



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS ANTONIO DE OLIVEIRA

**DA POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM
SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Juazeiro do Norte
2020

MATHEUS ANTONIO DE OLIVEIRA

**DA POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM
SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Dr. Leão
Sampaio, como requisito para a obtenção do
grau de bacharelado em Direito.

Juazeiro do Norte
2020

MATHEUS ANTONIO DE OLIVEIRA

**DA POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM
SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para obtenção de grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: 12/07/2020

BANCA EXAMINADORA

TAMYRIS MADEIRA DE BRITO
Orientador(a)

JOSÉ BOAVENTURA FILHO
Avaliador(a)

EVERTON DE ALMEIDA BRITO
Avaliador(a)

DA POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Matheus Antonio de Oliveira¹
Tamiris Madeira de Brito²

RESUMO

Analisando o contexto histórico nacional e internacional da presunção de inocência, bem como, seus reflexos no processo penal brasileiro e as dicotomias geradas pelos entendimentos conflitantes emanados pelo Supremo Tribunal Federal em suas discussões a respeito do tema, têm-se como principal objetivo examinar a possibilidade do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância frente ao princípio constitucional da presunção de inocência. Para tanto, faz-se uma pesquisa do tipo revisão bibliográfica pelos meios eficazes e idôneos a fim de obter o maior embasamento possível para adentrar na questão, compreender as opiniões antagônicas e tecer as considerações necessárias. O estudo aponta a recente introdução e observância do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico pátrio, aponta também para os problemas estruturais fundados na insegurança jurídica e na instabilidade das decisões, tendo em vista a constante mudança de entendimento da corte suprema. Por fim, evidencia-se que a atual constituição não deixa espaço para interpretações restritivas dos direitos e garantias individuais, como a presunção de inocência, uma vez que tratou de designá-las como cláusulas pétreas, assim entendidas as matérias constitucionais insusceptíveis de deliberação por emenda a constituição.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Insegurança jurídica. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Analyzing the national and international historical context of the presumption of innocence, as well as its repercussions on the Brazilian criminal procedure and the dichotomies generated by the conflicting understandings emanating from the Federal Supreme Court in its discussions on the subject, the main objective is to examine the possibility of serving a sentence after conviction in a second instance in view of the constitutional principle of presumption of innocence. To this purpose, a bibliographic review is carried out by effective and suitable means in order to obtain the greatest possible basis for entering into the issue, understand the antagonistic opinions and make the necessary considerations. The study points to the recent introduction and observance of the principle of the presumption of innocence in the national legal system, it also reveals structural problems based on legal uncertainty and instability of decisions, in view of the constant change in the understanding of the supreme court. At last, it is evident that the current constitution does not leave margin for restrictive interpretations of individual rights and guarantees, such as the presumption of innocence, since it has attempted to designate them as immutable clauses, so understood the constitutional matters that cannot be deliberated by amending the constitution.

Keywords: Presumption of innocence. Legal uncertainty. Federal Supreme Court.

¹Matheus Antonio de Oliveira. E-mail: matheusantonioccsr2017@gmail.com

²Tamiris Madeira de Brito. E-mail: tamyrismadeira@leaosampaio.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Reporta-se o presente trabalho a discussão da possibilidade do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância frente ao princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que se faz necessário refletir sobre todos os aspectos que envolvem o problema, principalmente no que concerne a insegurança jurídica causada pelos entendimentos conflitantes adotados pela corte suprema em suas últimas análises sobre o tema, bem como os impactos dessas decisões no cenário jurídico brasileiro.

O princípio da presunção de inocência veio ganhando espaço no cenário processual penal internacional nos últimos séculos, contudo demorou a adentrar no ordenamento jurídico brasileiro, não estando presente no Código de Processo Penal instituído em 1941, somente em 1984 temos um divisor de águas, pois com o advento da Lei de Execuções Penais percebemos um significativo avanço no que diz respeito às garantias individuais dos acusados, em especial ao princípio da presunção de inocência.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou a presunção de inocência em seu bojo, conforme previsto no Art. 5º, inciso LVII. Contudo, não se modificou a prática de iniciar o cumprimento da pena logo após a decisão em segunda instância, com isso vieram às discussões a respeito do alcance da presunção de inocência.

Em 2009 o Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* muda o posicionamento histórico da corte vindo a não mais permitir o início do cumprimento da pena antes de esgotados todos os recursos. Essa decisão representou um maior alcance da presunção de inocência, que desde então, passou a abarcar todo processo penal, inibindo o cumprimento antecipado da pena.

Em 2016 a corte se posiciona novamente sobre a mesma matéria, dessa vez, decide romper com o entendimento idealizado em 2009, vindo a permitir a execução antecipada da pena, todavia sua última decisão em novembro de 2019 em sede das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 o tribunal retomou o entendimento firmado na década anterior. Em meio às decisões conflitantes, é evidente que a principal consequência é a insegurança jurídico-social, uma vez que todo sistema processual penal, todo sistema carcerário, são influenciados pela decisão e a sociedade vive a expectativa de mudança de posicionamento a cada nova análise sobre o tema.

Em virtude dessa situação é mister a discussão acadêmica que visa melhor compreender as implicações dos entendimentos conflitantes. Nesse sentido, busca-se antes de tudo um apanhado histórico que possibilite uma visão mais abrangente e universal da questão,

evidenciando os tratamentos mais remotos recebidos pela presunção de inocência nos cenários jurídicos, nacional e internacional.

O primeiro capítulo digna-se a apresentar o contexto histórico da presunção de inocência desde o seu antecedente mais longínquo ainda fundado no direito romano até a sua obrigatória observância no direito pátrio. Em seguida, no segundo capítulo debruçamo-nos sobre as implicações jurídico-processuais ao longo da história processual brasileira enfatizando, o antes e o pós, constituinte de 1988. Por fim, adentramos no terceiro e último capítulo, que versa sobre o exame da possibilidade do cumprimento de pena após a confirmação da sentença do juízo singular por órgão colegiado.

