

CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO

JOSÉ RICARDO ARRAIS GRANGEIRO

**A INSEGURANÇA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: CONSIDERAÇÕES AO *HABEAS CORPUS* Nº
126.292/SP E AS ADC's Nº 43, 44 E 54.**

JUAZEIRO DO NORTE – CE

2021

JOSÉ RICARDO ARRAIS GRANGEIRO

**A INSEGURANÇA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: CONSIDERAÇÕES AO *HABEAS CORPUS* Nº
126.292/SP E AS ADC's Nº 43, 44 E 54.**

Trabalho de Conclusão de Curso de pós-graduação, apresentado ao curso de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, como requisito para obtenção do título de especialista.

Orientador: André Jorge Rocha de Almeida

JUAZEIRO DO NORTE – CE

2021

RESUMO

O presente trabalho monográfico busca refletir sobre o estado de insegurança jurídica em que se encontra o princípio da presunção de inocência, sobretudo, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP e as Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Para isso, inicialmente, serão analisados os aspectos históricos, sua previsão nos textos internacionais de direitos humanos, considerando os aspectos relevantes dessa construção histórica até a sua positivação na Constituição Federal de 1988, com destaque para a importância dessa garantia a nível constitucional. Em seguida, pretende-se pontuar a questão da impossibilidade da execução antecipada da pena no ordenamento jurídico brasileiro, buscando-se demonstrar a diferença entre os institutos da execução antecipada e execução provisória da pena, bem como analisar a polêmica da execução provisória da pena na pendência de recurso especial e extraordinário. Ainda, o trabalho trará reflexões sobre as decorrências do julgamento, procedendo à análise das Ações Diretas de Constitucionalidades nº 43 e 44 e do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, que serviram como reafirmação do entendimento firmado no Habeas Corpus nº 126.292/SP, inclusive com o reconhecimento da repercussão geral da matéria. Por fim, serão também analisadas as ADC's nº 43, 44 e 54. Concluiu-se que o instituto da presunção de inocência encontra-se em uma evidente situação de insegurança jurídica, muito embora a execução da pena seja constitucionalmente estimulada somente após o trânsito em julgado.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência; Habeas Corpus nº 126.292/SP; ADC nº 43, 44 e 54.

ABSTRACT

This monographic work seeks to reflect on the state of legal uncertainty in which the principle of presumption of innocence is found, especially in light of the jurisprudence of the Federal Supreme Court after the judgment of Habeas Corpus nº 126.292/SP and Direct Actions of Constitutionality nº 43, 44 and 54. For this, initially, the historical aspects will be analyzed, its prediction in international human rights texts, considering the relevant aspects of this historical construction until its affirmation in the Federal Constitution of 1988, highlighting the importance of this guarantee at the constitutional level. Then, it is intended to point out the issue of the impossibility of early execution of the penalty in the Brazilian legal system, seeking to demonstrate the difference between the institutes of early execution and provisional execution of the penalty, as well as to analyze the controversy of the provisional execution of the penalty in pending special and extraordinary appeal. Still, the work will bring reflections on the consequences of the judgment, proceeding to the analysis of the Direct Actions of Constitutionalities nº 43 and 44 and of the Appeal in Extraordinary Appeal nº 964.246, which served as reaffirmation of the understanding signed in Habeas Corpus nº 126.292/SP, including the recognition of the general repercussion of the matter. Finally, ADC's nº 43, 44 and 54 will also be analyzed. It was concluded that the presumption of innocence is in an evident situation of legal uncertainty, even though the execution of the sentence is constitutionally stimulated only after transit in judged.

Keywords: Principle of presumption of innocence; Habeas Corpus nº 126.292/SP; ADC nº. 43, 44 and 54.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	11
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	11
2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TEXTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	16
2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ASSEGURADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SEU ALCANCE E DESDOBRAMENTOS.....	21
3 A (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
3.1 EXECUÇÃO ANTECIPADA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA INSTITUTOS DISTINTOS.....	30
3.1.1 Execução antecipada da pena	30
3.1.2 Execução provisória da pena	34
3.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA (ANTECIPADA) DA PENA NA PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO	37
3.3 O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> N. 84.078/MG	42
4 A INSEGURANÇA JURÍDICA DO INSTITUTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 126.292/SP E DAS ADC'S Nº 43, 44 E 54	45
4.1 O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 126.292/SP	46
4.2 DO JULGAMENTO DAS ADC's Nº 43, 44 E 54	49
4.3 O CENÁRIO DE INSEGURANÇA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	54
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão busca trazer a análise das mudanças e evoluções jurisprudenciais referentes a Execução de Pena em segunda instância, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e a sua correlação com o princípio da presunção de inocência, bem como, as conseqüentes modificações perante os efeitos dessas teses. Há uma indiscutível relevância nas referentes determinações já que o supracitado instituto vem determinado de maneira expressa desde a promulgação da Carta Magna de 1988.

A discussão da legalidade e a decorrência da possibilidade de cumprimento antecipado da pena iniciou-se ainda nos anos 90 e dura até os dias atuais, aos quais a Suprema Corte durante esse lastro temporal vem analisando e pautando tais decisões utilizando o instrumento processual do Habeas Corpus e mudando o seu posicionamento a cada pauta de votação, o que promove um notório estado de insegurança jurídica.

Nestes termos, a Corte guardiã da Magna Carta vigente, busca desde meados do ano de 2009 modificar o entendimento literal do texto legal abarcado constitucionalmente, e que por sua vez, traz expressamente no rol dos direitos e garantias constitucionais a presunção de não culpabilidade de todos os cidadãos. Por este motivo, subsiste a necessidade de haver uma investigação sobre as limitações de ordens formais, procedimentais, principiológicas e, principalmente, o seu cumprimento diante a necessidade de evolução da Constituição.

No dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade do cumprimento de sentença condenatória antes da ocorrência do trânsito em julgado, após a prolação de acórdão penal condenatório em grau de apelação. Essa decisão muda o entendimento anterior firmado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, ocorrido em 05 de fevereiro de 2009, em que se decidiu pela incompatibilidade do princípio da presunção de inocência com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Contudo, ano de 2019, a mesma Corte, em meio ao julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, fixado entendimento contrário a decisão do *Habeas Corpus* de 2016, voltando a proibir a prisão em segunda

instancia, sob a linha argumentativa da necessidade de atentar-se a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

A presunção de inocência está prevista como uma garantia expressa, no inciso LVII do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual, a polêmica das decisões do Supremo Tribunal Federal gerou um caloroso debate doutrinário e uma grande controvérsia judicial acerca da possibilidade ou não de uma relativização do princípio constitucional supracitado.

Nesse contexto, construíram-se teses a respeito da ocorrência de mitigação e/ou relativização da presunção de inocência, e, em via oposta, surgiram outras alegações que interpretavam o fato como sendo um avanço na processualística penal no combate à impunidade. A execução antecipada da pena trata o indivíduo como culpado, situação que viola a Constituição, que prescreve a necessidade de uma decisão da qual não caiba mais recurso (transitada em julgado) para se considerar alguém culpado pela justiça brasileira.

Sob o prisma de que o Estado Democrático de Direito impõe o respeito aos direitos fundamentais e o estrito cumprimento da Constituição Federal, em face de qualquer indivíduo, difícil é a compreensão do que motivou os Ministros da Corte Suprema, que tem a atribuição de guardiões da Constituição, a mudar a jurisprudência, passando a permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Dessa forma, a decisão proferida nos julgamentos do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP e das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 45 protagonizam uma árdua discursão sobre a restrição ou não ao exercício das garantias constitucionais, sobretudo da presunção de inocência ou não culpabilidade, ou poderia ser considerada um avanço na persecução penal e efetividade da jurisdição, notadamente no "combate à impunidade".

Pretende-se, neste estudo, trazer uma reflexão em torno da polêmica decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com enfoque na presunção de inocência e o cumprimento de sentença após condenação em 2º grau de jurisdição, ainda que pendente de julgamento de recurso especial ou extraordinário e sua compatibilidade com os preceitos constitucionais.

Para tal, propõe-se um estudo sobre a construção histórica do conceito de presunção de inocência, que se origina no império romano e perdura até a positivação do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988;

posteriormente, inicia-se uma reflexão acerca da impossibilidade da execução antecipada da pena no ordenamento jurídico brasileiro; e, finalmente, tecer considerações sobre o que o Supremo Tribunal Federal decidiu no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP e nos julgados dele decorrentes, como também trazer a discussão fundamentos e críticas de alguns doutrinadores e juristas sobre a decisão.

O presente trabalho é digno de atenção em face da mudança da jurisprudência da mais alta Corte da justiça brasileira, que embora não tenha decidido de forma unânime, instalou uma grande controvérsia jurisprudencial acerca da matéria, principalmente pelas alterações interpretativas em face da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Essa situação, por si só, suscita uma insegurança jurídica tanto em vista se tratar de uma garantia constitucional e possibilidade real de aplicação do dispositivo processual penal que continua vigente. Outro ponto relevante consiste na análise dos doutrinadores e dos juristas de todo o país, cuja conjuntura propicia a formação de duas correntes, uma a favor e outra contrária as decisões do Supremo Tribunal Federal, motivando debates acalorados, seja para enaltecer ou criticar as mesmas.

