestação do juiz sentenciante: “Permito ao sentenciado [...] que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva”. Trecho extraído da decisão monocrática proferida pelo ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2016b).

em análise, o ministro verificou que o Tribunal paulista agiu em desconformidade com a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, pois “não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP” (BRASIL, 2015). Contudo, ao julgar o mérito do *habeas corpus*, o magistrado reviu seu posicionamento, entendendo que a execução provisória de acórdão penal condenatório, mesmo pendente de recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

De pronto, salta aos olhos uma possível violação da proibição da *non reformatio in pejus*, eis que a mudança de entendimento impôs situação mais gravosa ao réu, apesar de somente a defesa ter recorrido da sentença condenatória (que expressamente salvaguardava o direito do réu recorrer em liberdade). A afronta ao princípio processual penal foi inclusive reconhecida no parecer do Subprocurador-Geral da República que opinou pela concessão da ordem no caso em comento.

Para além deste, muitos outros questionamentos podem ser feitos sobre a fundamentação dos votos proferidos no acórdão em tela. Do ponto de vista metodológico, será relevante enfrentar-se os argumentos isoladamente, no escopo de se verificar, como de maneira autônoma, os argumentos não se sustentam. Além disso, a fragmentação dos argumentos permitirá, ao fim e ao cabo, mediante a estruturação de determinados standards decisórios (não obstante se tratar de um julgamento singular operado por colegiado), fazer emergir os discursos que se encontram invisibilizados nos votos e nos usos, de boa ou má técnica processual – dos ministros.

1. A ESFERA DE ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: TINGINDO A GARANTIA CONSTITUCIONAL EM TONS DÉGRADÉ

A questão central sustentada no voto condutor proferido pelo relator Teori Zavascki é o alcance do princípio da presunção da inocência. No entendimento do Ministro, o acusado é considerado inocente até ser esgotada a análise fático-probatória da alegada conduta delitativa, que ocorreria em juízo de apelação, já que nos recursos destinados aos tribunais extraordinários não é permitida, por previsão sumulada, a reanálise dessas questões. Ou seja, num primeiro momento a presunção de inocência seria dotada de tons fortes e irradiando os efeitos esperados, contudo, ao chegar no fim da fase ordinária ela perde seu brilho e pode ser, nas palavras do Ministro, relativizada ou mesmo invertida:

Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Ou seja, ocorre uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, no juízo de apelação. Desse modo, “tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (grifo nosso) (BRASIL, 2016, p.6)

Na mesma linha argumentativa seguiu o Ministro Luis Roberto Barroso, ao ponderar que o princípio da presunção de inocência “adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem” (BRASIL, 2016, p.41). No mesmo sentido, foi o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, para quem o princípio em debate não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo, de tal modo que, “conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado” (BRASIL, 2016, p.72), devendo a presunção de não culpabilidade “evoluir de acordo com o estágio do procedimento” (BRASIL, 2016, p.68). Ainda sobre o

alcance da presunção da inocência o ministro Luis Roberto Barroso, em ousada leitura sistemática, conclui que a Constituição Brasileira “não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2016, p.35). Concordando com o argumento, a Ministra Carmen Lúcia afirma: “a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação” (BRASIL, 2016, p.62).

A primeira crítica que se pode tecer sobre o posicionamento dos julgadores, é o próprio limite hermenêutico posto pela clareza do texto constitucional: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Parece bastante nítido que a Carta Magna não posicionou o ponto limítrofe da presunção de inocência no juízo de apelação ordinário. Na verdade, todo o oposto, é o trânsito em julgado que marca a passagem da condição de inocente para a de culpado. Como bem sinalizam Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró, em parecer elaborado para o caso em comento, a Constituição é “uma carta escrita pelo constituinte, e não uma folha em branco”; e ainda, o supremo colegiado “é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas” (2016, p.17).

Sobre este ponto se manifestou, no julgado, o Ministro Celso de Mello:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (Grifo no original) (BRASIL, 2016, p.93)

Interessante notar-se que neste primeiro bloco de argumentos, a presunção de inocência é tratada pelos ministros como afeita ao seu aspecto de norma probatória, especialmente no voto do ministro Teori Zavascki. Sugere o ministro uma “inversão” do princípio da presunção de inocência, o que implicaria que o acusado, uma vez condenado em primeiro ou segundo grau, demonstrasse a sua inocência. A sugestão tem como paradigma a clássica afirmação da progressividade do processo, inspirada claramente em vetores eficientistas. A progressão do processo, contudo, em nada se coaduna com matéria probatória. Mesmo que o processo se dirija para seu momento de encerramento, ao ultrapassar distintos graus de jurisdição, os elementos probatórios recolhidos e as eventuais condenações e manutenções de decisões condenatórias não afastam a presunção de inocência. Este ministro, ao suscitar a “inversão” da presunção de inocência, acaba por chegar a uma conclusão não apenas incabível diante da dicção dada ao princípio, mas diametralmente oposta. Aqui, a posição dos ministros se assemelha ao pensamento antiquado criticado por Illuminati (1979). Segundo o autor, este pensamento “*old fashion*” partia de um pressuposto: o reconhecimento da presunção de inocência em grau recursivo equivaleria presumir a injustiça da decisão de primeiro grau (MORTARA, ALOISI, 1924). Segundo Illuminati (1979, p. 157), o accertamento do fato contido nas decisões anteriores é algo que se deve levar em consideração. Contudo, não é motivo idôneo para modificar ou mesmo para inverter (como na sugestão do ministro Zavascki), uma norma de juízo. Neste caso, a presunção de inocência não apresenta uma determinada valoração de mérito, mas se limita a indicar o caminho que o magistrado deve seguir para chegar à decisão, em qualquer fase do processo (ILLUMINATI, 1979, p. 157).