Diante do exposto, tem-se como objetivo principal examinar a possibilidade do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância frente ao princípio constitucional da presunção de inocência. E como objetivos específicos investigar a conjuntura histórica do princípio da presunção de inocência e sua efetiva positivação no ordenamento jurídico brasileiro; identificar as implicações do princípio constitucional da presunção de inocência no processo penal brasileiro e por fim analisar a possibilidade do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância frente ao princípio da presunção de inocência.

2 METODOLOGIA

A pesquisa como meio de investigação e instrumento de aquisição de novos conhecimentos, tem diversas facetas e formas de se apresentar-se no mundo prático-científico, uma delas é a pesquisa bibliográfica como a aqui apresentada. Buscou-se no período de fevereiro a maio do ano de 2020 reunir o maior número produções científicas e trabalhos afim presentes em jornais, revistas, livros, jurisprudências e sites na internet, que viessem a contribuir para a robustez e enriquecimento do trabalho. Utilizando dos seguintes descritores: “Princípio da presunção de inocência; Contexto histórico da presunção de inocência; Decisões do STF sobre a presunção de inocência; Presunção de não-culpa e a presunção de inocência”.

Após a exploração do material selecionado com base em sua relação com o objeto do estudo e no gabarito dos autores, com vistas a familiarizar-se com o problema de pesquisa tornando-o assim mais explícito e compreensível, passou-se para escrita do trabalho buscando abordar os pontos mais importantes debatidos pelos autores, bem como evidenciando as diversas opiniões antagônicas e pertinentes ao tema de pesquisa, sem deixar de se posicionar criticamente.

3 DA CONJUNTURA HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA EFETIVA POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 DA CONJUNTURA HISTÓRICA INTERNACIONAL

Fazendo uma releitura histórica e voltando-se às bases do Direito Romano é possível afirmar que o antecedente histórico mais remoto do princípio da presunção de inocência, é o princípio *in dubio pro reo* que significa literalmente “na dúvida, a favor do réu” (FERRAJOLI, 2006, p. 576).

Logo não existindo provas irrefutáveis da autoria e materialidade do fato típico e ilícito imputado ao acusado deve o julgador afastar a aplicação da penalidade e inocentá-lo por insuficiência de matéria probatória. Neste sentido, é evidente que o princípio em questão não comporta uma aplicação parcial, o que caso ocorra, desfigura-o. Em todo caso deve à dúvida favorecer o réu, não há meio termo (JARDIM; AMORIM, 2013).

Partindo deste entendimento, não deve ocorrer nenhum juízo de discricionariedade por parte do estado-juiz quando da escassez de indícios que venham a dar robustez ao lastro probatório. A ineficiência estatal assentada na figura do órgão acusador, no que tange a busca das provas ou até mesmo na preservação e utilização das mesmas ensejam de pronto à declaração de inocência daquele que se encontra sentado no banco dos réus. Como nos apontam (BRITO; FABRETTI; LIMA 2012, p. 171): “ou a acusação realiza de forma satisfatória sua missão e apresenta um conjunto probatório de forma a convencer o juiz da existência do fato e de sua autoria, ou não o faz, e o juiz deve aplicar a máxima do *in dubio pro reo* e absolver o acusado”.

No período da baixa idade média observa-se um acentuado descrédito do princípio em estudo, isso se deve as novas práticas incorporadas ao sistema penal e processual penal da época que em preponderância passaram a serem aplicadas metodologias inquisitoriais, onde se restringiam os direitos individuais dos acusados e aglutinavam em uma única pessoa as prerrogativas de instrução, acusação e julgamento. Assim corrobora (FERRAJOLI, 2006, p. 506):

[...] apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média.

Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais leve.

Neste período sombrio da história da humanidade, conhecido como idade das trevas, que se arrastou do século XI até o final do século XV as características dos procedimentos processuais inquisitoriais eram bem peculiares, sendo todo o processo escrito, secreto e sem contraditório, e desde o início deste o acusado era tratado pelo julgador como se culpado fosse, imperava a presunção de culpabilidade.

No entanto, na convicção de Tourinho Filho (2018) ainda no contexto da Idade Média é possível encontrar base legislativa para se afirmar que neste período podem ter sido fincadas as raízes da presunção de inocência, mais precisamente no século XII com a edição da *Magna Charta Libertatum* (Magna Carta) editada na Inglaterra em 15 de junho de 1215 em decorrência da pressão feita pelos barões ingleses sobre o rei João “sem terra”.

No final do século XVIII há uma ruptura das práticas e ideologias até então dominantes, neste momento a Europa estava se alicerçando nos ideais iluministas e se insurgindo contra os postulados inquisitoriais. Até que em 26 de agosto de 1789 a Assembleia Constituinte Francesa aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, esse documento dentre outras especificidades afastou o tratamento de culpado àqueles que por ventura viessem a ser acometidos por um processo penal.

A Declaração Francesa em seu artigo 9º adotou o princípio da presunção de inocência: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”. Com isso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se firma no sentido de obstruir qualquer abuso do poder estatal frente ao imputado criminalmente, devendo o estado adotar uma postura mais liberal e democrática.

A presunção de inocência gerou grande discussão entre as escolas penais italianas, dados os entendimentos diferenciados, a Escola Clássica propagava-o como postulado fundamental do processo penal, e uma base para todas as demais garantias. Em contra partida este posicionamento foi duramente criticado pelas escolas positivista e técnico-jurídica sob a alegação de que tais postulados dificultariam a eficaz aplicação do direito e obstariam o combate a criminalidade.

Os primeiros a criticarem o pensamento clássico foram os positivistas Raffaele Garofalo e Enrico Ferri que descreveram como sendo absurdo e vazio o entendimento sobre a presunção de inocência. Para Garofalo o acusado não deveria ser considerado nem inocente,

nem culpado, quando muito imputado, bem como defendia a prisão preventiva obrigatória para os crimes mais graves. Ferri por sua vez defendia um modelo de justiça sumária além do conjunto de provas (FERRAJOLI, 2006).

Contudo, opositor mais incisivo da Escola Clássica foi Vincenzo Manzini, expoente da escola técnico-jurídica e que taxou a presunção de inocência de estranho absurdo extraído dos ideais franceses. Ele acreditava que a presunção de inocência estava em desacordo com qualquer tipo de procedimento criminal, principalmente aqueles que atingem de pronto o direito de liberdade dos cidadãos sem que haja contra eles uma decisão definitiva, para Manzini a presunção deveria ser de culpabilidade do acusado, e não de inocência, uma vez que para o estado proceder contra alguém é necessário que existam indícios suficientes de autoria e materialidade do delito (MANZINI, 1951).