Utilizou-se o método dedutivo no presente estudo, abordando categorias fundamentais para o desenvolvimento do tema, como o conjunto de normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, a presunção de inocência, além de sua construção histórica que é vista como uma conquista para a humanidade.

A coleta de dados foi realizada através de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e documentais. Precipuamente, as pesquisas bibliográficas forneceram o embasamento teórico e doutrinário por meio de livros, artigos e textos de autores de referência. Por sua vez, as jurisprudenciais trouxeram julgados precedentes e posteriores pertinentes ao tema, para fins de confrontação de entendimentos. E, finalmente, as documentais permitiram coletar o posicionamento de membros da comunidade jurídica sobre a nova orientação.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como presunção de não culpabilidade ou estado de inocência, goza de previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê no inciso LVII, do art. 5º “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio em estudo é confirmado por tratados e convenções internacionais que versam sobre Direitos Humanos, traduzindo-se, em síntese, numa garantia ao acusado que responde a um processo, sendo tal princípio responsável por tutelar a liberdade das pessoas.

O texto constitucional de 1988 foi o primeiro a albergar de forma expressa a presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, erigida ao status de garantia e inserida no rol das cláusulas pétreas, assegurando ao indivíduo que somente será considerado culpado depois de uma decisão judicial que não comporte mais recurso (transitada em julgado). Portanto, pode-se afirmar que a norma constitucional teve o intuito de exigir o esgotamento da via judicial para a declaração de culpa do indivíduo e início do cumprimento de uma pena.

Entretanto, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência oscilam na interpretação e aplicação do princípio da presunção de inocência, sendo o último episódio dessa inconstância o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, que provocou uma “reviravolta” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, faz-se necessária, antes de adentrar nas discussões sobre a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à presunção de inocência, uma análise histórica do princípio e sua evolução bem como de sua previsão expressa nos textos internacionais de direitos humanos e na Constituição Federal de 1988, para garantir uma melhor reflexão do seu conteúdo e significado.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O princípio da presunção de inocência tem as suas origens no Direito Romano, período em que, por influência do cristianismo, se incorporou ao referido código aliando-se à máxima que dizia que era preferível absolver um culpado a

condenar um inocente. De acordo com Giacomolli (2016, p. 110) “no direito romano, por influência do cristianismo, na verificação da situação de uma pessoa acusada, incidia a máxima do in dubio pro reo, como regra referente à valoração da prova”.

Sobre a influência do cristianismo na evolução histórica dos direitos fundamentais no direito romano, ensina Greco Filho:

Inegavelmente foi a doutrina cristã que mais valorizou a pessoa humana, definindo o homem como criado à imagem e semelhança de Deus. Mediante essa concepção, estabelecendo um vínculo entre o indivíduo e a divindade, superou-se a concepção do Estado como única unidade perfeita, de forma que o homem-cidadão foi substituído pelo homem-pessoa. Imediatamente, sentiu-se tal influência na mitigação das penalidades atroz, no respeito ao indivíduo como pessoa e em outros campos. (GRECO FILHO, 2012, p. 50).

Apesar dessa influência, de acordo com Greco Filho (2012) o impacto da doutrina cristã só veio a atingir o direito romano na fase de decadência do império, com o imperador Constantino, ocorrendo dessa forma adaptações às condições da época, servindo mais como um fator de persuasão à consciência do soberano do que como propriamente uma nova estrutura social e processual.

Outro marco importante da evolução da presunção de inocência foi a Carta Magna de 1215, documento elaborado pela aristocracia feudal inglesa para o seu suserano. Este marco que alterou o sentido e forma dos direitos fundamentais, no tocante a sua evolução dos direitos estamentais aos direitos individuais, de acordo com Canotilho (2003) tinha finalidade de estabelecer um “modus vivendi” entre os reis e os barões.

Conseqüentemente, a constituição do “modus vivendi”, ressaltado por Canotilho, buscava conciliar os direitos de supremacia do rei com os direitos de liberdade consagrados na carta de franquia. Dessa forma, também fornecia abertura para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem, que, embora circunscritos apenas a certos estratos sociais, posteriormente acabou por fornecer uma dimensão geral ao conceito de homem livre, tornando-se extensivo a todos os cidadãos.

Ao argumentar sobre o alcance e a interpretação do célebre art. 39 da Carta Magna de 1215, afirma Canotilho:

O seu vigor irradiante no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre

art. 39.º, onde se preceituava que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a Lei do país”. (CANOTILHO, 2003, p. 383).

Conforme Espíndola (2016) é importante ressaltar que, mesmo diante desses marcos históricos embrionários do que viria a ser a presunção de inocência, ocorridos no direito romano, há divergência entre doutrinadores, uma vez que alguns afirmam que a presunção de inocência nem sequer chegou a ser encetada no arcabouço jurídico do direito praticado à época do império romano, enquanto outros argumentam que o marco inicial da existência presunção de inocência se daria somente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França.

Dentro dessa perspectiva, ao discorrer sobre as origens da presunção de inocência e o seu marco inicial na legislação romana Zanoide de Moraes (2010 apud ESPÍNDOLA, 2016, p. 11) afirma que num primeiro momento é possível extrair as bases do direito penal do inimigo e presunção de culpa que percorrem toda a Idade Média, havendo quebra dessa base ideológica somente no iluminismo, com a expressão da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, documento esse que, apesar de concebido e materializado através de uma inscrição legal, não acarretou a criação de institutos que a firmassem, em razão do contexto social e político vigente.

Na idade média predominou o chamado sistema inquisitivo, que sofreu grande influência religiosa (santa inquisição), sendo empregada nesse período a presunção de culpa do acusado, sobre quem recaía o ônus probatório, ou seja, o próprio réu deveria provar sua inocência.

Ao discorrer sobre esse tema dispõe Giacomolli que:

Na Idade Média, em uma estrutura de processo penal inquisitorial, não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (*purgatio* da acusação), bastando um simples indício à formação de um juízo condenatório. (GIACOMOLLI, 2016, p110).

De acordo com Lima (2016), no sistema processual inquisitorial as funções de acusar, defender e julgar eram concentradas em uma única pessoa, que assumia o papel de um juiz acusador ou juiz inquisidor, fato que comprometia de forma invariável a imparcialidade do julgador, em face da notória incompatibilidade das

funções de acusar e julgar, sobretudo em um processo penal, já que a acusação cria um vínculo psicológico com o resultado da demanda.

Mediante o exposto Lopes Júnior (2014) afirma que a presunção de inocência foi seriamente atacada e até invertida durante a inquisição na Idade Média. Nesse período a dúvida no julgador não importava em absolvição, em outras palavras era a negação do *in dubio pro reo*, como também era admitida a tortura em busca de uma confissão, dentre outras práticas nefastas que vão totalmente de encontro ao princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido ainda expõe Lopes Júnior que:

Basta recordar que na Inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa, e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 212).

Por conseguinte, pode-se aferir que, durante a era medieval, o princípio fundamental do sistema inquisitivo era a presunção de culpa do acusado, este visto apenas como objeto do processo, sendo o poder judiciário explicado pelo desejo de poder absoluto, de forma que o processo inquisitorial servia apenas de instrumento para se comprovar o que já era dado como certo, a culpa, visando legitimar as condenações e penas aplicadas.

Esse sistema inquisitorial perdeu legitimidade diante da violência empregada na inquisição, se tornando evidente exemplo dos abusos estatais cometidos contra a liberdade dos indivíduos, sobretudo após a ascensão da burguesia e o advento das ideias iluministas, surgindo daí a necessidade de modificar as bases filosóficas e políticas que sustentavam a sociedade da época, estando o processo penal no centro dessa nova perspectiva.

Seguindo as ideias iluministas, criticando as atrocidades dos sistemas penais existentes, principalmente em relação à presença da tortura e pena de morte, Beccaria em sua magnífica obra “Dos Delitos e Das Penas” planta a semente do princípio da presunção de inocência, formando uma concepção próxima ao que entendemos hoje, depreende-se:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um

cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2012, p. 62).

Beccaria (2012) desenvolve a tese de que o direito de punir do Estado deve ser limitado pela Lei, só podendo ser exercido dentro dos parâmetros concebidos pela sociedade, que são conhecidos com a feitura da norma jurídica.

O Estado na concepção iluminista não poderia ter o ser humano como inimigo, pois este seria a fonte e destino do poder estatal, cujo ponto de partida seria a teoria contratualista de Rousseau, na qual o Estado seria fruto de um contrato social dos indivíduos, superando a ideia de autoridade decorrente de um direito natural que poderia ser transmitido hereditariamente, com a possibilidade de ser exercido sem limites em detrimento dos seus cidadãos.

A partir dos ideais iluministas, apoiados pela burguesia, classe em ascensão que detinha o poder econômico e influenciava o poder estatal, a presunção de inocência ganha corpo e passa a compor o sistema processual penal.