Evidentemente, como destaca Illuminati, a presunção de inocência não é abandonada após o juízo de primeiro ou mesmo de segundo grau. Para o autor, a presunção de inocência deve ser assegurada em todo o processo, inclusive no juízo de impugnação extraordinário (ILLUMINATI, 1979, p. 159). Presumir o acusado como inocente no juízo de impugnação

significa que a sentença condenatória não pode constituir um pré-juízo no que diz respeito à prática do crime. Mesmo no caso do recurso extraordinário, que segundo o voto de alguns ministros, não examinaria matéria de mérito, e por isso, seria mais suscetível de confirmar os fatos já julgados em instâncias anteriores, a presunção de inocência, no mínimo, operaria de maneira indireta, já que o que é vindicável no pleito rescisório é justamente a correição das decisões anteriores, que não se podem furtar ao controle de validade. No caso dos recursos de natureza extraordinária, a presunção de inocência opera sobre o plano da correição da imputação, do procedimento e de eventuais sanções aplicadas, não se resumindo ao “mérito”, se por “mérito” se entender o complexo ou conjunto de eventos fáticos.

Esta compreensão do STF revela uma inegável confusão terminológica e que pode ser constatada nos argumentos de alguns ministros, que não distinguem matéria fática e mérito no processo penal. Se o objeto do processo penal é uma imputação, o que se tem são fatos processuais (BADARÓ, 2009, p. 221), não estando adstrito, o tribunal ou o juiz de primeiro grau, a fatos interpretados como elementos naturalísticos. Toda imputação é reconfiguração normativa que toma da realidade a base fática. Entretanto, a sua reconfiguração normativa torna toda questão de fato uma questão de direito, obrigatoriamente. A cisão entre questão de fato e questão de direito só é admissível em uma compreensão metafísica, através de um clássico recorte entre sujeito e objeto. E, para além disso, basta se perceber que na história do direito, tais clássicas distinções entre fato e direito foram progressivamente abandonadas por insuficiência e simplismo. Como exemplos podemos citar a impraticabilidade da distinção entre erro de fato e erro de direito (a fim de explicar o erro de tipo e o erro de proibição no direito penal), a insubsistência, no campo do processo, desta categoria como apta para se poder dividir os erros em *iudicando* e *procedendo*. Ou ainda, a absurda resolução de casos com base no brocardo “*naha mihi factum dabo tibi jus*”, que expressam uma ultrapassada postura de que o acusado se defende apenas dos fatos, não obstante a existência de delitos constituídos, em seu núcleo, por uma tipicidade essencialmente normativa (GLOECKNER, 2016).

Nesse sentido, não se pode olvidar, a nova interpretação dada ao Art. 5º, LVII, do texto maior, configura clara emenda constitucional. Sobre o tema, em seu voto divergente, o Ministro Marco Aurélio afirmou tratar-se de “verdadeira promulgação de emenda constitucional”, e ainda ofereceu a seguinte ressalva: “tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1026, p.78). Resta evidenciado que o judiciário promoveu alteração constitucional, em notada violação da separação de poderes e da clausula pétreia citada pelo referido ministro.

2. O ARGUMENTO DE AUTORIDADE METODOLOGICAMENTE DESLOCADO: OU DE COMO COMPARAR O IMPONDERÁVEL

Além da readequação normativa que alguns votos operaram sobre a presunção de inocência, inclusive advogando a cessação dos efeitos da norma de tratamento em sede de recursos extraordinários, tal postura recorreu ao direito comparado para tentar legitimar a decisão. Sobre essa importação deliberada de paradigmas penais alienígenas, importante o alerta de Geraldo Prado:

A argumentação estribada nos ordenamentos jurídicos de outros Estados e nos sistemas de proteção de direitos humanos enfrenta o desafio da tradução entre experiências jurídicas de origem diversa. Em qualquer caso há premissas teóricas cujas bases são investigadas pela história específica de nosso modelo de justiça criminal. O corpus teórico que constitui o Direito Processual Penal não é caprichoso ou acidental. Os conceitos do processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (2015, p.10).