Seguindo os direcionamentos da escola técnico-jurídica, Vincenzo Manzini passou a defender que dentro do processo penal ainda não estando formalizado o conjunto probatório suficiente para demonstrar a culpa do imputado, este não deve de forma alguma ser tratado como inocente, de maneira que também não comporta o tratamento de culpado, a este deve ser atribuído o tratamento de indiciado, uma vez que sendo duvidosa a sua culpa, a sua inocência também se põe em discussão.

Em que pese a grande contribuição de Manzini no fomento do debate e na ponderação das convicções, a discussão por ele iniciada, criando um terceiro status para o imputado quando da falta de provas no processo penal, encontra-se hoje pacificada. Logo para a doutrina recente ao imputado só podem ser atribuídos dois status, inocente ou culpado. Prevalecendo o primeiro, já que para ser declarado culpado é necessária uma decisão judicial transitada em julgado, não tendo a imputação do crime o condão de afastar o estado de inocência ou as garantias decorrentes dele.

Vencida essa discussão, vale destacar o impacto trazido pelas atrocidades cometidas na segunda guerra mundial que perdurou de 1939 a 1945, e evidenciou a necessidade de uma maior proteção aos direitos e garantias do indivíduo. Neste contexto eclode a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que deu conhecimento global ao princípio da presunção de inocência em seu art. 11.1, após isso, o referido princípio foi sendo tutelado em vários documentos internacionais de proteção aos direitos fundamentais.

Dentre eles pode-se citar: A Convenção Europeia Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2) de 1950; Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) de 1966; Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, I e II) de 1969; Convenção Europeia

dos Direitos Humanos (art. 6º, II) de 1990; A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48) de 2000.

3.1.1 Da conjuntura histórica nacional

Durante o período conhecido como “Brasil-colônia” que compreende o interstício de tempo entre o ano de 1500 ao ano de 1822, vigeu no Brasil as Ordenações do Reino de Portugal, eram elas responsáveis por toda normatização aplicada em solo brasileiro. Neste período, dada à ocorrência de um crime, havia que se perseguir este inimigo a fim de dar uma satisfação ao povo, aos interesses locais e regionais, pois se fazia necessário manter a ordem na colônia.

Há época imperava a presunção de culpa do acusado, na existência de um crime os julgadores se contentavam com meros indícios de autoria e materialidade do delito para dar início à perseguição penal, não sendo imprescindíveis melhores averiguações a respeito da verdade das acusações. Logo, neste período o sistema processual penal foi fortemente marcado por práticas inquisitoriais que limitavam a aplicação de qualquer instituto que pudesse fazer menção a presunção de inocência.

Assim como nos relata Zanoide de Moraes (2010), o sistema tratava o ser humano como o cerne e a fonte de todo o mal e o inimigo do Estado, não havendo, portanto espaço para qualquer aceitação da ideia de sua presunção de inocência. Contribuição que descreve fielmente o pensamento dominante no Brasil colônia. Período em que distinção nenhuma se fazia entre o órgão acusador e o órgão julgador, ambos se confundiam na mesma pessoa, o juiz inquisidor, a prisão preventiva era a regra, a liberdade era a exceção.

No período imperial (1822-1889) houve um afastamento mesmo que de maneira tímida das práticas inquisidoras, o Brasil se insurgia como nação independente, o modelo liberal apontava como a nova tendência mundial, e assim o estado brasileiro acolheu parte de seus designios vindo a influenciar a ordem jurídica a ser implementada na recém-formada pátria.

Pela primeira vez o país reconheceu direitos fundamentais ao seu povo em nível constitucional, como nunca antes visto, houve uma maior preocupação com o trato para com o acusado principalmente no que diz respeito às restrições a sua liberdade. Já não se podia mais, a partir da constituinte de 1824, decretar a prisão de alguém sem a devida formação de culpa. Embora ainda não efetivada a separação entre órgão julgador e órgão acusador, a crueldade, as intimidações e os castigos foram abolidos no que se refere ao interrogatório do acusado e a

confissão não mais era a rainha de todas as provas, fazendo necessário seu embasamento em outras provas, para ensejar condenação.

A forma de governo até então praticada no Brasil, decaiu por completo em 15 de novembro de 1889, vários historiadores afirmam que a queda da monarquia no país se deu pela sua incompatibilidade com os interesses das classes dominantes da época que se viam sem grande participação na tomada de importantes decisões, os mais indignados eram os grandes produtores de café e o exército brasileiro.

Com a proclamação da república houve uma forte tendência a uma reforma da legislação criminal até então vigente (Código Criminal do Império de 1830), assim sendo um novo projeto foi apresentado e ligeiramente convertido em lei pelo Decreto-Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890. O primeiro código penal do império tentou suprir as lacunas existentes nas legislações anteriores, aboliu a pena de morte e outras consideradas de cunho cruel ou degradante, buscando não só abstrair um carácter punitivo da pena, mas também um carácter correcional. Contudo dada a celeridade implementada na elaboração e na promulgação do código em questão várias falhas puderam ser observadas e foram veementemente criticadas.

Não se observou a mesma pressa na elaboração de um código processual criminal o que levou a uma instabilidade jurídica nacional, uma vez que cada estado da federação legislava sobre seus procedimentos próprios. Essa permissão implícita foi dada pela constituição de 1891, primeira constituição republicana do Brasil. A respeito do abordado assevera José Henrique Pierangelli (1983, P. 160):

A quebra de unidade processual, já que cada Estado-membro possuía a competência para legislar em matéria de Direito Processual e de organização judiciária, não trouxe qualquer vantagem para as instituições jurídicas do nosso País. Contrariamente, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal.

Deve-se destacar que embora tenham trazido avanços significativos o Código Penal de 1890, bem como a Constituição de 1891, não trouxeram em seu bojo nenhum indício da presunção de inocência, imperava ainda a herança colonial e imperial da presunção de culpa do acusado. As constituições do período da história brasileira conhecida como a “Era Vargas” (1930 a 1945) também se destinaram a rejeitar a presunção de inocência do acusado, contudo a constituição de 1934 em seu art. 5º, XIX, alínea *a*, previu como competência privativa da união legislar sobre matéria processual. O que estabilizou as incongruências causadas pela então competência legislativa estadual.