Nesse sentido escreveu Giacomolli:

No âmbito da Europa continental, o estado de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da inocência dos cidadãos, culminando com a sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (GIACOMOLLI, 2016, p110).

Nessa conjuntura, novos anseios sociais e políticos surgem e se insurgem contra o Estado Absoluto, culminando na Revolução Francesa, que se configurou como grande marco na mudança de paradigma daquele modelo de Estado, para um Estado que objetivasse a regulação do poder de punir estatal, proteção da liberdade e integridade dos cidadãos, com forte repercussão das ideias iluministas na seara do sistema criminal e do processo penal.

Sobre essa quebra de paradigma:

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.8.1789, em seu art. 9º, rompendo com o *Ancien Régime* incorporou, expressamente, o estado de inocência, em atendimento às críticas dos pensadores da ilustração à estrutura inquisitorial do processo penal, a qual partia da presunção de culpabilidade do imputado, produzindo seus principais efeitos na prova e na prisão. (GIACOMOLLI, 2016, p. 110).

Sendo assim, observa-se que para a maioria dos doutrinadores pesquisados, a presunção de inocência nasceu com a Revolução Francesa, essa que trouxe em seus dispositivos direitos básicos e fundamentais dos cidadãos, a exemplo da liberdade, segurança, propriedade, como também fez referência expressa à presunção de inocência no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que segundo Barbagalo (2015) foi o documento culminante do movimento que ampliou os ideais do iluminismo.

Desse modo, pode-se concluir que, a presunção de inocência decorre diretamente da dignidade humana. Nesse sentido o ser humano, integrante da ordem social e política, não pode ser tratado como simples objeto em um processo, mas sim como ser humano dotado de razão e consciência, a quem não se deve atribuir a culpa antes que se possibilite as necessárias garantias de um julgamento justo, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, da paridade de armas, da proibição de provas ilícitas, da proibição da tortura como meio de se obter confissão, dentre outras.

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TEXTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Relativamente ao objeto de estudo ora referido, é imprescindível relatar a importância das declarações, tratados e convenções internacionais na proteção dos direitos humanos fundamentais, nos quais se aloca o princípio da presunção de inocência.

De acordo com Piovesan (2013) os textos internacionais de proteção aos direitos humanos são elaborados com a finalidade de importar obrigações aos Estados que os ratificam, entretanto, os maiores beneficiários dessa proteção são os indivíduos sob a jurisdição desse Estado, como relata a autora:

A incorporação efetiva das normas destes tratados no plano nacional é de crucial importância para que os seus propósitos sejam alcançados. A comunidade internacional tenta, atualmente, através do uso de tratados — o maior instrumento em seu aparato legal — obrigar os Estados a melhorar a condição dos indivíduos e a garantir a eles direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2013, p. 65).

Ainda, conforme Piovesan (2013) essa perspectiva de universalização dos direitos humanos, permite melhor compreender o discurso contemporâneo de direito,

principalmente no período pós segunda guerra mundial, com a criação de parâmetros globais de promoção e proteção dos direitos humanos, surgindo o movimento do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Nas palavras da referida autora:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos para implementar essa concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (PIOVESAN, 2013, p. 65).

A primeira positivação da presunção de inocência, como já dito no primeiro tópico, esta contida no art. 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento proveniente das ideias iluministas que serviu de base ideológica para a Revolução Francesa e se tornou postulado universal, ao prever que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Assim, na análise de Barbagalo (2015) essa redação sobre a presunção de inocência, não importou em qualquer condicionamento temporal, mas sim no simples reconhecimento da situação de inocência, alterando a existente presunção de culpabilidade, tornando-se um avanço significativo, de grande repercussão, diante de um sistema em que eram regras processuais os abusos e exageros contra a liberdade do acusado.

A presunção de inocência nos moldes da Declaração de 1789 referia-se, portanto, a um novo ponto de partida para o processo penal, com o abandono da presunção de culpa e o necessário reconhecimento do estado de inocência a todos os acusados em um processo, até ser declarado culpado em uma sentença judicial. Começava naquele momento uma grande mudança no sistema processual, a substituição do processo inquisitório pelo processo penal acusatório, que influenciaria fortemente outros países.

Nucci diferencia, com clareza solar, os referidos sistemas em seus ensinamentos:

Sistema Inquisitivo - é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à

recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.

Sistema Acusatório - possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (NUCCI, 2016, p. 111-112).

Analogamente, também previu expressamente a presunção de inocência em seu texto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, da qual o Brasil é signatário, reconhecendo o princípio da presunção de inocência no seu art. XI, item 1 e 2, in verbis:

Artigo XI.

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

O cenário internacional em que surgem a Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos é de um mundo devastado pela guerra, finda em 1945, avivando a preocupação de líderes mundiais da para impedir a repetição das atrocidades e atentados aos direitos humanos vistos durante o período de guerra, dominado pelos regimes totalitários nazismo e fascismo.

Abordando esse tema escreveu Giacomolli:

O Art. 11 da DUDH, proclamada em 10.12.1948, pela Assembleia das Nações Unidas, em face das experiências da Segunda Guerra Mundial, das fortes violações aos direitos humanos, bem como da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu o “princípio da presunção de inocência” como uma garantia do devido processo. (GIACOMOLLI, 2016, p. 110).

Conforme salienta Barbagalo (2015) a positivação do Art. XI no documento em estudo ocorre após duas sangrentas guerras, sendo inegável que a inspiração para a redação desse dispositivo legal foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Nesse tocante, observa Batisti:

Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se faz acompanhar de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo. Batisti. (2009 *apud* BARBAGALO, 2015, p. 38-39).

Na Declaração da ONU nota-se grande preocupação com a proteção da presunção de inocência, pois agregada a esta vieram outras duas garantias, quais sejam, a publicidade nos julgamentos e a necessária apresentação de defesa. A partir dessas condicionantes presume-se a inocência do imputado “até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a Lei”.

Em 04 de novembro de 1950, tem-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que estabeleceu em seu art. 6º, item 2, o seguinte: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. O próprio título do artigo 6º afirma que se trata do direito a um processo equitativo. Para Giacomolli (2016) à luz dessa previsão o estado de inocência seria princípio basilar de construção e de desenvolvimento das garantias processuais. Na visão de Barbagalo (2015) seria um processo de partes e como consequência deste a presunção de inocência.

Posteriormente, em 16 de dezembro de 1966, estabeleceu-se o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, promulgado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que preceitua em seu art. 14, item 2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Daí extrai-se a ideia de que os seus preceitos poderiam ser exigidos dos países signatários, já que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não é dotada de força coativa, sendo tal ideia bem vista pela comunidade internacional.

De forma idêntica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969, também prevê a garantia da presunção de inocência, no Art. 8º, item 2, 1ª parte: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência

enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. A convenção foi promulgada no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992 e do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que determinou sua vigência no Brasil.

Destaca-se que o supracitado artigo da Convenção tem valor de norma constitucional, conforme Barbagalo (2015, p. 40) “em razão do disposto no Art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, que confere status de norma constitucional para os direitos e garantias decorrentes de ‘tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’”.

Dessa forma a presunção de inocência contida no Art. 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, com valor de norma constitucional, somada a presunção de inocência contida no próprio texto constitucional de 1988, mais precisamente em seu Art. 5º, inciso LVII, dão maior amplitude a este princípio expressando dois aspectos fundamentais desta garantia, regra probatória e regra de tratamento.

As Declarações, Convenções e Pactos internacionais sobre Direitos Humanos serviram como instrumentos para formação e estrutura de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos. De acordo com Casado Filho (2012, p. 65) “trata-se de uma ordem jurídica internacional que se projeta sobre todos os países do planeta, vinculando-os às regras gerais que buscam assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana”.

O autor supracitado divide esse sistema de proteção em dois grandes planos:

A proteção aos Direitos Humanos internacional se dá em dois grandes planos: o *global* e o *regional*. O primeiro é representado pelos tratados aprovados no seio das Nações Unidas e pelas instituições criadas para vigiar sua aplicação. O segundo é geralmente exercido por organizações internacionais geograficamente restritas, como União Europeia, União Africana e, no nosso caso, a Organização dos Estados Americanos. (CASADO FILHO, 2012, p. 63).

É indispensável falar, ainda, que a consequência da evolução do princípio da presunção de inocência, a partir desses diplomas internacionais estudados, foi a influência no legislador constitucional de diversos países, que acabaram inserindo o estado de inocência nas Cartas Constitucionais, elevando-o ao patamar de direito fundamental. No Brasil a incorporação expressa da presunção de inocência somente se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, como se verá a seguir.

2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ASSEGURADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SEU ALCANCE E DESDOBRAMENTOS

As constituições republicanas brasileiras que antecederam a Constituição Federal de 1988, apesar de conterem um capítulo destinado a “direitos e garantias individuais”, não trouxeram expressamente a garantia da presunção de inocência (BARBAGALO, 2015). Antes de sua positivação no texto constitucional os reflexos da presunção de inocência eram percebidos como princípio implícito. Para alguns autores esses “direitos e garantias individuais”, previstos em constituições anteriores a de 1988, compunham um rol exemplificativo que não excluía outros direitos.