Desconsiderando essas especificidades, o ministro relator fez amplo passeio pelo Direito comparado, para concluir pela diminuição do alcance do princípio da presunção de inocência. Na mesma senda, o Ministro Luiz Fux entende que o magistério jurisprudencial anterior estava distorcido e recorre à outra definição para a presunção de não culpabilidade que não a do texto constitucional pátrio: “E *presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: ‘Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.’ Não há necessidade do trânsito em julgado*”. (BRASIL, 2016, p.58) (*sic*). Também o ministro Gilmar Mendes encaminha o seu voto aduzindo que “uma análise do direito comparado permite verificar que a extensão da garantia contra a prisão até o trânsito em julgado está longe de ser preponderante” (BRASIL, 2016, p.69).

Inegável que a construção constitucional brasileira do conceito em pauta é mais abrangente do que aquela encontrada em outros modelos. Como referem Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró, ao presumir o acusado inocente até o trânsito em julgado, o marco temporal final de aplicabilidade da presunção de inocência em nossa Constituição “supera os diplomas internacionais de direitos humanos, e outros textos constitucionais sobre a matéria” (2016, p. 11). Ocorre que os sistemas jurídicos de outros países não podem servir como estofos comparatísticos para ignorar a literalidade do texto supremo, mormente *in malam partem*. De acordo com Geraldo Prado: “não faz sentido aplicar a interpretação da Constituição norte-americana (e de suas emendas) ao direito brasileiro em contrariedade ao texto expresso na nossa Constituição” (2016, p.9). Ademais, como exposto acima, para alterar a construção constitucional brasileira, “e possibilitar uma situação paralela à vista em outros países, seria necessário, também, uma alteração constitucional, e não simples leitura jurisprudencial” (2016, p.24), como acertadamente lembra o Renato de Mello Jorge Silveira, em parecer elaborado para o caso em debate. Não bastasse isso, conforme já referido, os ministros chegam ao extremo de recorrer à legislação infraconstitucional, mais especificamente à “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar n.135/2010), para justificar a mudança de entendimento. Os julgadores se socorreram do referido diploma, já que ele permite a produção de efeitos (a ilegitimidade) contra o acusado antes do trânsito em julgado da sentença.

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, para quem a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, “são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe no reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio” (1991, p.43). Dessa forma, resta evidenciado que a antecipação da prisão obrigatória (por magistratura jurisprudencial) e não por força das condições fático-jurídicas do caso, eventual *periculum libertatis*, por exemplo, resulta na exclusão total da presunção de inocência, “ao menos no seu aspecto de norma de tratamento” (MORAES, 2010, p. 435).

Preliminarmente, o Supremo Tribunal Federal utiliza como critério uma comparação, metodologicamente das mais equivocadas, ao tentar balizar o texto constitucional brasileiro com uma Constituição não escrita, como o caso da inglesa. O mesmo argumento seria possível de ser trasladado para o caso da Constituição americana, que não possui previsão expressa deste princípio. A comparação realizada, preliminarmente, não é entre dois textos constitucionais, o que por si só colocaria por água abaixo a seriedade da pesquisa. Evidentemente que eventual descumprimento de cláusula constitucional, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, conduz a efeitos jurídicos e a medidas jurídicas completamente distintas, naquilo que concerne e repercute na esfera dos recursos de natureza extraordinário. A começar pela natureza seletiva dos casos que são efetivamente examinados pela Suprema Corte Americana. Isso (*writ of certiorari*) para não tocar no cerne da questão, consistente no julgamento perante o tribunal do júri, que conduz a uma forçosa limitação no que diz respeito ao exercício dos recursos (especialmente para

a acusação). Além disso, o termo “*beyond reasonable doubt*” opera unicamente como um elemento de construção epistêmica do processo, isto é, um determinado standard probatório exigido para que se possa decretar a condenação de alguém. Contudo, em um sistema no qual o júri detém a legitimidade para pronunciamento das decisões, o que sabidamente não é regra no Brasil. Além do mais, o STF, citando doutrina, afirma que a regra estaria presente no “*Criminal Procedure Code*” (que se supõe seja o *Federal Rules of Criminal Procedure*) e que regula os processos criminais federais, já que cada Estado norte-americano possui autonomia para elaborar as suas próprias regras em matéria de processo criminal (competência da justiça estadual). Além disso, como standard probatório (e não como norma de tratamento) endereçada ao júri, se está diante de uma cláusula epistêmica do processo, que não possui grandes relações no que diz respeito aos efeitos recursais. Além do mais, os Estados Unidos não representam um ordenamento jurídico que ofereça qualquer espécie de similitude com os regramentos processuais criminais recursais brasileiros. A comparação é forçada e equivocada, pois a cláusula *beyond a reasonable doubt*, utilizada como argumento de autoridade e com assombroso emprego atécnico pelo STF (para se compreender o teor da cláusula e da dificuldade no seu manejo Cf LAUDAN, 2013) pouco acresce à discussão que se deve dar no Brasil, por intermédio de princípio constitucional exposto.

