www.conteudojuridico.com.br

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES – UCAM

REBECA FONSECA DOS SANTOS

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU TERMO FATAL: O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

BRASÍLIA-DF 2016

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES – UCAM

REBECA FONSECA DOS SANTOS

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU TERMO FATAL: O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Artigo Científico encaminhado à Universidade Cândido Mendes – UCAM, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

BRASÍLIA-DF 2016

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU TERMO FATAL: O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Rebeca Fonseca dos Santos[1]

RESUMO

Este ensaio teve como objetivo uma reflexão acerca do princípio jurídico da presunção de inocência, para determinar o momento em que o correspondente status é perdido pelo acusado, a partir de quando ele passaria a ostentar a condição de culpado. Por meio de análise da doutrina abalizada e de textos normativos nacionais e internacionais, procurou-se investigar e compreender os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126292, que modificou sua orientação jurisprudencial e passou a entender ser possível a imediata execução da pena depois da confirmação da sentença penal condenatória pelo tribunal de apelação, mesmo que pendente prazo recursal. Os resultados atestaram que, enquanto vigente o Estado instituído pela Constituição Federal de 1988, inexistirá espaço para execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso caracteriza o equívoco interpretativo a que se chegou a Corte Constitucional brasileira no referido HC 126.292, num perigoso precedente que fragilizou dispositivo constitucional imutável.

Palavras-chave: inocência. Presunção. Culpado. Trânsito em Julgado.

Introdução

Presunção de inocência ou não culpabilidade, princípio jurídico sobre o qual o STF (Supremo Tribunal Federal) mudou recentemente sua orientação jurisprudencial, passando a entender, de efeito, ser possível a imediata execução da pena depois da confirmação da sentença penal condenatória pelo tribunal de apelação, mesmo que pendente prazo recursal. Essa guinada, embora reservada em processo subjetivo, tem forte indicativo a ser replicada por outros órgãos jurisdicionais. A temática, assim, desafia reflexão da comunidade jurídica.

Desde 2009 (HC 84.078), o STF vinha adotando o entendimento de que o início da execução da pena estava condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, em sessão realizada em 17.02.2016 (HC 126.292), a Corte passou a entender pela possibilidade de execução da pena cuja sentença já tenha sido confirmada pelo tribunal recursal ordinário, instância na qual, nos casos concretos, segundo o colegiado, esgotar-se-ia a presunção de inocência do imputado, que passaria, por lógica, a ostentar o *status* de culpado.

No voto condutor do acórdão (HC 126.292), o relator (Teori Zavaski) consignou na fundamentação: (a) que nos direitos comparado e internacional não é exigido o trânsito em julgado como condição para execução da pena; (b) que a postergação da execução serviria a

[1] Pós-graduanda pela Universidade Cândido Mendes – UCAM, em parceria com o Instituto PROMINAS. Graduada em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO (Recife/PE, 2012).

fomento de recursos protelatórios; (c) que a segunda instância seria o último momento de exame de fatos e provas da culpa; e (d) que, assim, estaria equilibrada a efetividade da jurisdição penal, atendendo a valores da sociedade ante o intrincado e complexo sistema.

É de bom alvitre ressaltar que não será objeto deste estudo a prisão de natureza processual e tampouco ele se estenderá sobre a comutação de prisão processual em prisão penal benéfica ao imputado, a que aludem as Súmulas 716 e 717 do STF, segundo as quais, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, admitem-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada. O presente trabalho limitar-se-á aos fundamentos jurídicos aduzidos pelo relator no HC 126.292.

Com efeito, o presente ensaio pretende instigar a reflexão da comunidade jurídica sobre a problemática, a saber, o *termo ad quem* da presunção da inocência, a partir de quando seria possível o início de execução da pena. Confrontar-se-á os fundamentos da decisão do HC 126.292 com a matriz dogmática constitucional brasileira. Revisitar-se-á a doutrina avalizada, para demonstrar que não havia espaço jurídico para a referida mudança de orientação da jurisprudência do STF acerca da temática.