Giacomolli escreveu a respeito:

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988, embora destinassem um capítulo específico aos Direitos e às Garantias Individuais, através de um rol meramente exemplificativo, não previam, expressamente, o princípio do estado de inocência, limitando-se a mencionar que a especificação dos direitos e das garantias contidos na Constituição não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nelas adotados. (GIACOMOLLI, 2016, p. 111).

Na década de 1960 ocorreu no Brasil o golpe militar, que perdurou por aproximadamente duas décadas, período marcado por violação dos direitos humanos fundamentais, violação das instituições democráticas, havendo forte controle ideológico pelo governo, confirmado pela falta de liberdade e violência contra os cidadãos.

Após o fim do regime militar e a retomada da democracia com a eleição indireta de um presidente civil, ocorreu a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, de acordo com Barbagalo (2015) aprovada por meio da emenda constitucional nº 26, em 27 de novembro de 1985, que atribuiu poderes constituintes ao Congresso Nacional, que se reuniria no início do ano de 1987.

O propósito da Assembleia Nacional Constituinte era a elaboração de uma nova Constituição Federal que se adequasse aos anseios da sociedade brasileira e rompesse com o modelo autoritário do regime anterior, retomando a proteção dos direitos humanos fundamentais em sintonia com o que já se observava no cenário internacional.

Acerca disso, Zanoide de Moraes afirma que:

A atual Constituição brasileira foi projetada, elaborada e promulgada no contexto dos anseios de liberdade e redemocratização nacionais e em plena ascensão e consagração internacional da proteção dos direitos humanos. Se as várias lutas de resistência interna compunham os motivos mais fortes e próximos da população, os paradigmas humanitários fixados pelos organismos internacionais deram o esteio e o direcionamento necessário para o Brasil estabelecer uma nova ordem juspolítica. (ZANOIDE DE MORAES, 2010 *apud* ESPÍNDOLA, 2016, p. 21).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, institui-se um Estado Democrático de Direito no Brasil, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, pondo fim ao regime autoritário e destacando-se o amplo tratamento conferido aos direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e sociais. Na Carta Magna de 1988 o princípio da presunção de inocência é corolário da dignidade da pessoa humana e desenvolvido a partir do devido processo penal.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira que consagrou expressamente a presunção de inocência (ou de não culpabilidade), em seu Art. 5º, inciso LVII, estabelecendo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

De acordo com Giacomolli (2016) a redação do estado de inocência contido na Constituição Federal de 1988, teve inspiração na Constituição Italiana de 1948, que diz em seu Art. 27.2 “o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”. Corrobora com o mesmo pensamento Barbagalo (2015, p. 55) ao dizer que “nitidamente, a fórmula adotada pelo constituinte brasileiro para presunção de inocência seguiu as linhas do Art. 27.2 da Constituição Italiana”.

Sob a influência da Constituição Italiana, observa-se que o texto constitucional não traz expressamente a palavra “inocência”, contudo, isso não significa que no Art. 5º, Inciso LVII, da Carta Magna, não esteja inserto o princípio da presunção de inocência. Porquanto, há divergência doutrinária a respeito, existindo quem afirme que o constituinte brasileiro não abrigou a presunção de inocência, mas sim a presunção de não culpabilidade.

Sobre isto preleciona Mirabete:

O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do “princípio de não-culpabilidade”. Por isso, a nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. (MIRABETE, 2008, p. 23).

Para Mirabete (2008) se o princípio da presunção de inocência, como consequência direta do princípio do devido processo legal, fosse interpretado conforme previsto nos textos internacionais, ou seja, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por uma sentença condenatória irrecorrível, e, levado às últimas consequências esbarraria em uma presunção absoluta (*jure et de jure*), que não poderia ser eliminada. Portanto, para o referido autor trata-se de uma presunção relativa (*juris tantum*) que durante o curso do processo poderia ser destruída pelas provas obtidas, inclusive antes da própria decisão definitiva.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Pacelli (2017) entende que seria mais preciso utilizar-se das expressões “estado ou situação jurídica de inocência”, que indicaria uma proibição à antecipação do resultado final do processo. Ademais, afirma Barbagalo (2015, p. 57) “entre nós, alguns doutrinadores entendem que foi adotada a presunção de inocência, mas para outros, o postulado acolhido pela Carta constitucional brasileira foi o da não culpabilidade”.

Há autores que afirmam não haver diferença entre os dois postulados e que eles se equivalem. Este entendimento se parece mais adequado à realidade, se aproximando da práxis jurídica, como destaca Giacomolli:

As fórmulas “presunção de inocência” (formulação positiva) e “presunção de não culpabilidade” (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constantes nos diplomas internacionais antes mencionados. (GIACOMOLLI, 2016, p. 113).

Do mesmo modo, Badaró posiciona-se contrariamente à visão que trata os conceitos de presunção de inocência e presunção de não culpabilidade como não coincidentes, alertando para o retrocesso que se configura a ratificação de tal pensamento:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (BADARÓ, 2008 *apud* BARBAGALO, 2015, p. 58).

Consequentemente, à luz dos diferentes posicionamentos ora apreciados, abalizados por retóricas fundadas na teoria jurídica, infere-se uma tendência favorável à aceitação de que, ao fazer uso de uma formulação positiva ou negativa, inocente ou não culpável, certamente se estará frente a presunção de inocência, bem como, tentar distingui-las é o mesmo que querer afastar a garantia processual, partindo da culpabilidade e não da inocência. Alimentar esse debate sobre a terminologia mais adequada mostra-se contraproducente, configurando um apego exacerbado a literalidade da redação do texto constitucional.

De uma ou outra maneira a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito de ser presumidamente inocente, desconsiderando previamente a culpabilidade, somente se alterando essa situação jurídica com uma sentença penal condenatória transitada em julgado, exigindo-se um juízo de certeza e não mera possibilidade ou probabilidade. Ressalte-se, ainda, que a proteção da presunção de inocência ocorre no âmbito nacional e internacional, uma vez que o Brasil é signatário de acordos internacionais, especialmente do Pacto de San José da Costa Rica.

Portanto, o princípio da presunção de inocência não possui limites claros, sendo difícil a determinação de seu conteúdo, cabendo esse papel à doutrina e jurisprudência. Essa situação é motivo de preocupação de diversos doutrinadores, a exemplo de Canotilho e Moreira:

Não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do arguido. Considerado em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz). (CANOTILHO E MOREIRA, 2005 *apud* BARBAGALO, 2015, p. 60).

Mediante o exposto, verifica-se que as discussões sobre o princípio da presunção de inocência, tanto no âmbito nacional quanto internacional, são objeto de várias interpretações doutrinárias. Segundo Giacomolli (2016, p. 113) “inegável a necessidade de precisar seu conteúdo, bem como os efeitos que do princípio-garantia são extraídos e seu grau de concretização nos ordenamentos jurídicos”. O mesmo autor argumenta, ainda, que em sua essência o homem nasce inocente e permanece neste estado natural e jurídico até que o Estado por meio do devido processo constitucional e convencional o retire. Desse modo o estado de inocência possui características indubitáveis, enquanto que a presunção não passa de mera hipótese, perdurando até a sentença final.

Na visão de Barbagalo (2015) presunção e estado de inocência são perspectivas convergentes, sendo que aquela enfatiza os aspectos atinentes a disciplina probatória, e este privilegia a temática do tratamento do acusado, proibindo medidas que o equiparem com o culpado.

Sob a mesma perspectiva, Zanoide de Moraes de forma clara comenta o porquê da presunção de inocência ser, na realidade um estado de inocência:

Ao não se demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele continua inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende porque se deve dizer que há um estado de inocência que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes. (ZANOIDE DE MORAES, 2010 *apud* BARBAGALO, 2015, p. 66).

Da forma como se encontra previsto na Constituição Federal de 1988 o princípio da presunção de inocência impede a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvando-se a decretação da prisão a título cautelar, desde que atendidos os pressupostos previstos no artigo 312 do código de processo penal.

Tendo como ponto de partida a premissa que o estado de inocência é “um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal” (GIACOMOLLI, 2016, p. 115), conclui-se que sua previsão expressa na Constituição revela a opção de um modelo de processo penal.

Analisando um modelo de processo penal sob a perspectiva da presunção de inocência ou estado de inocência tem-se como regra a liberdade do cidadão, de

forma que a prisão só se justificaria após uma sentença condenatória com trânsito em julgado. Entretanto, é admitida a decretação de prisão preventiva e a aplicação de medidas cautelares, sem que isso configure antecipação de pena, pois essas medidas são caracterizadas pela excepcionalidade e necessidade processual, que devem atender aos pressupostos legais e constitucionais.