Outro ponto que merece destaque é a menção ao sistema alemão. Um simples elemento já colocaria por terra o argumento sustentado pelo STF, igualmente sustentado por doutrina. Para efeitos recursais, o recurso à cassação pode operar *per saltum*, isto é, não é necessário o transcurso de todos os níveis jurisdicionais, como no caso brasileiro, que tem como exemplo, a própria Súmula 691 do STF. No caso de o acusado restar insatisfeito com a valoração da matéria “de direito”, poderá interpor diretamente o recurso de cassação na Alemanha, pelo que eventual nulidade não necessitará de um tempo excessivamente longo, em privação de liberdade, para ser examinada (Cf ROXIN, 2002, p. 467). Além disso, é manifestamente inverídica a afirmação de que o recurso de cassação, na Alemanha, possui apenas o efeito devolutivo. Roxin afirma que a cassação se dirige também contra sentenças e em caso de uma interposição tardia ou com defeitos de forma, os efeitos devolutivo e suspensivo são limitados como na apelação (ROXIN, 2002, p. 447).

No que diz respeito à comparação com a legislação francesa, novamente, absolutamente inapropriada a comparação. A Constituição francesa estabelece em seu art. 9º que “todas as pessoas serão consideradas inocentes, até que sejam declaradas culpadas”. É mais do que óbvio que existe a possibilidade de alguém ser preso cautelarmente mesmo na pendência de recurso de caráter extraordinário. E isto está regulado no art. 465 do Código de Processo Penal Francês, que exige decisão fundamentada para que o sujeito seja preso cautelarmente. Não se trata dos mesmos efeitos da “execução provisória da pena” como um automático cumprimento da pena.

Efetivamente, não é necessário avançar em todos os aspectos das demais legislações para se chegar ao ponto fundamental: em nenhum destes países há disposição expressa no sentido de limitar a condenação ao trânsito em julgado. A palavra-chave é trânsito em julgado e, logicamente, a coisa julgada não pode ser constituída a partir da pendência de questões não resolvidas no recurso de natureza extraordinária.

3. DO LOCUS OCUPADO PELO STF NO ARCABOUÇO RECURSAL E DO EFEITO UNICAMENTE DEVOLUTIVO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Sustenta o Ministro Luis Roberto Barroso que ao STF não cabe revisar injustiças no caso concreto, mas tão somente “tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional” (BRASIL, 2016, p.41). Por essa razão aos recursos extraordinários deve ser atribuído somente o efeito devolutivo, pois não mais se discutem aspectos fáticos e probatórios. Também para a Ministra Cármen Lúcia, não há ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal autorizar “o início do cumprimento de pena, quando já exaurida a fase de provas” (BRASIL, 2016, p.62).

Para o Ministro Teori Zavascki:

A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado (BRASIL, 2016, p.18).

Na mesma linha segue o Ministro Edson Fachin, defendendo que os recursos extraordinário e especial devem ser recebidos no efeito meramente devolutivo, pois a própria Constituição vedaria “o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias” (BRASIL, 2016, p.24). Para o julgador, a atual interpretação da garantia em perspectiva “leva a um agigantamento dos afazeres da suprema corte” (BRASIL, 2016, p.21) dentre os quais não pode estar “uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos” (BRASIL, 2016, p.21). Adjunto à esta linha argumentativa, o Ministro Luiz Fux afirma que, quando o recurso chegar aos Tribunais Superiores, somente são devolvidas, para análise, questões constitucionais e federais. Com isso, frente à indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão, ocorre uma coisa julgada singular, há uma “coisa julgada em capítulos”. Realizando uma ponderação malabarista, o Ministro procura fazer uma antecipação do trânsito em julgado:

Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento. (BRASIL, 2016, p.59)

Ocorre que essas leituras não podem ser pensadas como apartadas do conceito de culpabilidade que, como leciona Geraldo Prado (2016), no Brasil, não é fática (como é, por exemplo, o conceito norte americano), mas sim jurídica. Portanto, concluem Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró, “é errado afirmar-se que 'a culpa está provada' após a decisão de segundo grau” (2016, p.20), na medida em que o constituinte de 1988 deixou claro que a presunção de não culpabilidade deve ser observada até o trânsito em julgado, indo, portanto, “muito além de uma consideração fechada na disciplina jurídica da prova” (SILVEIRA, 2016, p.17).

Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró (2016) advertem que, embora no recurso especial e extraordinário não se discuta matéria fática, são discutidas matérias predominantemente de direito, nulidades processuais, bem como os critérios de apreciação da prova. Nesse sentido, com o provimento do recurso, o acórdão condenatório pode ser anulado (se verificada a violação de regra legal ou garantia constitucional de natureza processual) ou ter os seus efeitos

substancialmente alterados com a reforma da decisão que pode redundar em uma absolvição, revisão do quantum punitivo ou mesmo da espécie de pena privativa de liberdade aplicada. Cabe mencionar ainda que tramita, na Câmara dos deputados, o Projeto de lei n. 4577 de 2016, que busca atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e especial em matéria penal.