Adotou-se neste estudo a metodologia de revisão bibliográfica, circunscrevendo o problema – fundamentos do HC 126.926 – dentro do referencial teórico para a construção da pesquisa, numa articulação e integração das fontes de referência. Todavia, tendo em vista a proposição de refutação do fato/problema, não haveria como se furtar a pesquisadora ao esforço, mesmo que de forma tangencial, de análises comparativas e formulação de afirmações. Diálogo das fontes, numa construção para refutação de um fato-problema.

A se demonstrar, ao final, o grave perigo para o Estado Democrático de Direito, com a flexibilização da garantia de presunção de inocência pelo STF na decisão do HC 126.292, com minoração do seu vetor axiológico, a dignidade da pessoa humana, na referência da tutela da liberdade humana. Uma investida de um poder constituído onde nem sequer permitida ao poder constituinte derivado, situação de forte grita à insegurança jurídica acerca do bloco de garantias individuais esculpido na Constituição Federal de 1988.

Desenvolvimento

Os direitos humanos e a presunção de inocência ou não culpabilidade

Princípio basilar do Estado de Direito e vocacionado à tutela da liberdade pessoal (MORAES, 2002, p. 385), a presunção de inocência ou não culpabilidade tem previsão nos sistemas jurídicos universal, regional e nacional, respectivamente, no art. 11, I, da DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), no art. 8º, 2, da CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica), e no art. 5º, LVII, da CF/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Todo "acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei", asseguradas todas as garantias necessárias à defesa (art. 11, I, da DUDH). "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa", devendo-lhe ser assegurada as garantias processuais (art. 8º, 2, da CADH). "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, da CF/88).

Tratando-se a presunção de inocência de uma expressão dos Direitos Humanos, que tem como matriz axiológica a dignidade da pessoa humana (Preambulo da DUDH), ele pode ser amplificado, nunca mitigado ou extirpado, conforme art. 5º, 2, do PIDCP (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), que estabelece "regra de inteligência" para interpretação das normas de direitos humanos, em ordem a dotá-las da maior amplitude possível, de modo a lhes conferir máxima eficácia (WEIS, 1999, p. 31).

A mesma compreensão se extrai do § 2º do art. 5º da CF/88, segundo o qual "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". A normativa constitucional brasileira, nesse tom, abre espaço para amplificação dos direitos e garantias fundamentais, a dizer, do bloco de direitos humanos. Não para sua mitigação ou extirpação. Trata-se de vetor hermenêutico de maximização.

Com efeito, superada a compreensão dualista entre direito interno e internacional dos direitos humanos pela confluência encontrada no vetor axiológico de proteção mais eficaz ao ser humano, mediante interação dos sistemas. "Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos", adotando o valor da primazia da pessoa humana para proporcionar a maior efetividade possível na tutela dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2012, p. 44).

No bloco dos direitos humanos, onde se encontra a presunção de inocência, o critério interpretativo ou de solução de conflito normativo é a maximização da dignidade da pessoa humana – vetor axiológico –, atraindo a aplicação que melhor proteção confira ao ser

humano. “Assim, no âmbito dos direitos humanos o critério interpretativo adotado é, portanto, aquele que entende como aplicável a norma que confere maior proteção ao ser humano, ampliando os direitos que protegem e promovem sua dignidade” (WEIS, 1999, p. 31).

O direito interno carrega maior proteção na tutela da dignidade da pessoa humana, ao proclamar que alguém somente poderá ser considerado culpado depois do “trânsito em julgado”, exigência não utilizada no “direito internacional” e dificilmente encontrada no “direito comparado”. Assim, se não para conferir maior proteção à presunção de inocência, afigura-se equivocado o garimpo de regras ou de interpretações no “direito internacional” ou no “direito comparado” para mitigação na aplicação do art. 5º, LVII, da CF/88.

A opção processual penal garantista e a presunção de inocência

À presunção da inocência, como assentou a CorteIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos) na sentença do caso Suárez Rosero *vs* Equador (1997, p. 21), “subjaz o propósito das garantias judiciais”. Pressuposto de todas as outras garantias processuais. Trata-se, em flexão inversa, de “uma projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, *do in dubio pro reu* e da *nulla poena sine culpa*” (BULOS, 2007, p. 547).