No mesmo sentido preleciona Barbagalo (2015, p. 88) que tanto a doutrina, como a jurisprudência dos tribunais pátrios, de forma pacífica, estabelece que “a presunção de inocência não impede a prisão cautelar nem medidas tendentes a garantir o resultado do processo”. Entretanto, devem preceder de ordem escrita e fundamentada de órgão jurisdicional competente, pautada na proporcionalidade e na justificada necessidade cautelar ou até mesmo conveniência processual.

No processo penal o partir da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade apresenta uma dupla funcionalidade, que se desdobra em duas regras fundamentais, quais sejam: a regra probatória ou regra de juízo e a regra de tratamento. A primeira delas ligada intimamente com o ônus da prova, que deve recair sobre a acusação, enquanto que a segunda está relacionada a não possibilidade de antecipação da pena e seus efeitos.

Não é outro o entendimento de Lima, ao asseverar que:

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. (LIMA, 2016, p. 20-21).

A esse respeito, mostra-se bastante lúcido o pensamento de Pacelli, ao reforçar a imperiosa necessidade de observância, pelo Poder Público, das regras processuais previamente apresentadas:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na

possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. (PACELLI, 2017, p. 39).

No entendimento de Lopes Junior (2014) a importância da presunção de inocência deve ser maximizada, sobretudo, no que se refere à carga da prova e as regras de tratamento do imputado.

Por sua vez Nucci (2016) ensina que a proteção da presunção de inocência garante que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, bem como, confirma a excepcionalidade e necessidade da decretação da medida cautelar de prisão, que se vulgarizada representaria uma antecipação da pena, fato esse, contrário ao princípio em estudo.

Paralelamente, Barbagalo (2015) dispõe que o princípio em questão apresenta um duplo papel, uma regra de juízo que exige provas robustas e legítimas para uma condenação criminal, e em caso de dúvida a interpretação deve ser a favor do imputado (*in dubio pro reo*), e uma regra de tratamento cuja essência é a excepcionalidade das medidas que viole a condição de inocente (*favor libertatis*).

Diante do exposto pode-se reiterar que a presunção de inocência impõe ao Poder Público a observância das regras probatórias e de tratamento, estabelecendo o dever de provar, quais os meios de fazê-lo e o conteúdo a ser provado, bem como, cunha com a marca da excepcionalidade as prisões e medidas cautelares, durante o curso do processo.

Outra decorrência da presunção de inocência é o princípio do *In dubio pro reo*. Este estabelece que, ao término do processo, em caso de dúvida do julgador, no tocante a provas insuficientes ou contraditórias da culpa do acusado, a decisão final deve ser a favor do acusado, ou seja, inocentando-o, absorvendo-o da acusação. Tal circunstância se deve, como já foi explicitado anteriormente, à carga probatória que recai inteiramente sobre o acusador, que deve provar os fatos além de qualquer dúvida razoável, o que não ocorrendo, necessariamente acarretará a absolvição do imputado.

Nas palavras de Nucci (2016) o princípio do *in dubio pro reo* se acha conectado ao princípio da presunção de inocência, e, consubstanciando-se na relação processual quando ocorrer conflito entre a inocência do réu, sua liberdade e

o poder dever do Estado de punir, de forma que nesse confronto triplo, restando dúvida razoável, o juiz deve decidir em favor do acusado, a exemplo da previsão legal do Art. 386, VII do CPP, dispositivo que determina a absolvição quando não existir provas suficientes.

Na mesma direção os ensinamentos de Lima:

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois o imputado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (LIMA, 2016, p. 21).

É também proveniente da presunção de inocência a imunidade à autoacusação ou o direito de não produzir prova contra si (o *nemo tenetur se detegere*). Esse instituto jurídico encontra-se previsto no Pacto de San José da Costa Rica, em seu Art. 8, item 2, alínea g, que diz: “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, como também na Constituição Federal de 1988, no Art. 5º, LXII, que dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”.

Concomitantemente, Nucci (2016) acredita que a imunidade à autoacusação é uma conjugação dos princípios da presunção de inocência, ampla defesa e do direito de humano fundamental de permanecer calado sobre qualquer acusação. Dado que “o Estado é a parte mais forte na persecução penal”, possuindo todos os instrumentos necessários na busca de provas contra o réu, sendo prescindível a colaboração deste, pois se isso ocorresse corresponderia a falência do Estado no processo penal.

Em suma a presunção de inocência reflete uma regra probatória, atribuindo ao órgão acusador o ônus da prova da culpabilidade, bem como, impõe ao julgador, na tomada de decisões, partir do pressuposto da inocência, e, em havendo dúvida quanto ao mérito, este deverá sentenciar pela absolvição do imputado, confirmando o estado de inocência do acusado, e, também reflete um dever de tratamento imposto a todos, que deverão tratar o imputado como inocente, coibindo ações que

o tornem ou levem a crer que o mesmo seja culpado, como por exemplo a decretação de prisões provisórias e medidas cautelares a título de antecipação de pena.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vários são os argumentos favoráveis à execução antecipada da pena, como exemplo cita-se: a demora da prestação jurisdicional e conseqüente descrédito da justiça penal, inúmeros recursos disponíveis ao réu e sua utilização para procrastinação de uma decisão final em busca da prescrição da pretensão punitiva, margem de interpretação do trânsito em julgado e sua relativização, necessária ponderação da proteção da presunção de inocência em face da impunidade, no direito comparado a pena pode ser executada após observado o duplo grau de jurisdição, dentre tantos outros.

Em que pese a fundamentação de todos os argumentos, muitas com grau elevado de convencimento, eles não devem prosperar, pois estão em confronto com o preceito constitucional de que ninguém deverá ser considerado culpado até transitar em julgado a sentença condenatória, e, que, conforme explicado nessa estudo, trata-se do direito humano fundamental da presunção de inocência, dotada da força de uma garantia constitucional, abarcada pela proteção das cláusulas pétreas, essas que, conforme a própria constituição prevê (art. 60, § 4º), não podem ser abolidas sequer pelo poder constituinte reformador, quanto mais por vãs interpretações.

Por conseguinte, adota-se aqui o entendimento da impossibilidade da execução antecipada da pena, pois, caso contrário ocorreria violação ao princípio da presunção de inocência e de outras garantias constitucionais como a dignidade humana, frisando-se, entretanto, a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença, a título cautelar, quando preenchido os requisitos daquela medida.

3.1 EXECUÇÃO ANTECIPADA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA INSTITUTOS DISTINTOS

3.1.1 Execução antecipada da pena

Na discussão do que vem a ser a execução antecipada da pena, inicialmente, é de fundamental relevância destacar os seguintes dispositivos: art. 5º, inciso LVII da

Constituição Federal de 1988, Art. 283 do Código de Processo Penal Brasileiro e art. 105 da Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal):

Art. 5º...

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 105. Transitado em Julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Em leitura atenta dos citados dispositivos, extrai-se o necessário requisito do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para eventual aplicação de uma prisão. Percebe-se também um alinhamento entre a norma constitucional e as normas legais, não apenas do ponto de vista literal, como também cronológico e sistêmico. Nota-se que a Lei de Execução Penal é de 1984, a Constituição Federal de 1988 e o art. 283 do Código de Processo Penal teve sua redação dada pela Lei 12.403 de 2011, além de se ajustarem e se complementarem.

No primeiro capítulo desse trabalho, realizou-se um estudo sobre o princípio da presunção de inocência, em que foram expostas várias abordagens, dentre as quais estava inserida a previsão constitucional de tal princípio, seu alcance e desdobramentos, e de cujo teor extraiu-se a imposição de uma regra de tratamento decorrente da referida proteção constitucional. A referida regra relaciona-se à maneira de como deverá ser considerado o acusado, não permitindo que durante a persecução penal, em nenhuma hipótese, ele seja equiparado a culpado.

Partindo do exposto e da análise dos dispositivos legais supracitados, denota-se que ao imputado não pode ser dispensado o tratamento de culpado antes do fim do processo, ou seja, após o julgamento de todos os recursos. Logo, é inadmissível e ilegal a decretação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a execução provisória ou antecipada da sanção penal antes do trânsito em julgado da ação penal. Logicamente, ressalvadas as prisões de natureza cautelar, que devem ser escritas e fundamentadas pela autoridade judiciária competente, cujos requisitos estão insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Clara é a abordagem de Pacelli sobre a vedação da execução antecipada da pena no campo da regra de tratamento que impõe a garantia da presunção de inocência:

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. (PACELLI, 2017, p. 39).

Complementando o entendimento do autor acima citado, as disposições de Giacomolli:

Somente o trânsito em Julgado da sentença penal condenatória descaracteriza a presunção *juris tantum* de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. (GIACOMOLLI, 2016, p. 133).

Na mesma linha, em comentário a respeito da alteração do Código de Processo Penal pela Lei 12.403 de 2011, também afirma Pacelli (2017, p. 232) “a referida legislação trouxe relevantes alterações no trato das prisões e liberdade provisória, cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP)”, e continua, “é que se assumiu em definitivo a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado”.