Como resultado da unificação da capacidade legislativa processual surge o Código de Direito Processual Brasileiro de 03 de outubro de 1941, o primeiro, e até então o único, Código do período republicano. Este não trouxe inovações no que diz respeito à implantação da presunção de inocência e do tratamento do acusado. Legislações internacionais se prestaram a incorporar a presunção de inocência como princípio nas décadas posteriores ao código de 1941, pois o Brasil estava fechado para qualquer legislação que viesse a instituir garantias individuais e por consequência deveres ao estado. Somente em 1992 o país veio a ratificar esses tratados.

Vale ressaltar que a Lei de Execuções Penais, lei 7.210/84 foi à primeira legislação no cenário nacional a trazer uma maior expansão das garantias individuais no que diz respeito ao tratamento do acusado e mais especificamente ao princípio da presunção de inocência. A lei já condicionava a possibilidade de cumprimento da pena, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Porém, sem eficácia plena.

A primeira legislação Brasileira a positivar e elevar a presunção de inocência a uma garantia individual foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a mesma previu em seu Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I: Dos Direitos Individuais e Coletivos; Art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

4 DAS IMPLICAÇÕES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1 DAS IMPLICAÇÕES ANTERIORES A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDARATIVA DO BRASIL DE 1988

Como já bem explanado ao tratar do contexto histórico a presunção de inocência com fundamento ainda no direito romano na máxima do *in dubio pro reo* não encontrou espaço nas legislações brasileiras do período colonial, uma vez que o sistema adotado privilegiava o sistema inquisitorial e a presunção de culpa do acusado. Neste período a confissão do acusado era buscada a todo custo. Elevada ao posto de rainha das provas pelo sistema processual, era permitido ao juiz à utilização de quaisquer meios para a obtenção da confissão, não eram raras as torturas e crueldades caso o acusado decidisse não falar ou negasse os fatos (PERELMAN, 1998).

Não existindo neste contexto qualquer garantia que resguardasse o acusado a sua ampla defesa e o direito de não produzir prova contra si mesmo, muito pelo contrário, era obrigado a confessar o crime quer o tenha praticado ou não. Além disso, a prisão era a regra, utilizavam-se deste meio para impedir fugas, primeiro se prendia para então proceder ao julgamento. De outro modo ao órgão acusador também cabia o direito de julgar. Sobre essa temática assevera (BECCARIA, 1764, p. 23):

O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos. A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade [...].

Com o fim do período colonial e a independência do Brasil se viu a necessidade de organizar juridicamente o país, que até então absolvía a legislação portuguesa e aplicava em seus domínios. Em 1824 surge à primeira Constituição brasileira, esta trouxe uma gama de inovações legislativas, que se mostraram grandes avanços no que diz respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

A lei fundamental de 1824 estabeleceu em seu artigo 179 os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, dentre os quais foi citado no inciso primeiro o princípio da legalidade com a seguinte redação: "Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei". Bem como o princípio da liberdade de expressão resguardado no inciso IV, o princípio da liberdade religiosa, expresso no inciso V e o princípio da inviolabilidade a moradia, disposto no inciso VII, todos do art. 179 da CF/24.

No que diz respeito à prisão, o mesmo dispositivo legal em seus incisos VIII e IX dispunha que o acusado não poderia ser recolhido preso provisoriamente caso não tivesse sua culpa formada, da mesma forma não poderia permanecer preso caso fosse possível estar solto mediante o pagamento de fiança.

Analisando os princípios e garantias básicas que regem o direito processual penal em consonância com a constituição de 1824, Pierangelli (1983, p.86) constatou que esta fixou "preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico do que vigorava sob a égide do Livro V, das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século".

Sem encontrar oposição, de fato, as garantias encontradas na lei fundamental do império jamais foram vistas em mais de trezentos anos de período colonial, embora não tenha incorporado à presunção de inocência do acusado, marcaram o início de um tratamento mais

humanitário. Neste sentido foram abolidas algumas penas cruéis e de tortura, no entanto foi mantida a pena de morte para determinados crimes.

Em convergência com a Constituição Imperial, seis anos após a sua outorga, o Código Criminal do Império editado em 16 de dezembro de 1830, procedeu com as transformações na forma de se fazer justiça em solo brasileiro, da mesma forma o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, nome dado ao primeiro código criminal brasileiro de 23 de novembro de 1832, seguiu na mesma linha (WOLMER, 1998).

Ambos os códigos mesmo que ainda influenciados pelo modelo inquisitorial colonial não levaram adiante todas as suas mazelas, garantindo uma maior proteção aos cidadãos em face do estado, nesta mesma perspectiva comenta Wolmer (1998, p.86) afirmando que o Código Criminal Imperial era:

Um avanço, se comparado aos processos cruéis das Ordenações. Ainda que tenha conservado a pena de morte [...] orientava-se, de um lado pelo princípio da legalidade, ou seja, a proporcionalidade entre o crime e a pena; de outro, pelo princípio da personalidade das penas, devendo a aplicação da pena incidir exclusivamente no condenado, não se estendendo aos descendentes.

Vale ressaltar que embora garantidos formalmente, muitos desses direitos constitucionalmente previstos não encontraram eficácia prática, uma vez que o aparelho estatal não possuía os mecanismos para efetivá-los, sendo essa a maior crítica à legislação da época. Outra crítica importante foi o fato das normas em questão não descreverem como agir o Juízo em caso de dúvida, afastando de pronto o instituto do *in dubio pro reo*, não havendo por tanto nada a se falar em relação à presunção de inocência neste período.

Com a Proclamação da República iniciou-se um movimento de organização da justiça no país, uma vez que nos períodos anteriores quando o julgador não se confundia com a pessoa do acusador era submissa a este. Como nos informa (NEQUETE, 2000, P. 98):

Na passagem da Monarquia para a República, o Judiciário deixa de ser um poder subordinado e transforma-se em poder soberano, atendido o princípio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com eficácia a liberdade e os direitos dos cidadãos, na luta desigual entre indivíduo e Estado.