Outro ponto que reforça o posicionamento de que ninguém pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, mesmo depois de passar pelos tribunais ordinários no crivo revisional do julgamento de apelação, é apontado por Renato de Mello Jorge Silveira. É que, em nosso país, recurso, em sentido lato, não é unicamente a apelação criminal, mas, também, os recursos destinados às cortes extraordinárias, logo enquanto recurso houver não se dará o trânsito em julgado. “Em outras palavras, somente após todas as instâncias recursais (a princípio, devolutivas ou suspensivas), é que alguém poderia ser visto como culpado, ou, mesmo, ter o seu nome incluído no rol dos culpados” (SILVEIRA, 2016, p.22)

No ponto, o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, referindo o artigo 520 do Novo Código de Processo Civil, traça importante paralelo entre o tratamento dado à questão na esfera civil e penal:

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores. [...] em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (BRASIL, 2016 p.100-101)

A pergunta que ressoa é: quem paga o preço da liberdade? A punição do culpado sobrepesa a imunidade do inocente? Frente a estes questionamentos Augusto Jobim do Amaral denuncia: “há uma enorme irresponsabilidade político-criminal envolvida na decisão do STF” (2016, p.3). Ainda sobre a temática lembramos o magistério de Jacinto Coutinho:

Há que se considerar – e assumir – que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o “tempo” que lhe foi tomado se, ao final, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal der provimento ao recurso especial ou extraordinário, para, por exemplo, anular *ab initio* o processo, ou reduzir sua pena ou, ainda, alterar o regime de cumprimento. [...]

Se se tem no Brasil uma “Constituição cidadã” e que aponta na direção da civilidade, tudo que venha de encontro a ela aponta na direção da barbárie porque, como se sabe, tende a suprimir direitos e garantias constitucionais que não são de alguns, mas de todos. (2015, p.2)

Com efeito, a coisa julgada não pode ser cindida em “fragmentos fáticos”, uma vez que como já referido, o objeto do processo é a imputação, que lida com fatos processuais, e não obviamente, naturalísticos. Ademais, se fosse correto o argumento dos Ministros, o STF estaria impedido de absolver qualquer acusado. Mas não é o que se verifica. Apenas como exemplo, o reconhecido princípio da insignificância em matéria penal tem conduzido o próprio STF a absolver acusados. Em caso de aplicação da coisa julgada parcial, como na sugestão teratológica do Ministro, a absolvição do STF no caso de recurso extraordinário teria, obrigatoriamente, de ser equivalente a uma revisão criminal, o que é insustentável.

Ao que parece, o STF trata de, em seus argumentos aproximar ainda mais as suas funções com aquelas verificadas na Suprema Corte Americana (dentre elas, a já introduzida questão da repercussão geral e o pequeno, para não dizer nulo, interesse na resolução do caso concreto, importando tão somente os efeitos das decisões da corte).

A distinção entre efeitos devolutivo e suspensivo tem seu motivo conceitual, na malfadada teoria geral do processo, capaz de produzir uma “teoria geral dos recursos”. O sistema recursal norte-americano não se assemelha nem um pouco com o brasileiro. Além disso, o STF, por regra constitucional insculpida no art. 102 da Constituição, exerce função de corte de cassação no que diz respeito aos recursos que chegam ao seu conhecimento. E neste sentido, eventual limitação da presunção de inocência deveria acomodar, obrigatoriamente, a possibilidade de recurso *per saltum*, que integra a lógica das cortes de cassação nos sistemas processuais continentais. A incoerência é tamanha que se deseja estabelecer um sistema dos mais perversos conhecidos no mundo: um órgão com competência para o exercício da cassação, sem o recurso *per saltum*, somado a um lento e moroso itinerário recursal, com o trânsito em julgado da decisão (leia-se cumprimento da pena) após a decisão de segundo grau.

4. DA NECESSIDADE DE ATENDER AOS ANSEIOS DA SOCIEDADE PELO FIM DA IMPUNIDADE E PELA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A retórica dos votos não deixa dúvida de que o aumento da expansão do raio de intervenção do direito punitivo, produzido pela flexibilização da garantia em comento, se destina a atender “ao clamor popular” e vem alinhada ao discurso do senso comum punitivista (*everyday theories*). Outra interpretação não seria possível, frente ao argumento trazido, por exemplo, pelo Ministro relator, que se diz preocupado com a necessidade de compatibilizar “valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade” (BRASIL, 2016, p.4). O Ministro Luiz Fux segue a mesma trilha, afirmando que a atual dimensão dada ao princípio da presunção de inocência “não corresponde à expectativa da sociedade” (BRASIL, 2016, p.58). Argumenta que a interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social que rejeita “essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer” (BRASIL, 2016, p.59).