Para o autor seria dizer que não importa a instância na qual se encontra o processo, somente presentes os pressupostos da prisão preventiva é que se permitiria a prisão antes do trânsito em julgado, assim como defende Giacomolli (2016) ao dizer que da perspectiva da presunção de inocência a manutenção da liberdade é a regra, sem restrições ao *status libertatis*.

O texto constitucional de forma claríssima afirma que a presunção de inocência ou não culpabilidade se estende “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma é interessante, nesse ponto da análise, a abordagem e esclarecimento do marco temporal da garantia constitucional, ou seja, qual o momento limite, dentro do processo penal, que se deve garantir o *status de inocente* ao acusado?

Na definição de Nicolitt, citado por Cardoso, coisa julgada significa:

Com a Sentença o juiz esgota sua atividade jurisdicional e, uma vez publicada, não pode mais alterá-la, salvo para corrigir erro material, ou por via de embargos declaratórios ou ainda por recurso que permita juízo de retratação.

Não obstante, havendo recurso, outro órgão jurisdicional poderá anular ou reformar a sentença. Porém, uma vez transcorrido o prazo recursal sem interposições de qualquer recurso, ou tendo havido o esgotamento das vias recursais face ao manejo dos recursos cabíveis, a sentença não mais poderá ser alterada, seja pelo mesmo órgão que a prolatou, seja por qualquer outro órgão.

A esse fenômeno dá-se o nome de coisa julgada. A coisa julgada é a qualidade que se reveste a sentença tornando-a indiscutível e, por isso, imutável. (NICOLITT, 2014 *apud* CARDOSO, 2016, p. 65).

Com base na abordagem de Nicolitt, entende-se que o trânsito em julgado ocorre quando, após a sentença condenatória, qualquer das partes não interpor recurso no prazo disponível para fazê-lo, ou ainda, após terem impetrado todos os recursos disponíveis pelo sistema recursal.

Óbvio é a observação de que ocorrendo a interposição de recursos contra a decisão condenatória, só estará caracterizado o trânsito em julgado, após o conhecimento e desprovimento destes recursos, ou, do julgamento pela inadmissibilidade de seu recebimento, o que supõe que, antes disso, a única forma de tratamento para com o imputado é a de inocente.

Portanto, conclui-se que a execução antecipada da pena é incompatível com a legislação constitucional e infraconstitucional, pois, do contrário, o imputado estaria sendo tratado como culpado antes do trânsito em julgado, afrontando a presunção de inocência, como também o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o *in dubio pro reo*, dentre outros preceitos constitucionais e legais.

Ademais, esclarecido o que vem a ser a execução antecipada da pena, e, diante da possibilidade na legislação brasileira da decretação da prisão cautelar ou prisão processual antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, medida restritiva de liberdade esta, que pode acarretar execução provisória da pena, instala-se uma problemática em torno da legalidade ou não da execução provisória decorrente de uma medida cautelar, e, o que a diferencia da execução antecipada da pena, fato esse que constituirá em objeto de análise da próxima etapa do presente trabalho.

3.1.2 Execução provisória da pena

De proêmio, no estudo do que vem a ser execução provisória da pena, é pertinente destacar que a proibição à execução antecipada da pena decorrente da presunção de inocência, como vimos anteriormente, não significa dizer que todas as prisões decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória sejam ilegais ou inexistentes, em face da possibilidade de decretação da prisão cautelar ou prisão processual.

Entretanto, é necessário frisar que a prisão decretada no curso da persecução penal somente será válida e não atentará contra a presunção de inocência, quando não representar uma antecipação dos efeitos de uma condenação ou for desvinculada da imputação e da culpabilidade do acusado, e, de acordo com Giacomolli (2016, p. 121) “somente encontram suporte nas estreitas limitações constitucionais de caráter cautelar, vinculando-se às exigências e necessidades processuais”.

A execução provisória da pena é o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, que decorre de uma prisão cautelar (preventiva), com previsão na legislação vigente, havendo diferença em relação à execução antecipada da pena.

Sendo assim, o princípio da jurisdicionalidade é um dos fundamentos constitucionais para a prisão cautelar, estando insculpido no inciso LXI, do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe, *in verbis*:

Art. 5º

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Em relação à principiologia das prisões cautelares, observa Lopes Júnior:

A base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico. Especificamente nessa matéria – prisões cautelares – são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 852).

Também merecem destaque, os seguintes dispositivos legais: parágrafo único, do Art. 2º da Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal), Súmula 716 do

Supremo Tribunal Federal, Art. 8º e 9º da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, todos dotados de força normativa, *in verbis*:

Art. 2º

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Súmula 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Art. 9º A guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs, acompanhada, no que couber, das peças e informações previstas no artigo 1º.

§ 1º A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal.

§ 2º Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Depreende-se dos dispositivos citados, referência ao preso provisório, ao réu preso por sentença condenatória recorrível, a guia de recolhimento provisória, a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação de regime menos severo antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Dessa forma, constata-se a previsão do encarceramento provisório, e, por consequência, a execução provisória da pena. Emerge então o questionamento: essa execução provisória da pena seria legal diante da proteção da presunção de inocência?

A propósito do tema diz Nucci:

Atualmente, permite-se a denominada execução provisória da pena. Pode o condenado à pena privativa de liberdade, desde que esteja preso cautelarmente, executá-la provisoriamente, em especial quando pretende a progressão de regime, pleiteando a passagem do fechado para o semiaberto.

A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, dessa forma, há um teto máximo para a sanção penal. (NUCCI, 2016, p. 971).

Observa-se que, para o referido autor, o ordenamento jurídico permite a execução provisória da pena privativa de liberdade, destacando duas condições para tanto: que o condenado esteja preso cautelarmente e que tenha ocorrido o trânsito em julgado para o Ministério Público (acusação).

Posição convergente é a de Lima ao discorrer que:

Sendo necessária a manutenção ou a decretação da prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em virtude da presença de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, nada impede a concessão antecipada dos benefícios da execução penal definitiva ao preso cautelar. De fato, supondo que já tenha se operado o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, mas ainda pendente recurso da defesa, é certo que, por força do princípio da *non reformatio in pejus*, a pena imposta ao acusado não poderá ser agravada (CPP, art. 617, *in fine*). Logo, estando o cidadão submetido à prisão cautelar, justificada pela presença dos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, afigura-se possível a incidência de institutos como a progressão de regime e outros incidentes da execução. (LIMA, 2016, p. 24-25).

Portanto, extrai-se da posição de Lima os mesmos requisitos elencados por Nucci, os quais permitem a compreensão de que a vedação de execução antecipada da pena decorrente da proteção constitucional da presunção de inocência, “não impede a antecipação cautelar dos benefícios da execução penal definitiva ao preso processual”.

Corroborando o mesmo entendimento Marcão (2015) ao afirmar a possibilidade de execução provisória da pena ao preso cautelar, decorrente da decretação de prisão preventiva, tendo contra si uma sentença condenatória não transitada em julgado, havendo recurso exclusivo da defesa com trânsito em julgado para a acusação.

Ainda de acordo com Barbagalo (2015, p. 121) “atualmente a execução penal provisória é uma realidade em todos os Estados e na Justiça Federal do Brasil, não havendo qualquer questionamento relacionado à constitucionalidade de seu arcabouço regulamentar”.

A afirmação de uma certa conformidade da doutrina e jurisprudência com a execução provisória da pena, em contraponto à realidade do sistema criminal e sistema prisional brasileiro, revela uma problemática preocupante no tocante ao abuso no uso das prisões cautelares, sua duração exacerbada, bem como o inchaço do sistema prisional, com conseqüente descrédito da justiça criminal.

Como observa Lopes Júnior:

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em

nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 852).

Concomitantemente, comentou Nucci a esse respeito:

A prática forense evidencia a ocorrência de prisões preventivas que chegam a atingir vários anos, apontando para a insensatez, ainda que se possa agir em nome da segurança pública. Cabe ao Judiciário adiantar o andamento do feito, sem permitir a ruptura de direitos fundamentais (como a ampla defesa), mas proporcionando a duração razoável da prisão cautelar. (NUCCI, 2016, p. 971).

De acordo com informações do INFOPEN (levantamento nacional de informações penitenciárias), atualizadas em dezembro de 2014, trazidas por Giacomolli (2015, p. 121) “o alto índice (mais de 40%) de encarceramento de presos provisórios permite constatar a crença na prisão, na punição através da pena privativa de liberdade e na punição como solução à criminalidade”.

Evidencia-se, assim, o que alguns chamam de “cultura do encarceramento”. Esta decorrente da antecipação da execução da pena, desaguando no aumento da população carcerária e conseqüente violação de garantias constitucionais inerentes aos seres humanos, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, princípio reitor inserido na Constituição Federal de 1988.

Pelo que foi exposto, conjectura-se que não caberia a execução provisória da pena, estando o acusado solto, pois, do contrário, tal fato configuraria a execução antecipada da pena e afronta à presunção de inocência. Observa-se ainda que a principal diferença dos institutos ora comentados é a condição do réu, se solto ou preso preventivamente. Também ficou evidente que o uso abusivo da execução provisória da pena gera diversos problemas para o sistema criminal e prisional brasileiro, notadamente a superlotação carcerária e violação da dignidade humana.