A mesma pressa em organizar o judiciário também se viu em formular um novo código criminal e uma nova constituição que embora tenham adotado a presunção de culpa do acusado em consequência da herança dos períodos anteriores, continuaram a escalada rumo à humanização do sistema jurídico brasileiro. Observa-se essa humanização com a extinção da

pena de morte e de outras penas desumanas, como também a criação de um regime penitenciário voltado não só a concretização do caráter punitivo da sanção penal, mas também ao correccional.

Em seguida têm-se as Constituições de 1934 e 1937 que não foram editadas em um período propício a efetuação da presunção de inocência, uma vez que a legislação político-criminal brasileira tinha como base os ideais positivistas do regime fascista italiano.

No ano de 1937 o então presidente Getúlio Vargas liderou o golpe de estado sob o pretexto de uma insurreição comunista no Brasil, fato este, nunca comprovado. O que fica evidente por todos os indícios é que tal ameaça na verdade foi um mecanismo encontrado para a instalação no país de um regime autoritário, definido como Ditadura do Estado Novo.

Até mesmo o nome do regime (Estado Novo) tem total influência da ditadura fascista portuguesa de Antônio Salazar, toda essência do golpe notadamente tem inspiração europeia, desde o fechamento do congresso, a extinção dos partidos políticos até a imposição de uma nova constituição (Constituição de 1937), tudo se assemelha e guarda afinidade com os governos nazifascistas, principalmente o italiano (MORAES, 2010).

Foi neste contexto de violação das instituições democráticas e retrocesso jurídico que surgiu o primeiro Código de Processo Penal da República, em 1941, que como era de se esperar não fez nenhuma ressalva em relação à presunção de inocência deixando clara sua designação em rejeitá-lo (LENZA, 2020).

O Código Republicano, as legislações anteriores da nossa nação e os regimes estrangeiros influenciadores dessas legislações foram todos formulado sob a égide da concepção do direito penal do inimigo, onde aquele que chega a cometer um crime passa a ser o inimigo do Estado, devendo este ser apanhado e punido. Ressalte-se ainda que essa lei continua vigente no nosso ordenamento. Contudo já bastante alterada, principalmente após a Constituição de 1988. Nessa perspectiva pode parecer excessivo dizer que nosso atual Código Penal não tem suas raízes fincadas na presunção de inocência, contudo isso se deve as influências que a atual constituição vem projetando desde sua edição (MORAES, 2010).

Com a deposição de Getúlio Vargas em 1945, chegou ao fim o seu governo autoritário, abrindo espaço para a formação de um novo governo. Nos anos subsequentes ocorreu a implantação e a vigência de uma nova Constituição, a Constituição Brasileira de 1946, contudo esta também não se dignou a resguardar a presunção de inocência, naquele momento as preocupações maiores do governo eram pacificar a política e promover o desenvolvimento econômico nacional (MORAES, 2010).

A carta fundamental de 1946 vigorou até o ano de 1967, três anos depois dos militares terem deposto o então presidente João Goulart. Os militares assumiram o mais alto posto do executivo brasileiro, dando início assim ao período da ditadura militar (1964-1985). As legislações posteriormente advindas foram voltadas mais ao poder executivo e ao legislativo, primordialmente no que diz respeito à atuação do Congresso Nacional.

Isso não significa dizer que as ofensas à presunção de inocência cessaram muito pelo contrário, no controle das instituições, os militares fizeram perseguição aos seus adversários políticos, com o uso da cassação de mandatos, afastamento do serviço público, prisões e torturas para todos aqueles que se insurgissem contra o sistema. Todavia, foi ainda no seio deste regime antidemocrático, mas já no apagar das luzes surgiu a primeira legislação brasileira a condicionar o início do cumprimento da pena à existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, bem como proporcionou outras garantias ao acusado, trata-se da Lei de Execuções Penais (7.210/84).

4.1.1 Das implicações posteriores a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A atual Constituição brasileira veio como uma resposta ao período autoritário vivido anteriormente, o que não poderia ser diferente, seu fundamento principal além da organização do Estado é garantir a democracia, o pleno funcionamento das instituições e a atribuição de direitos e garantias individuais.

Desta forma a constituição brasileira de 1988 inovou ao prever constitucionalmente de forma explícita o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, inciso LVII, que dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. No entanto, embora clara a disposição constitucional grande debate se gerou em torno da questão, principalmente no que concerne ao momento em que o acusado deixaria de ser considerado inocente, por tanto poderia a partir de então passar ao cumprimento da pena, bem como a questão do princípio da presunção de inocência ser ou não considerado clausula pétrea.

A respeito do mencionado, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que embora não tenha valor absoluto, a presunção de inocência é uma garantia individual, logo se constituindo cláusula pétrea como disposto:

[...] a presunção de inocência, invocada pelo impetrante a justificar a sua liberação, postulado constitucional erigido como cláusula pétrea e direito político criminal do acusado de caráter fundamental, não tem valor absoluto. Pode ceder diante da necessidade da privação cautelar, apontada pelos fatos e pela sua plausibilidade jurídica. (*Habeas corpus* nº 187.291/SE. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 12/11/2010).

Dois anos após a promulgação da atual carta constitucional, no início dos anos 90 o Supremo Tribunal Federal considerava que a possibilidade de interposição de recurso não era capaz de suprimir a possibilidade de execução da pena. No mesmo sentido entendia que a previsão constitucional constante no Art. 5º, LVII não tinha o condão de revogar as disposições do Código de Processo Penal de 1941 as quais autorizavam a prisão do indiciado logo após prolação de sentença condenatória. Observa-se:

Recurso de habeas corpus. Art. 5º, item LVII, da Constituição Federal. Prisão, O disposto no item LVII, do art. 5º da Carta política de 1988, ao dizer ‘Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória’, não importa em revogação dos preceitos do Código de Processo Penal que autorizam a prisão após sentença condenatória. Outros itens do mesmo artigo levam a conclusão de que, ante o mencionado item LVII de que, embora haja decisão condenatória, mesmo em segundo grau, a prisão só poderá efetuar-se após o trânsito em julgado de tal decisão (RHC nº 67857/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho. J. 12/10/1990).