Mais que isso, a “presunção de inocência é um princípio potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico”, expressivo signo da dignidade da pessoa humana (GIACOMOLLI, 2013, 442), de um sistema processual penal garantista e revelador da opção constitucional. “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.” (FERRAJOLI, 2014, p. 506).

Isso porque, a liberdade é a ordem natural (art. 1º, da DUDH). A regra é a liberdade individual (NUCCI, 2012, p. 269). “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo” (FERRAJOLI, 2014, p. 506). Como a regra é a manutenção da liberdade do cidadão, partindo-se de sua inocência, não da culpabilidade, “o extraordinário que comporta prova e não a ordem natural da pessoa, ou seja, a sua inocência” (GIACOMOLLI, 2013, p. 444).

No Estado de Direito, a formação da culpa do acusado não pode fugir do princípio de submissão à jurisdição, como atividade imprescindível para obtenção da prova da prática de um delito (FERRAJOLI, 2014, p. 505), porquanto a pena de prisão deve ser precedida pela

declaração do crime (BECCARIA, 2012, p. 90), resguardado o devido processo legal, postulado matriz do instrumento necessário ao exercício do direito ao contraditório e do amplo direito de defesa, em ordem à garantia da presunção da inocência.

Como é assente na doutrina, o processo penal é o meio de assegurar a tutela da liberdade e o exercício da ampla defesa, não instrumento de opressão estatal. Tem por "finalidade a proteção do inocente frente à atuação punitiva do Estado" (COÊLHO, 2015, p. 57). Dessa sorte, imprescindível ao Estado acusador comprovar a culpabilidade do indivíduo (MORAES, 2002, p. 385). É direito subjetivo do acusado refutar e "destruir" essa pretensão de comprovação de culpa durante toda a tramitação do processo (art. 5º, LV, da CF/88).

A propósito, dispõe a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV) que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Estruturado, assim, o mínimo ético positivado da matriz tutelar do devido processo legal: direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo todos os meios e recursos inerentes. Foi expressa a Carta Magna de 1988 na garantia fundamental aos recursos previstos no ordenamento jurídico.

Recursos como mecanismos ou instrumentos processuais inerentes e aptos ao exercício da ampla defesa. A dizer, aos acusados em geral é assegurado o amplo direito de defesa, com espaço para refutação fático-probatória no exercício do contraditório e amplificação mediante faculdade de interposição dos recursos previstos no sistema processual. "A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária" (STF, HC 84078).

Os recursos como elementos da integral jurisdição e a presunção de inocência

Na dicção da CorteIDH (1997, p. 71), em matéria penal, o processo somente termina quando esgotada a jurisdição com a prolação de sentença definitiva e encerramento da fase recursal. "O recurso é um direito do réu (como também do órgão acusatório)" (NUCCI, 2012, p. 269), inerente ao devido processo legal (art. 5º, LV, da CF/88). Dessa sorte, somente depois de preclusa ou esgotada a fase recursal, experimentado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá o acusado ser considerado culpado (art. 5º, LVII, da CF/88).

De se afirmar, assim, que, com o julgamento do mérito e realizado o serviço jurisdicional, esgotada a oportunidade de recurso, considera-se a sentença transitada em julgado, na definição prevista na parte final do art. 502, do Código de Processo Civil de 2015

(art. 467, do revogado CPC/1973). Não se pode descurar que é idêntica a natureza da coisa julgada nos processos civil e penal, não havendo diversidade ontológica, mas tão-somente regulamentação diversa de acordo com as diversas relações jurídicas materiais às quais lhes servem de instrumento (GRINOVER *et al*, 2009, p. 330).

Equacionando o conceito de trânsito em julgado, para identificação do termo fatal da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), assaz a normativa vigente: "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" (§ 3º do art. 6º do Decreto-Lei 4.657/42); "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" (art. 502, do CPC/2015). A revogada: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário" (art. 467, do CPC/1973).

Transita em julgado a sentença não mais sujeita a recursos (GRINOVER, 2009, p. 328). Pendente prazo recursal sem renúncia pelo sucumbente ou interposto o recurso e enquanto se aguarda o julgamento, não há como incidir a coisa julgada sobre a decisão impugnada ou sujeita a impugnação (MARINONI, 2004, p. 557). A coisa julgada é a consagração do trânsito em julgado, *status* da decisão judicial não mais sujeita a recurso. A não mais sujeitar a recursos, transita a sentença em julgado e forma, de efeito, a coisa julgada.