2.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA (ANTECIPADA) DA PENA NA PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O estudo da execução da pena privativa de liberdade em face da interposição de recursos às instâncias extraordinárias, ou seja, recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, ganhou

maior relevância com a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decorrente do Julgamento do HC 126.292, justamente por voltar a admitir o recolhimento à prisão do réu condenado por acórdão condenatório em segunda instância, mesmo antes do trâmite recursal excepcional.

A nova jurisprudência da corte suprema revela uma questão complicada, verdadeira celeuma jurídica, que no mais das vezes é tratada como uma “indevida antecipação da pena” ou “execução provisória da pena”, afrontosa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Para melhor compreensão da temática é relevante uma breve análise do que vem a ser recurso especial e recurso extraordinário, suas características e seus principais fundamentos.

Uma primeira concepção que se deve ter para entender a existência do sistema recursal é enxergar o juiz como um ser humano, este passível de falha ou equívoco, características que podem se manifestar por erro na aplicação das normas, por apreciação incorreta das provas, ou até mesmo por um julgamento pautado na má fé, tornando a decisão prolatada na sentença irregular ou injusta. Nessa esteira, o mecanismo de ver corrigido o erro decisório em prejuízo do direito de qualquer das partes envolvidas é denominado recurso.

Lopes Júnior (2014, p. 1235) sintetiza esse pensamento ao afirmar que: “o fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado (até porque, consciente da falibilidade do julgador)”. O mesmo doutrinador entende que as possibilidades de impugnação das decisões judiciais, via recurso, decorrem de valores constitucionais inseridos no ordenamento jurídico, nas palavras de Lopes Júnior (2014, p. 1236) “a existência dos recursos obedece às razões não de política legislativa, senão de índole constitucional, na medida em que representam desdobramentos do devido processo legal e do direito de defesa”.

As hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial estão elencadas na Constituição Federal de 1988, sendo tais recursos classificados pela doutrina como “recursos de fundamentação vinculada” (LOPES JÚNIOR, 2014), pois a matéria a ser discutida, restringem-se aquelas previstas na Constituição.

Diz o Art. 102, inciso III, alíneas a, b, c e d da Carta Constitucional que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, e, em decorrência dessa atribuição, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da

Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988).

De acordo com o Art. 105, inciso III, alíneas a, b e c da Magna Carta que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

Além de ter sua fundamentação vinculada às previsões constitucionais supracitadas, outro ponto relevante do recurso extraordinário é a necessidade de demonstração da repercussão geral, que na verdade trata-se de um requisito contido no Art. 102, § 3º da Constituição Federal de 1988.

Na ótica de Pacelli (2017) infere-se da previsão constitucional que o recurso especial afirma-se como um instrumento de tutela da legislação infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, enquanto que, o recurso extraordinário, como instrumento de tutela da própria Constituição pelo Supremo Tribunal Federal. Para o autor seriam formas de controle difuso da legislação infraconstitucional, e da constitucionalidade das leis, respectivamente.

Excelente conceito de recurso especial elaborou Nucci ao pontuar que:

É o recurso excepcional, voltado a garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional, tendo por foco comparativo o disposto em leis federais, evitando-se que estas sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do País, além de se buscar evitar que interpretações divergentes, acerca de legislação federal, coloquem em risco a unidade e a credibilidade do sistema federativo. (NUCCI, 2016, p. 859)

Do mesmo autor, destaca-se o conceito de recurso extraordinário:

É o recurso excepcional, voltado a garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional em face da Constituição Federal, evitando-se que as normas constitucionais sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do País. (NUCCI, 2016, p. 856).

A respeito da possibilidade de execução provisória (antecipada) da pena privativa de liberdade, enquanto pendente recurso especial e recurso extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado, existem duas correntes, a saber:

A primeira entende possível a execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, com fundamento no Art. 637 do Código Penal Brasileiro e no § 2º, do Art. 27 da Lei 8038/1990, este último dispositivo legal revogado pelo novo Código de Processo Civil e desconsiderado nesse estudo.

Ambos os dispositivos defendem a possibilidade de execução provisória da pena, mesmo na pendência de recursos extraordinários, sob o argumento de que estes não possuem efeito suspensivo e que foi assegurado ao réu o direito ao duplo grau de jurisdição. Estabelece o Art. 637 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Nesse sentido era a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode ver no julgamento do *Habeas Corpus* n. 68.726, realizado em 28 de junho de 1991, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, assim ementado:

“*Habeas corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas corpus* indeferido”.

A segunda corrente, por sua vez, defende a impossibilidade da execução provisória da pena, por entender que o Art. 637 do Código de Processo Penal foi revogado implicitamente pela Lei 7210/1984 (Lei das Execuções Penais) e pela Constituição Federal de 1988. Logo, interposto e pendente qualquer recurso da defesa, predomina a presunção constitucional de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nessa linha de pensamento a presunção de inocência não é consagrada apenas na Constituição Federal de 1988, como também na legislação infraconstitucional e em tratados internacionais sobre direitos humanos. Desta feita, impõe-se a supremacia do mandamento constitucional da presunção de inocência sobre a não concessão de efeito suspensivo para recursos do processo penal. Portanto, deve haver o trânsito em julgado para acusação e defesa, para somente assim, dar-se início ao cumprimento de pena.

Essa problemática dos efeitos recursais, típica do direito civil, é inadequada para o processo penal, justamente por gerar a possibilidade de restrição da liberdade do indivíduo, bem irrenunciável e protegido pela constituição. Esclarecedor é o ensinamento de Lopes Júnior ao declarar que:

É elementar que a problemática em torno do direito de recorrer em liberdade está para muito além da categoria “efeito recursal”, tipicamente civilista e inadequada para o processo penal, situando-se noutra dimensão: a da eficácia do direito fundamental da ampla defesa e da presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 930).

Para Capez (2016) uma prisão fundada na inexistência de efeito suspensivo de recurso possui natureza satisfativa do processo, ou seja, tomando como base o mandamento constitucional, aquela que somente poderia ser aplicada a quem praticou uma infração penal, e, após o devido processo legal, perdeu a condição de inocente, através de um decreto condenatório transitado em julgado.

Correspondente ao relatado anteriormente é o pensamento de Nicolitt:

A presunção de inocência é a regra que atua com o escopo de evitar a antecipação da pena, enquanto a prisão cautelar é um instrumento excepcional a serviço da efetividade da jurisdição. Sempre que tivermos uma prisão no curso do processo com caráter satisfativo, ou seja, sem a necessidade de garantir o objeto do processo e com o fim, ainda que escamoteado, de antecipar a pena, estaremos diante de uma violação à presunção de inocência. (NICOLITT, 2014 *apud* CARDOSO, 2016, p. 74).

Corroborar-se nesse trabalho o posicionamento defendido na segunda corrente, que faz oposição à possibilidade de execução antecipada da pena na pendência de recurso especial ou extraordinário, salvo quando existentes os motivos para a decretação de uma prisão cautelar (prisão preventiva).

Para sedimentar esse posicionamento adotado até aqui, traz-se à baila as lições acerca da dupla finalidade do processo penal, elaborada por Luigi Ferrajoli:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira. (FERRAJOLI, 2002, P. 483).

No ano de 2009, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal que até então adotava a primeira corrente, mudou o seu entendimento e alinou-se à segunda corrente.

2.3 O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* N. 84.078/MG

No caso em questão, o paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal, havendo a sua condenação pelo júri. Em seguida, a acusação apelou para o tribunal e conseguiu nova condenação com pena majorada para 07 anos e seis meses de reclusão em regime inicialmente fechado. Em contra partida, a defesa interpôs recurso extraordinário e especial, este recebido pelo Superior Tribunal de Justiça, que acabou por decretar a prisão do réu, sob o argumento de inexistência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários. Sendo impetrado o *Habeas Corpus* n. 84078/MG atacando a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era firme no sentido de admitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) e estabelece como marco temporal de sua validade o trânsito em julgado da sentença condenatória, a questão passou a ser amplamente discutida e deixou de ser pacífica nos tribunais.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, ocorrido em 05 de fevereiro de 2009, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal alterou a sua interpretação do princípio da presunção de inocência, decidindo, naquela ocasião, pela inconstitucionalidade da dita execução antecipada da pena, estipulando que o encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória

somente pode ocorrer a título cautelar, do contrário estava a ferir os preceitos constitucionais.

Em consonância com o objetivo desse trabalho merecem destaques alguns pontos ementados no acórdão do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA" . ART. 5o, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5o, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF, *Habeas Corpus* n. 84.078/MG).

O principal argumento da Suprema Corte para fundamentar a execução provisória da pena era de que os recursos excepcionais não eram dotados de efeito suspensivo e que tinham caráter protelatório por parte da defesa, o que culminou com o entendimento de que aqueles argumentos não devem prosperar em face do texto constitucional.