Esse entendimento só veio a ser reconsiderado no ano de 2009, quando em sede do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, que tinha como relator o ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a prisão a título cautelar é a única que pode ser decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A corte suprema reconheceu que as disposições constitucionais se sobrepõem ao Código de processo penal, haja vista sua especialidade, temporalidade e hierarquia frente ao código.

Antes disso e também a partir daí surgiram algumas legislações revogando as disposições constantes no Código de Processo penal que vigiam em completa convergência com o disposto na constituição. Como o Art. 393 do CPP, que condicionava a possibilidade de interposição de recurso à prisão do suspeito e a inclusão do seu nome no rol de culpados, que foi revogado pela Lei nº 12.403/2011. Neste mesmo sentido a Lei nº 11.689/2008 tratou de revogar o art.408, § 1º do CPP, que dispunha sobre os efeitos da sentença de pronúncia do réu, naqueles crimes previstos como sendo de competência do Tribunal do Júri.

O entendimento alçado em 2009 veio a ser reformulado no ano de 2016, quando a suprema corte voltou a admitir a prisão após condenação em segunda instância:

Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

É imperioso destacar que neste momento o Brasil vivia uma grande comoção social embasada na maior operação policial e judiciária da história do país que recebeu o nome de “Lava Jato”, o anseio e clamor popular surtiram efeito, e a sensação de impunidade diminuiu quando grandes empresários e líderes políticos foram colocados atrás das grades. Esse evento se tornou mais palpável após a decisão do STF que reconheceu a possibilidade do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância.

O relator do caso que originou esta decisão o ex-ministro Teori Zavascki (*Habeas Corpus* nº 126.292) sinalizou que a análise do processo pelo tribunal de segundo grau encerra de pronto a discussão sobre os fatos e as provas assentando assim a culpa do acusado, não havendo, portanto, que se falar em presunção de inocência a partir daí. Seguiram este mesmo entendimento os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

O STF perdurou com este entendimento até o Julgamento que se baseou em três Ações Declaratórias de Constitucionalidades (ADCs), apresentadas pelo antigo Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota); pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB). No qual se decidiu no dia 07/11/2019 pela impossibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, dada à constitucionalidade declarada do art. 283 do Código de Processo Penal que assim dispunha:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

Logo, o referido artigo condicionava e continua a condicionar mesmo após as alterações trazidas pela Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019 a prisão do acusado a uma sentença penal condenatória já transitada em julgado, em completa consonância com o disposto na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVII.

Embora a mudança ocorrida no quadro de integrantes do tribunal em decorrência do trágico acidente e morte do ministro Teori Zavascki e sua consequente substituição pelo atual ministro Alexandre de Moraes no ano de 2017, a alteração no entendimento da corte suprema em relação ao anteriormente abalizado em 2016, se deu pela variação no entendimento do ministro Gilmar Mendes, uma vez que Alexandre de Moraes prosseguiu com entendimento convergente ao do sucedido Teori Zavascki.

Votaram contra a execução provisória da pena os ministros: Marco Aurélio Mello (relator do caso), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Em seu voto, Gilmar Mendes explica sua mudança de posicionamento: "O fator fundamental a definir essa minha mudança de orientação foi o próprio desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016". Segundo o ministro a decisão tomou contornos diferentes dos imaginados por ele.

5 DA POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

5.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

A doutrina processual penal brasileira reconhece a importância do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade no sistema processual vigente, sendo este responsável por limitar a ação estatal em face do indivíduo. Assim coloca (NUCCI, 2012, pp. 264/266):

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. (...) Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. Por isso, caso o réu assuma a autoria do fato típico, mas invoque a ocorrência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, permanece o ônus probatório da acusação em demonstrar ao magistrado a fragilidade da excludente e, portanto, a consistência da prática do crime.

Desta forma busca-se equalizar a relação entre o aparelho estatal e o seu direito de punir amparado por todos os seus mecanismos, frente ao sujeito potencialmente hipossuficiente. Neste sentido a presunção de inocência visa garantir ao acusado um tratamento dignamente humanitário durante todo feito processual, desde o momento das primeiras investigações até o momento da efetiva formação da culpa. Sobre o assunto ensina (CAPEZ, 2016, p. 117):

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Esses três aspectos são responsáveis por um processo penal distinto dos outrora observados, eles encabeçam uma gama de outras garantias que deles decorrem e que por eles se aplicam. Em consonância com o que a Constituição brasileira de 1988 visa resguardar quando instituiu o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo o princípio central a ser blindado e tido como base para todas as ações estatais em qualquer âmbito de atuação.

É imperativo destacar que a presunção de inocência embora esteja já ancorada em nosso ordenamento jurídico ainda é motivo de grandes debates e discussões acaloradas, uma delas diz respeito à própria denominação (princípio da presunção de inocência x Princípio da não-culpabilidade). Uma corrente doutrinária trata as duas expressões como sinônimas, contudo grande parcela dos doutrinadores aponta que as expressões não são equivalentes. Um deles, Sanches Cunha (2015, p.96) destaca: “Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos”.

O referido autor defende que a Constituição Brasileira não previu a presunção de inocência, uma vez que esta em seu artigo 5º, inciso LVII fala que “ninguém será considerado culpado”, sem fazer nenhuma menção ao estado de inocência. Para Sanches Cunha o princípio da não culpabilidade encontra-se explícito garantindo ao acusado o afastamento dos efeitos e consequências de uma possível condenação até que se tenha a formação de culpa inquestionável com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Seguindo o mesmo entendimento Luís Gustavo de Carvalho (2014, p.156) dispõe que: “não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois,

no caso, haverá um suporte probatório mínimo” o autor segue afirmando que o que “se poderia presumir é a sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção”.

Para os autores que defendem essa tese, o princípio da presunção de inocência estaria sim exposto nas legislações externas das quais o Brasil é signatário, e que dispõem expressamente: “presuma sua inocência” como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º, inciso II. O que não foi feito pela constituinte de 1988.