O Ministro relator Teori Zavascki acusa, ainda, o princípio da presunção da inocência de ter “permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória” (BRASIL, 2016, p.17). Aponta que tal uso da presunção de não culpabilidade acaba representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

O argumento é reiterado pelo Ministro Luis Roberto Barroso que encoraja a remodelação do princípio constitucional em debate, posto que permitirá “tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado” (BRASIL, 2016, p.28) ao coibir “a infundável interposição de recursos protelatórios e favorecer a valorização da jurisdição criminal ordinária” (BRASIL, 2016, p.28). Cabe anotar que a fundamentação do voto em comento veio acompanhado de estatística relativa ao grande número de casos de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro que prescreveram em nosso país. Na sanha de defender tal argumento, o julgador chega a extremos:

[...] com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. (grifo nosso) (BRASIL, 2016, p.27)

O supracitado membro da suprema corte refere, inclusive, que nos casos do tribunal do júri, frente à soberania dos seus vereditos, “talvez se devesse até mesmo pensar a questão do segundo grau” (BRASIL, 2016, p.65). O Ministro defende que o fim da garantia promove uma igualdade na aplicação da lei penal, em tese apta a “diminuir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário” (BRASIL, 2016, p.28) (*sic*). Isso por que, segundo sua visão, somente os possuidores de elevado poder econômico conseguem chegar às cortes recursais extraordinárias.

Seguindo a análise das construções elaboradas pela máxima corte, passa-se ao posicionamento proferido pelo Ministro Edson Fachin defendendo que, em razão da estrutura recursal brasileira, se persistisse o entendimento anteriormente dado à regra do art. 5º, LVII, da CF, a execução da pena privativa de liberdade “estaria condicionada à concordância do apenado” (BRASIL, 2016, p.25), ou seja, só ocorreria quando o réu “se conformasse com sua sorte” (BRASIL, 2016, p.24-25), e deixasse de interpor recursos. Somado a esse argumento, o magistrado aponta que ao se dar caráter absoluto à presunção de inocência, estar-se-ia admitindo a “presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias”. Nas entrelinhas, propõe o magistrado a substituição da “presunção de inocência” pela “presunção de confiança nas instâncias ordinárias” (BRASIL, 2016, p.25).

Sobre a temática, Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró sustentam que “se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados” (2016, p. 37). Na mesma senda, Renato de Mello Jorge Silveira, reconhece que a sociedade está assombrada com as inúmeras denúncias de casos de corrupção e pode mesmo pairar um sentimento de impunidade, “entretanto, a busca por uma efetividade não pode, jamais, sustentar uma agressão aos primados mais caros conquistados pela Constituição de 1988” (2016, p.28).

O argumento de que os acusados “pobres” não recorrem e, portanto, de que a presunção de inocência protegeria apenas “ricos” é desmentido pela prática. Em 2011, foram ajuizados, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, cerca de 7.854 habeas corpus com pedido liminar no STJ, demonstrando que o argumento trazido pelo STF é falacioso. Para se ter notícia da importância da questão, cerca de 70% dos casos de habeas corpus que chegam ao STJ tratam da questão de liberdade, seja ela antes da decisão condenatória, no momento da aplicação da pena ou ainda, na fase de execução (BOTTINO, HARTMANN, 2013).

Afirmar-se que o STF deve prestar contas de seus atos à sociedade equivale a sucumbir ao que Eugenio Raul Zaffaroni (2011) diagnosticou como “criminologia midiática”, responsável por determinados condicionamentos das instituições legais ao sentimento de insegurança ou de punitividade emanado da população (PRATT, 2007). A lógica de subordinar a atuação do sistema penal a elementos estranhos, como o sentimento da população acaba por desgastar ainda mais as instituições que tentam se afastar do foco dos *media*, denominados por Howard Becker como “empresários morais” (2008, p.153). As “cruzadas morais” encampadas em nome da moralização, que transformam o Judiciário em um organismo moroso, complacente e improdutivo ao que parece, atingiu inclusive aqueles que deveriam garantir a sua indenidade a tais pretensões. Um Judiciário que não consegue ser contramajoritário perde a sua capacidade de tutelar a Constituição, à medida que determinadas garantias são concebidas para a proteção do hipossuficiente (Ferrajoli, 2004).

Assim, o STF mutila gravemente a garantia constitucional da presunção de inocência, usando como fundamento o perene discurso da impunidade endêmica, associado à necessidade de se dar maior efetividade às decisões condenatórias proferidas contra os “*hostis*”. E em adição, sem cerimônia, transfere ao direito de defesa a problema da morosidade da Justiça. Como

demonstra Ricardo Genelhú (2015), a impunidade é um discurso utilizado pelas teorias do senso comum, tendo como objetivo a expansão e a constante relegitimação do sistema penal. A impunidade é utilizada como um grande significante vazio (LACLAU, 2010), capaz de articular forças, categorias, conceitos e práticas que envolvem o sistema penal. Evidentemente, temos então, aí, um fenômeno de autoestabilização do sistema penal, que procura os próprios fantasmas que ajudou a criar. Este conceito, despido de qualquer concretude empírica (afinal, onde estão as pesquisas que suportam a conclusão de que o Brasil é o país da impunidade, diante de uma massa carcerária que aumenta consideravelmente ano após ano?), infelizmente, alimenta um imaginário que também torna o STF refém de políticas repressivistas. Segundo dados do Infopen, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, em 2014, com cerca de 607.731 presos. Possui, segundo, dados do Infopen, a sexta maior taxa de prisionização por 100 mil habitantes, correspondente a 299,7 (BRASIL, 2014).

Restaria saber se a impunidade de que tratam os Ministros é ela, também seletiva.

5. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA & GUERRA CONTRA A CORRUPÇÃO

Dos trechos acima colacionados, verificamos que o STF entende que a sua missão é oferecer um sedante simbólico para que a população possa ter amenizada a sensação de insegurança.

No ponto cabe o debate: este retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais perpetrado pelo STF, teria sido de alguma forma influenciado pelo “discurso da ocasião”: o combate à corrupção? (AMARAL, 2016, p.3) Entendemos que sim. Isso por que, como bem explica Rui Cunha Martins, as paredes que separam o processo penal dos influxos autoritários provenientes da mídia e lastreados na opinião publicada, são porosas e permitem uma contaminação (2010). Por isso é que os argumentos apresentados no acórdão em análise encontram ressonância, por exemplo, no projeto de lei do Senado n. 402/2015, apresentado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, e que propõe viabilizar a decretação da prisão para “crimes graves” a partir do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeito a recurso.

No mesmo sentido podem ser traçados paralelos entre a fundamentação do *decisum* em comento com o artigo veiculado pelo jornal *O Globo*, no qual o juiz Sérgio Moro, ao defender o projeto de lei supracitado, afirma que a execução provisória da sentença condenatória após o julgamento em segundo grau de jurisdição não viola a presunção de inocência, e assinala: “os únicos prejudicados são os poderes da inércia, da omissão e da impunidade” (MORO, 2016).

Alinhada com essas ideias torna-se necessário considerar ainda a campanha “10 Medidas Contra a Corrupção”, lançada pelo Ministério Público Federal. Em especial, cabe notar a medida de número 4, intitulada “Aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal”, que propõe, dentre outras mudanças: a possibilidade de execução provisória da pena após julgamento de mérito do caso por tribunal de apelação, conforme acontece em inúmeros países. As propostas, acertadamente refere Jacinto Coutinho, refletem “uma guinada do MPF na direção do repressivismo e do punitivismo, sem muitos olhos para a Constituição da República e mormente, nela, para as cláusulas pétreas” (2015, p.2). Delineado o contexto em que emergiu a mudança jurisprudencial, inegável que o recrudescimento interpretativo da garantia constitucional dado pelo STF, tem seus contornos dados pelos alegados anseios de segurança pública e de combate à corrupção e à impunidade. Isso tudo conduzido por uma lógica binária, absolutamente superada, de cisão entre os supostos direitos da sociedade e direitos individuais. É a lógica do inimigo, que nunca foi superada, e que permanece produzindo efeitos antidemocráticos.

O diagnóstico deste cenário, dado por Augusto Jobim do Amaral é preciso: “o que avança é o enorme investimento no cerceamento de liberdades presente nas dinâmicas securitárias sob a promessa de menos risco, que acabam por acarretar nenhum acréscimo de

segurança e, como resultado certo, trilharam passos largos na direção de regimes autoritários” (2013, p. 91). É por isso mesmo que, com o novo posicionamento jurisprudencial, as instâncias extraordinárias funcionarão como uma reserva sem o alcance da garantia constitucional da presunção de inocência. Quando o Pretório Excelso autorizou a execução antecipada da pena, ignorando a literalidade do texto constitucional, suprimiu o “Direito com o próprio Direito”. Em perfeito repúdio ao Estado Democrático de Direito, mas em magistral alinhamento com a lógica de supressões de direito envolvida na caça às bruxas corruptas.

Ao seguir este caminho, o STF reafirma sua mais recente vocação autoritária, que no bem dizer de Maria Lucia Karam, acaba por empreender “uma viagem de ‘volta para o futuro’ previsto para um 1984, que só se tornou passado nas folhas do calendário” (2009, p.51).

CONCLUSÃO

De todo o exposto, a denominada execução provisória da pena, no plano linguístico, se constitui como um eufemismo a dois tempos. Em primeiro lugar, por que no campo do processo penal, a presunção de inocência jamais desautorizou a prisão cautelar de quem quer que fosse. Havendo motivos (e a população carcerária provisória, no Brasil, é altíssima), é possível decretar-se a prisão preventiva do acusado. E disso ninguém duvida.

Entretanto, o que se pretende é criar uma forma de prisão cautelar obrigatória, em lógica muito semelhante aos dispositivos legais que condicionavam o conhecimento da apelação à prisão do acusado. Ou ainda, na mesma esteira das prisões obrigatórias decorrentes de condenação por crime hediondo, posteriormente reputadas inconstitucionais. A denominada execução provisória da pena é uma categoria híbrida, que serve para assegurar uma prisão cautelar obrigatória. Com efeito, se a decisão condenatória apenas transita em julgado após a publicação da certidão que confirme o advento da coisa julgada – não obstante os esforços dos Ministros em tentar afirmar que a coisa julgada operaria antes do trânsito em julgado – a execução provisória é uma prisão cautelar obrigatória, sem exame de eventuais requisitos de sua cautelaridade. Contudo, prisões cautelares obrigatórias não se encontram em nenhum lugar do mundo. Há uma brutal diferença entre a possibilidade de prisão cautelar em grau recursal e prisão cautelar obrigatória, que deixaria inclusive de ser cautelar e se constituiria como uma nova modalidade, algo como uma prisão de natureza administrativa, posto que não subordinada a nenhum requisito normativo ou jurídico. Prisão sem requisitos ou pressupostos se constitui como uma medida administrativa. Portanto, o termo “execução provisória” é um eufemismo para não se dizer o que de fato ela é: um mecanismo de aprisionamento em massa, gerindo, tão ao gosto dos “dispositivos de segurança foucaultianos”, uma população pré-carcerária.