Consagrado na normativa brasileira e assente na doutrina, portanto, que a existência da coisa julgada ou do transito em julgado pressupõe que a decisão não mais esteja sujeita a recurso. A preclusão recursal é *conditio sine qua non* para o trânsito em julgado e a qualificação da decisão como coisa julgada. Insuperável esse pressuposto da formação da coisa julgada por retórica de oportunidade e de conveniência. A aferição do instituto "coisa julgada" ou "trânsito em julgado" é questão jurídica, não de retórica de ocasião.

Sustentar que nos recursos especiais e extraordinários não existiria espaço para discussão sobre fatos e provas, a pretexto de fatiar o instituto da coisa julgada material como se existissem dois – um para questões fáticas e outro para questões de direito – é subverter um conceito consagrado no direito positivo e na doutrina. De curial sabença, não cabe ao intérprete fazer distinção onde o direito positivo não deixou abertura. Ademais, juízo de subsunção e revaloração de provas não se confundem com "simples reexame de prova".

É certo que, segundo o verbete 279 da Súmula da jurisprudência do STF, "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". No mesmo tom, o verbete 7 da Súmula da jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça): "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Todavia, "simples reexame de prova" não se

confunde com revaloração de prova e tampouco com juízo de subsunção fato-norma, inerentes a todo processo subjetivo e lavados a efeito em todas as instâncias.

Afigura-se deveras inapropriado forçar critérios distintivos dos conceitos de fato e de direito para fatiamento do significado da coisa julgada ou do trânsito em julgado no processo subjetivo, estrutura na qual o objeto sobre a qual recairá a atividade jurisdicional será mista (de fato e de direito). Não obstante instituto de direito processual, a coisa julgada é unitária e abrange a relação jurídica de direito material que lhe é subjacente, qual seja no direito penal, a pretensão punitiva do Estado contra a liberdade do acusado, num equacionamento fato-norma doutra forma inseparável para o desiderato punitivo: a execução da pena.

Não se deve confundir mero e "simples reexame de prova" com subsunção fato-norma, cujo exercício se revela necessário em todo estágio processual nas demandas de cunho subjetivo, exigido juízo semântico. Âncora processual subsuntiva fato-norma. O puro juízo sintático-normativo, confronto de normas, somente é exercido de forma pura nas demandas objetivas, consistentes em confrontos de símbolos linguístico-normativos. Nas demandas subjetivas, sempre haverá um fato subjacente, a se exigir juízo de subsunção à norma legal que lhe equacione, para a precisa e justa prestação jurisdicional.

O próprio STF já faz essa distinção entre simples reexame de provas (revolvimento) e revaloração de provas (juízo subsuntivo), permitindo esta última inclusive nos instrumentos processuais de vias estreitas, como no Habeas Corpus e, por consequência, *mutatis mutandis*, também no recurso extraordinário (HC 98.816). No mesmo sentido também já o fez o STJ, para quem a "revaloração de prova admitida na via especial corresponde à atribuição de qualificação jurídica diversa aos fatos narrados no acórdão" (AGARESP 672374), "consiste em aferir se, diante da legislação pertinente, determinado meio probatório é apto ou não a provar uma situação jurídica" (AGARESP 662519).

Com efeito, não obstante a via estreita dos recursos especial e extraordinário, que impede revolvimento fático-probatório, a atividade jurisdicional subjetiva pressupõe, em qualquer instância, juízo de subsunção fato-norma. Não afasta a aferição semântica para aplicar o direito. "A aplicação do Direito consiste em enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado" (MAXIMILIANO, 2011, P. 05). Não há como fugir a esfera recursal penal subjetiva, assim, da âncora subsuntiva fato-norma.

A "jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime" (FERRAJOLI, 2014, p. 505) e sua integral prestação somente se atinge quando

ultrapassada a fase recursal (CorteIDH, 2007, p. 21), não se podendo descurar que todos "os recursos previstos no direito brasileiro impedem a incidência da preclusão sobre a decisão que estão aptos a atacar" (MARINONI, 2004, p. 557). Assim, enquanto não superada a fase recursal, não se pode dizer presente a certeza da culpa a viabilizar execução da pena.