Embora haja o acalorado embate doutrinário em relação à nomenclatura e ao alcance e dimensão dos termos utilizados, na prática o princípio tem se aplicado indiferentemente a isto, e tem se mostrado uma ferramenta de enorme impacto no processo penal, que sempre teve por base um modelo inquisitorial e meramente punitivo, mas que busca se desvencilhar desse modelo por meio das legislações mais contemporâneas e ligadas aos direitos fundamentais.

5.1.1 Do cumprimento provisório da pena e a presunção de inocência

Depois de promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, e estando efetivamente inserido o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade como uma garantia fundamental individual, sua observância se tornou cogente, constituindo-se o alicerce de todo processo penal no Brasil. Na visão de Aury Lopes Júnior (2011, p. 177) este é “princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”.

Neste sentido, a presunção de inocência seria um parâmetro de análise da qualidade processual aplicada. Todavia, essa não foi à realidade observada até o início dos anos 2000, pois o princípio constitucional foi suprimido em razão de disposições em legislações infraconstitucionais que previam a prisão tão logo houvesse condenação em segundo grau, ainda que pendente qualquer recurso.

Vigorava o entendimento, também amplamente defendido nos dias atuais, de que é plenamente possível a prisão para fins de cumprimento da pena logo após condenação por órgão colegiado, uma vez que o ditame constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII não teria o condão de impedir tal situação, sendo ambas as situações plenamente compatíveis. A esse respeito assevera o ministro Alexandre de Moraes:

A possibilidade de início da execução da pena após decisão condenatória de 2º grau não desrespeita o princípio da presunção de inocência, que é uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo

necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”). A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

Partindo deste posicionamento, tem-se que a *presunção de inocência* ou *não culpa*, é um princípio basilar do nosso processo penal e resguarda o acusado até que contra este sejam encontradas provas contundentes, com capacidade para evidenciar a incontroversa culpa do imputado, desta forma não haveria um marco decisório seja ele de primeira ou segunda instância para afastar as garantias inerentes à *presunção de inocência* ou de *não culpa*, bastando simplesmente um lastro probatório incontestável.

Na perspectiva de que é necessário um conjunto probatório suficientemente robusto para ensejar o afastamento das garantias e, por conseguinte fundamentar a prisão para cumprimento de pena, tem-se estabelecido como momento ideal para tanto a condenação após análise do caso por órgão colegiado, haja vista ser este o fim da análise dos fatos, em diante só questões de direito são analisadas pelos tribunais superiores. A esse respeito escreve o ministro Gilmar Mendes (2015, pp. 39-40), ainda ressaltando que o recurso especial e o recurso extraordinário não têm efeito suspensivo, não impedindo o recolhimento a prisão do condenado.

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. (...) Nesse estágio, é compatível com a *presunção de não culpabilidade* determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

Importa esclarecer que toda essa temática defendida em torno da execução provisória da pena tem fulcro no princípio da efetiva tutela jurisdicional. O qual visa resguardar a efetividade da lei penal frente ao agente infrator como forma de justificar sua função jurídico-social, numa clara tentativa de atender os anseios da sociedade e impedir que processos se arrastem por anos no judiciário e findem sem uma resolução satisfatória ou até mesmo prescritos. Sobre isso relata o ministro Alexandre de Moraes:

Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito às exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal –, seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

Dentro dessa discussão é evidente a preocupação em não tornar a legislação penal, na maioria dos casos, um amontoado de artigos e incisos com mera aplicabilidade formal e que só encontram efetividade diante de determinadas parcelas da sociedade e que em regra são as mais desfavorecidas. É notória também a prevalência do interesse social (*in dubio pro societate*) em face do interesse individual (*in dubio pro reo*), uma vez que se restringem as garantias individuais em prol da pacificação social e do bem comum, consubstanciadas pela indelével demonstração de força do estado.

Destoando da jurisprudência firmada pelo tribunal, em 2009 no *habeas corpus* 84.078-7/MG o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência do cumprimento antecipado da pena após condenação em segunda instância o que significou um marco do reconhecimento das garantias individuais do acusado na recente história democrática brasileira.

O novo posicionamento tratou de analisar o texto constitucional em sua literalidade e essência, procurando privilegiar a vontade do constituinte originário, que se traduz nos desígnios reais do povo, uma vez que todas as disposições expostas na carta magna foram erigidas pelos legítimos representantes da sociedade. Neste sentido destaca Rosa Weber:

A Constituição de 1988 não assegura uma presunção de inocência meramente principiológica. Ainda que não o esgote, ela delimita o âmbito semântico do conceito legal de culpa, para fins de condenação criminal, na ordem jurídica por ela estabelecida. E o faz ao afirmar categoricamente que a culpa supõe o trânsito em julgado. Em outras palavras, a presunção de inocência, a assegurada nos instrumentos internacionais, lida segundo a ótica da Constituição, perdura, íntegra, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória. E não se está aqui a confundir culpa com prisão, considerada a distinção entre a prisão pena e as prisões cautelares. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

A ministra fez questão de avultar que o texto constitucional estabeleceu seus próprios limites quando definiu categoricamente o trânsito em julgado como sendo o momento de definição da culpa, sendo assim não se concebe que alguém possa ser tratado como culpado e sofra os efeitos de uma prisão pena, sem que antes tenha contra esse indivíduo uma decisão transitada em julgado. Todavia ressalta a ministra que apenas a prisão pena não é compatível,

sendo as demais prisões ditas cautelares perfeitamente aplicáveis. Assim também considera o ministro Celso de Melo:

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza, como anteriormente enfatizado, a decretação de prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da investigação criminal e do processo penal. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

É importante aqui ressaltar também que para além de assegurar a presunção de inocência como princípio fundamental expresso na atual Carta Magna, o constituinte originário lhe resguardou uma proteção de carácter excepcional uma vez que apontou em seu artigo 60, §4º as garantias individuais como sendo cláusulas pétreas, ou seja, que não podem ser objeto de emendas à constituição. Com propriedade ensina o Ministro Ricardo Lewandowski:

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas pela doutrina de “cláusulas pétreas”, justamente para evocar o seu carácter de alicerce de todo o ordenamento legal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

Assevera ainda:

Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência, plasmada na Constituição de 1988, porquanto foi concebida como um antídoto contra a volta de regimes ditatoriais, como aquele instalado no Brasil depois de 1964, em que sequestros, torturas, desaparecimentos e o encarceramento sistemático de dissidentes políticos eram praticados sob as vistas de um Judiciário emasculado pelos atos de exceção, quando não complacente com os desmandos. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