Num segundo momento, a figura de linguagem também operaria em um regime de “foraclusão” dos dispositivos constitucionais mais elementares. Para se decidir sobre o alcance e o sentido de texto constitucional expresso, o recurso encontrado pelo STF foi o de buscar argumentos em qualquer dado do sensível, menos na própria Constituição. A “foraclusão” da Constituição como operação de invasão do discurso por pseudo-argumentos, que fazem emergir, em nível molar o autoritarismo molecular poderia ser sintetizado na expressão de Gilles Deleuze: em nível molar, ninguém se declara fascista (1996). O fascismo aparece justamente no nível molecular, no nível da segmentariedade flexível e subjetiva. Do campo da argumentação utilizada pelo STF, ninguém acusa, no nível molar, a Constituição de ser essencialmente democrática. É no nível molecular que se promove a subordinação da Constituição a sentimentos autoritários. Assim, a análise do traço deixado pelos argumentos em que os Ministros do pretório excelso se apoiam para reduzir o alcance do princípio da presunção de inocência e para provocarem o *start* da prisão cautelar obrigatória, evidencia que a corte guardiã da Constituição Democrática não vê problemas em se posicionar de forma antidemocrática em nível molecular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

10 Medidas Contra a Corrupção. disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>, acesso em: 25 set. 2016

AMARAL, Augusto Jobim do. *A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC126.292/SP pelo STF*. Boletim do IBCCRIM, ano 24, n. 281, p. 3, abr., 2016.

AMARAL, Augusto Jobim do. *A pré-ocupação de inocência no processo penal*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, p. 91, jan./jun. 2013.

BADARÓ, Gusravo Henrique. *Correlação Entre Acusação e Sentença*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOTTINO, Thiago; HARTMANN, Ivar. *Radiografia do Habeas Corpus no STJ*. In Boletim do IBCCRIM. a. 21. n. 253. São Paulo, 2013. p. 2-3.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n. 313.021 da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 22 de dezembro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Edição n. 1666. Brasília, DF, 02 fevereiro. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 126.292 da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico n. 22*, Brasília, 02 fevereiro. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 126.292 da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico n. 100*, Brasília, DF, 17 maio. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado en la Real Universidad de Pisa*. v. II. Trad. de Sebastián Soler R. Gavier e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Depalma, 1944.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório de estudo: o uso do habeas corpus pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/RELAT%C3%93RIO%2022112012%20vers%C3%A3o%20final%20sem%20revis%C3%A3o%2023112012.pdf>>. acesso em: 10 out. 2016

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: Ed. 34, 1996.

BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN - junho de 2014*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/>>. acesso em: 10 out. 2016

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Aula inaugural no College de France. Pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola: 1996.

GENELHÚ, Ricardo. *Do Discurso da Impunidade à Impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Três Teses Sobre a Inconstitucionalidade Substancial do Art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos*. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal. v. 2. n. 1 2016. p. 185-212. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>. Acesso em 10.10.2016.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell' imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979

KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão*. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 4. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

KHALED JUNIOR, Salah. *Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF*. Boletim do IBCCRIM, ano 24, n. 281, p. 5, abr., 2016.

LACLAU, Ernesto. *La Razón Populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

LAUDAN, Larry. *Verdad, Error y Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo. *Parecer sobre Presunção de Inocência*. Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/armydre2008/5451746855/>>. acesso em: 25 set. 2016.

MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?* Boletim do IBCCRIM, ano 23, n. 277, p. 2, dez., 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MORO, Sérgio Fernando: *Caminhos para reduzir a corrupção*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/artigo-caminhos-para-reduzir-corrupcao-por-sergio-moro-17684788>> acesso em: 25 set. 2016

MORTARA, Ludovico; ALOISI, Ugo. Codice di Procedura Penale. Dei Mezzi di Impugnazioni. In MORTARA, L; STOPPATO, A; VACCA, G; LONGHI, S; DE NOTARISTEFANI, R. *Commento al Codice di Procedura Penale*. v VII. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1924. p. 1-9.

PRADO, Geraldo. *Execução provisória da pena*. Boletim do IBCCRIM, ano 24, n. 281, p. 9, abr., 2016

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Boletim do IBCCRIM, ano 23, n. 277, p. 10, dez, 2015.

PRATT, John. *Penal Populism*. London: New York: Routledge, 2007.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Montevideo: B de F, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Consulta*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-presuncao-inocencia-final.pdf/>>. acesso em: 25 set. 2016

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Palabra de los Muertos: conferencias de criminologia cautelar*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.