A perigosa *jurisprudência sentimental* ou *defensiva* e a presunção de inocência

A presunção da inocência ou não culpabilidade consiste, portanto, "no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal" (MORAES, 2002, 385). "A presunção de inocência subsiste tal como declaram os preceitos constitucionais" (GOMES, 2013, P. 120). Até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, "o réu tem o direito público subjetivo de não ostentar o status de condenado" (BULOS, 2007, p. 547).

Somente em virtude da condenação penal, com trânsito em julgado, "instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência" (NUCCI, 2012, p. 264). E o início da execução da pena pressupõe a certificação da certeza da culpa. De efeito, as restrições "somente se justificam após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória" (GIACOMOLLI 2013, p. 444), de sorte que não se pode admitir prisão como medida de antecipação da pena malferindo a presunção de inocência (COÊLHO, 2015, p. 58).

Com efeito, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/88). A dizer, antes do trânsito em julgado considera-se o acusado inocente. Dessa sorte, somente quando esgotado todos os prazos ou oportunidades de recursos, poderá o acusado ser considerado culpado. E a execução da pena pressupõe a certeza definitiva da culpa, que somente pode ser certificada depois de quando não mais possível se recorrer da decisão, a dizer, transitada em julgado.

O protesto contra o suposto intricado e complexo sistema de justiça criminal, a pretexto de efetividade da função jurisdicional penal, de resposta a clamor social ou midiático ou para desestimular a sucessiva interposição de recursos supostamente indisfarçados de propósitos protelatórios, não pode ter seu êxito logrado a preço de redução de direito constitucional fundamental, sob pena de violação ao próprio Estado Democrático de Direito. Ao acusado, à faculdade de exercício de seus direitos em todos os seus termos.

Chama atenção a semelhança com a alegação de defesa ofertada pelo Equador no seu caso *vs* Suárez Rosero, segundo a qual deveria ser tomado em conta na mora do julgamento

as limitações enfrentadas pelo judiciário, o que não foi acolhido pela CorteIDH (1997, p. 20). No outro ponto, lembra o que Maximiliano denominou de "jurisprudência sentimental", para cujo mestre quando "o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses" (2011, p. 68).

Na dicção do próprio STF outrora, "incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais", a saber, o devido processo legal, cujos corolários são vocacionados à tutela da presunção de inocência (HC 84078). Disse a Corte Suprema naquela oportunidade (05.02.2009) que a "antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal" (HC 84078).

Não pode o Judiciário transferir suas deficiências no desate do sistema penal à conta do acusado. "Jamais poderá o juiz transpor os limites pelo Código – *ultra quos citraque nequite consistere rectum* ('além e aquém dos quais não pode o justo existir')" (MAXIMILIANO, 2011, p. 69). Não pode o juiz tomar atitudes de meras respostas a clamor social e midiático sem se preocupar com o texto legal, guiando-se pelo sentimentalismo. "O papel da judicatura não é guiar-se pelo sentimentalismo; e sim, manter o equilíbrio dos interesses, e dentre estes distinguir os legítimos dos ilegítimos." (MAXIMILIANO, 2011, 69).

O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), além de não comportar interpretação restritiva, que lhe diminua a expressão (art. 5º, § 2º, da CF/88), foi alçado pelo constituindo originário à condição de cláusula pétrea, realidade jurídico-positiva que lhe resguarda contra qualquer investida que lhe pretenda mitigação até mesmo pelo constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV, da CF/88). Não pode o Judiciário, poder constituído (art. 2º, da CF/88), abolir e tampouco diminuir a amplitude da referida garantia individual.

Uma das principais características do Estado Democrático de Direito é a previsão de um bloco constitucional de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, como limites rígidos e insuperáveis ao exercício do poder estatal, cujos preceitos devem ser respeitados por todos e salvaguardados, em última trincheira, pelos órgãos jurisdicionais. Quando aqueles que têm o dever de lhes garantir a higidez os flexibilizam em estado de ocasião, pode-se certificar o tombo da segurança jurídica, em grita a uma *ditadura judiciária*.