É evidente que como expõe o ministro, a constituinte de 1988 tinha grande preocupação em não deixar espaço para que arbitrariedades voltassem a ocorrer, atendendo ao clamor popular da época no pós-ditadura militar, vale ressaltar que é dever da classe congressista como representantes do povo debruçar-se sobre suas exigências. No entanto o mesmo não se aplica aos juízes e tribunais que devem presar pela mais límpida e clara

aplicação da lei, obedecendo aos seus limites e se utilizando da melhor hermenêutica quando a lei lhes der espaço para tanto. Dentro desta questão magistralmente nos adverte a ministra Rosa Weber:

Malgrado fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídico-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente – cuja observância irrestrita também traduz em si mesma uma exigência civilizatória –, afastar a higidez de preceito que institui garantia, em favor do direito de defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

Neste trecho de seu voto, a ministra reconhece que o clamor social pela efetividade da lei penal é plenamente compreensível, dada a crescente criminalidade e as constantes denúncias de corrupção, seguidas e intensificadas pela ineficiência do sistema judiciário. Contudo se adverte que não é possível afastar as garantias estatuídas no texto constitucional, devendo-se procurar alternativas para a resolução destas questões.

Por fim cumpre salientar que a presunção de inocência não se esvazia com uma decisão condenatória, ou quando passa a ser analisada por uma instância superior, haja vista que a própria constituição tratou de estabelecer o seu esvaziamento total. Sobre isso relata com maestria o ministro Celso de Melo:

Acho importante referir, de outro lado, por necessário, 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. (ADC 43/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 07/11/2019).

Por tanto não se pode falar em supressão da presunção de inocência conforme o transcorrer do tempo ou à medida que são interpostos novos recursos, não há progressividade de esvaziamento da referida garantia constitucional como também não há de nenhuma das outras. Os direitos individuais são absolutos, encontrando limitações apenas em si próprios, não perdendo, por efeito, sua eficácia ou aplicabilidade ficarem a cargo da hermenêutica jurisdicional.

Neste sentido, a condenação por órgão colegiado não tem como desígnio de afastar as garantias inerentes aos acusados criminalmente, quando muito encerram a discussão fática,

contudo não definem culpa ou tampouco inviabilizam a interposição em liberdade dos recursos cabíveis. A própria constituição taxou o trânsito em julgado como sendo o momento de formação da culpa e possibilitador da prisão pena.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas todas essas considerações é imperioso alertar sobre os contornos que a discussão vem tomando no meio jurídico e acadêmico, uma vez que a segurança jurídica é um pilar imprescindível a qualquer ordenamento e vem sendo abalado a cada novo julgamento sobre o tema com a constante mudança de entendimento que mais parece estar pautada no esforço de alguns ministros para satisfazer convicções próprias do que fazer-se cumprir os ditames constitucionais.

Em um estado democrático de direito a lei deve ditar os caminhos a serem trilhados, é dela que partem as permissões e proibições que devem ser respeitadas para o bom convívio social e para a perpetuação da democracia. Logo, ao não se observar preceito constitucional taxativamente expresso, que dada sua clareza nem mesmo admite interpretação, o julgador se distancia das bases sólidas arquitetadas legalmente para adentrar no campo instável e infundado da persuasão.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) é uma resposta aos períodos autoritários e ditatoriais, o que por sua vez justifica o seu caráter garantista e protecionista, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais que dada sua importância foram tratados em um capítulo próprio, abarcando os direitos e deveres individuais, dentre os quais está prevista a presunção de inocência.

A CF/88 não se limitou a estabelecer os direitos individuais como sendo garantias fundamentais, pois estabelece em seu art.60, §4º, IV que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, fixando estes como cláusulas pétreas, assim definidas todas as matérias constitucionais insusceptíveis de mudanças, exceto quando para ampliar o leque de abrangência do instituto.

Por efeito, não é possível abolir ou até mesmo restringir o alcance das cláusulas pétreas seja por meio das emendas a constituição ou da chamada hermenêutica constitucional exercida pelos agentes legalmente investidos na atividade jurisdicional. Qualquer tentativa de promover a supressão ou a extinção das normas e princípios abalizados pelo art. 60, §4º, IV da CF constitui-se em um ato inconstitucional e atentatório a estabilidade e harmonia do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode, portanto, conceber a violação das cláusulas pétreas principalmente quando esta violação advém do órgão que tem como primordial função a guarda da constituição, a execução provisória da pena não diz respeito apenas as questões penais ou carcerárias, para, além disso, é uma garantia individual petrificada pelo constituinte originário, o qual tratou de não deixar espaço para interpretações equivocadas, e impôs sua observância obrigatória enquanto estiver em vigor a atual constituição.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA NACIONAL FRANCESA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, 1789.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 26 abr.2020.

BRASIL. **Código de processo penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Código penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**, São Paulo: Editora Atlas S. A., 2012, pg. 171.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Saraiva, 2016.

CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição – princípios constitucionais do processo penal**. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 156.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2.^a ed. rev. e ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, etc.... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. **Direito processual penal: estudos e pareceres** -- Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

MANZINI, Vincenzo; tradução de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin; prologo por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. **Tratado de direito processual penal** Imprensa: Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-américa, 1951.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade**. In Marco Aurélio Mello – Ciência. Ribeirão Preto: Migalhas, 2015, pp. 39-40.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência, II - República**. 2000. P. 98.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 264/266.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica / Chaim Perelman**; tradução de Verginia K. Pupi. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal - evolução histórica e fontes legislativas**. 1983.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: Evolução histórica**. São Paulo: Jalovi. 1980.

STF, Notícias. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. Quarta-feira, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso: 02/05/2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar. **Gilmar Mendes dá voto contra prisão após segunda instância**. Por Caique Alencar - IG Último Segundo | 07/11/2019 17:08 - Atualizada às 07/11/2019 17:37. Disponível em: Último Segundo - IG @ <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-11-07/gilmar-mendes-da-voto-contraprisao-apos-segunda-instancia.html>. Acesso em: 03/05/2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.86.

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.