Conclusão

Demonstrado, assim, que o princípio da presunção de inocência tem como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana, de sorte que a estrutura como ele foi esculpido no sistema brasileiro carrega maior eficácia na proteção da liberdade que a formatação que lhe foi conferida nos direitos internacional e ou comparado, porquanto o direito interno exige a certificação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o acusado passe a ostentar o *status* de culpado. Prevalência da norma de maior proteção ao direito de liberdade.

A jurisdição é a atividade necessária para a certificação da culpa do acusado. Sua integral prestação somente se atinge quanto ultrapassada a fase recursal. Recurso é direito subjetivo do acusado, inerente à ampla defesa. Enquanto não superada a fase recursal, o acusado não poderá ser considerado culpado. E o *status* de culpado é condição indispensável para o início da execução da pena. A presunção de inocência subsiste como previsto na Constituição Federal, na estrutura de cujo princípio consta exigência de trânsito em julgado.

Integrante da estrutura do princípio da presunção de inocência, a coisa julgada material é unitária, não comportando divisão em questões de fato e de direito. Não se deve confundir simples reexame de provas com a âncora processual subsuntiva fato-norma, juízo inerente a todas as fases meritórias do processo nas demandas subjetivas. Retórica de ocasião não pode suplantar a consagrada definição do instituto coisa julgada ou trânsito em julgado, dada pela legislação e corretamente encampada sem reservas pela doutrina.

Somente em virtude da sentença penal condenatória com trânsito em julgado instala-se a certeza da culpa e se abandona o estado de inocência. E o início da execução da pena pressupõe a certificação da certeza da culpa. Não pode o judiciário, poder constituinte, onde não permitido sequer ao constituinte originário, em atropelo a essas premissas e a pretexto de salvaguarda da efetividade da jurisdição penal, encobrir a deficiência do sistema de justiça criminal a custo de direito fundamental do acusado, com fragilização do próprio Estado de Direito, em perigoso precedente, com grita à insegurança jurídica e uma *ditadura judiciária*.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28.03.2016.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, republicação de 17 de junho de 1943.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 17 de janeiro de 1973.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*, Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 17 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7, de 28 de junho de 1990*. Diário da Justiça, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 03 de setembro de 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – AGARESP 672374*. Município do Rio de Janeiro e Espólio de Melchiades Mariano. Relator: Ministro Humberto Martins. 28.04.2015. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 6 de maio de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – AGARESP 662519*. Carlton Hotelaria e Turismo Ltda. e Naoum Turismo e Hospedagem S/A. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 19.05.2015. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 25 de maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 716, de 24 de setembro de 2003*. Diário da Justiça, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 9 de outubro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 717, de 24 de setembro de 2003*. Diário da Justiça, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 9 de outubro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279, de 13 de dezembro de 1963*. Anexo ao Regimento Interno, edição Imprensa Nacional, 1964, p. 127.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84078*. Omar Coelho Vitro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. 5 de fevereiro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 26 de fevereiro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 98816*. Mauri Rodrigues de Lima e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 29 de junho de 2010. Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 3 de setembro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126292*. Márcio Rodrigues Dantas e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Ata da Sessão de Julgamento, Diário da Justiça Eletrônico, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 19 de fevereiro de 2016. Acórdão ainda não publicado. Voto disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-voto-de-teori-zavascki-no-hc-126-292-que-mudou-jurisprudencia-do-stf-sobre-execucao-de-pena>. Aceso em: 13.03.2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direto constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Prefácio de Ricardo Lewandowski. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Adotada em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Aderida pelo Brasil em 09 de julho de 1992, ratificada em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *In Direitos Humanos: Documentos Internacionais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Suárez Rosero *vs.* Estado do Equador. Sentença de mérito, de 12 de novembro de 1997. Sessão Presidida por Antônio A. Cançado Trindade. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_por.doc>. Acesso em: 28 de março de 2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data. *In Direitos Humanos: Documentos Internacionais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *In* CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: pacto de São José da Costa Rica. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl., da 2. ed. rev. atual. e ampl. do livro Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Adotado pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966. Aderida pelo Brasil em 24 de

janeiro de 1992 e incorporada pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *In Direitos Humanos: Documentos Internacionais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999.