Ganham destaque no julgado argumentos defendidos nesse estudo, tais como: a revogação tácita do art. 637 do Código de Processo Penal; o marco temporal da presunção de inocência como sendo o trânsito em julgado da condenação; qualquer prisão antes do trânsito em julgado só é cabível a título cautelar; a execução antecipada da pena configura restrição ao direito de defesa e afeta o devido processo legal, causando desequilíbrio entre a pretensão punitiva

estatal e o direito de elidir essa pretensão; o réu tem que ser percebido como sujeito de direitos e não como objeto do processo, do contrário ocorreria mácula à sua dignidade de ser humano. Dentre outros argumentos que reafirmam a garantia constitucional da presunção de inocência.

O Ministro Relator Eros Grau discorreu sobre a clareza do texto constitucional no que tange à presunção de inocência e que sua não observância implicava no tratamento do indivíduo como culpado, o que acarretaria uma inutilidade da Constituição, nas palavras do Ministro:

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (STF, *Habeas Corpus* n. 84.078/MG).

Outro ponto importante a se destacar é o momento em que o Ministro fala da construção de uma “jurisprudência defensiva” no âmbito dos tribunais superiores, erroneamente enxergada como o caminho do êxito, mas que na realidade funciona como uma restrição às garantias constitucionais, como afirmou o referido relator:

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. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço. (STF, *Habeas Corpus* n. 84.078/MG).

Ademais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido no julgamento do caso ora em estudo, mostra-se em conformidade com o princípio da presunção de inocência, não o restringindo apenas ao encargo probatório e reconhecendo o dever de tratamento ao acusado, refletindo um modelo de processo penal que tem como regra a liberdade do indivíduo, estabelecendo ao final que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado é incompatível com o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

4 A INSEGURANÇA JURÍDICA DO INSTITUTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292/SP E DAS ADC'S Nº 43, 44 E 54

A tutela do denominado princípio da presunção da inocência é uma das sustentações basilares do Estado de Direito como parte importante dos Direitos Fundamentais destinados a todo e qualquer cidadão. Assim, tal salvaguarda de natureza processual penal, destina-se a proteção máxima a liberdade daquele indivíduo ao qual o Estado busca comprovação incessante de culpabilidade. De tal maneira, caso o mesmo não consiga demonstrar de forma absoluta a autoria e materialidade da transgressão, torna-se o sujeito presumidamente inocente, sob o risco iminente de sanção indevida do Estado.

De forma objetiva, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até meados de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia ser devido o cumprimento de pena a partir do trânsito em julgado em segunda instância. A partir deste momento de julgamento, razoável era a determinação de culpa do réu. Surgem então indagações se a execução da pena em segunda instância afrontaria ou não o princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII, e, se fato houvesse essa contradição, qual decisão razoável estaria mais de acordo.

Além do princípio da não culpabilidade, há a divergência de tal tese quando se relaciona a mesma com o princípio da efetividade, previsto pelo inciso XXXV, no artigo 5º, da Constituição Federal. A determinação legal deixa claro que a lei não admitirá nenhuma lesão ou ameaça ao direito da apreciação e aplicação do Poder Judiciário. Isto é, a possibilidade ou não de execução da pena após a decisão do recurso em segunda instância deve obrigatoriamente respeitar os trâmites do acesso à justiça vislumbrando a imediata celeridade e possibilidade de ampla defesa, sob pena de se tornar injusta a determinação em Juízo.

Ademais, insta salientar que a maior indagação a ser perscrutada no presente trabalho diz respeito a insegurança jurídica trazida com a modulação e relativização dos princípios do nosso ordenamento jurídico pátrio, mais especificadamente sobre a ponderação e aplicação do princípio da presunção da inocência e do princípio da efetividade da prática jurisdicional em detrimento ao cumprimento de pena no ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, o principal objetivo é trazer à tona a compatibilização dos princípios indisponíveis da Constituição Federal com a grande discussão sobre o tema da possibilidade da execução provisória da pena após sentença condenatória em segunda instância. Através dos diversos posicionamentos contrários e favoráveis a possibilidade da prisão em segunda instância mostra a imediaticidade das decisões, sobretudo, no que diz respeito a não observância do devido processo legal.

Isto posto, busca-se demonstrar através da análise dos julgamentos dos Habeas Corpus supracitados que houve clara divergência no que diz respeito as decisões do Egrégio Tribunal e a estrita legalidade determinada pela nossa Carta Magna. A partir daí, vislumbra-se a necessidade de uma análise jurisprudencial a respeito da execução provisória da pena e do princípio da presunção de inocência. Por fim, há de se ressaltar que a postulação da liberdade após sentença condenatória prolatada em primeira instância, nunca obteve unanimidade no sentido de recolhimento do preso sem o definitivo trânsito em julgado. A questão determinada neste trabalho acadêmico é justamente avaliar a correlação das decisões jurisprudenciais em especial o HC nº 126.292 e as ADC's nº 43, 44 e 54 concomitantemente ao princípio constitucional da presunção da inocência.

4.1 O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292/SP

Antes de adentrar nas questões jurídicas da decisão no Julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, mostra-se importante pontuar alguns aspectos sociais e políticos recentes ocorridos na sociedade brasileira, os quais influenciaram na mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal que levou a relativização da presunção de inocência no ano 2016.

Destaca-se, inicialmente, a complexidade social com nítida sensação de insegurança e impunidade decorrentes do aumento da criminalidade e da ineficácia do sistema criminal. Desse contexto, surge o sentimento de medo, aumentando a cada dia a expectativa da coletividade por uma resposta estatal para o enfrentamento das condutas ilícitas praticadas e aplicação efetiva das penas.

Nos últimos anos, esse quadro foi agravado com a corrupção sistêmica que assola a política e instituições brasileiras, fato que tem sido motivo de intensos debates em todos os setores da sociedade. Por isso aumenta a intolerância dos

cidadãos brasileiros com o enriquecimento ilícito de políticos e agentes público, que, conseqüentemente causam grandes prejuízos ao erário.

Em decorrência desses fatores, manifestações tomaram conta de todo o Brasil visando acabar com os sucessivos desvios de dinheiro público e a impunidade de políticos e agentes públicos influentes, conhecidos como criminosos de colarinho branco. Nesse cenário, cresce ânsia social no sentido de recrudescer o sistema e flexibilizar as garantias em busca da efetivação da justiça criminal. Principalmente após a deflagração da “Operação Lava-Jato”, que intensificou o sentimento de indignação nos cidadãos.

Julgado em 17 de fevereiro de 2016, o Habeas Corpus nº 126.292/SP tratou do réu condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao Art. 157, § 2º, I e II do Código Penal, com o direito de recorrer em liberdade. Em apelação da defesa o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Contra essa decisão impetrou-se Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça que negou o pedido de liminar.

Dessa decisão impetrou-se Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal, sendo o pedido de liminar deferido. Depois, em votação unânime, os Ministros decidiram afetar o julgamento ao plenário, acarretando a mudança do entendimento firmado no julgamento do Habeas Corpus n. 84078/MG, passando o Supremo Tribunal Federal a entender como constitucional a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. O acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado. (STF, *Habeas Corpus* n. 126.292/SP)

A decisão se deu por maioria de 7 (sete) votos a 4 (quatro). A favor da mudança da jurisprudência votaram os Ministros: Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes. Foram

vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski.

De início, o relator do processo, Ministro Teori Zavascki, destaca em seu voto que, em relação à execução provisória da pena, a reflexão compreende o alcance do princípio da presunção de inocência e o seu equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional penal, considerados valores caros aos acusados e à sociedade, diante de um complexo e intrincado sistema de justiça criminal.

Em seguida, o Ministro ressaltou que até o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, vigora a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, que admitia a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo à baila velhos argumentos, tais como: “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”; “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”; e “a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado ‘juízo de consistência da acusação’”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação” (STF, Habeas Corpus n. 126.292/SP).

Ao prosseguir, aduziu Zavascki que a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro com a adesão do país à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e que o seu reconhecimento está refletido na elaboração de normas processuais, sobretudo, no tocante à produção de provas, ao ônus probatório e à legitimidade dos meios empregados para comprovação da materialidade e autoria dos delitos. Disse o Ministro em seu voto:

A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório. (STF, *Habeas Corpus* n. 126.292/SP).

Na perspectiva do Ministro, a presunção de inocência deve predominar até a prolação da sentença, entretanto, uma eventual condenação revela um juízo de culpabilidade, decorrente dos elementos probatórios produzidos no curso da ação penal. Dessa forma, para o sentenciante de primeiro grau estaria superada a presunção de inocência por um juízo de culpa, embora não definitivo e sujeito a recurso ao Tribunal imediatamente superior.

Também argumentou o referido magistrado que, ordinariamente, é nesse juízo de apelação que ocorre o exaurimento do exame de fatos e provas do processo, indicando ou não a responsabilidade penal do imputado. Nas palavras do Ministro “o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, apreciada ou não pelo juízo a quo” (STF, Habeas Corpus nº 126.292/SP).

Todavia, a decisão do Habeas Corpus não teve o condão de cessar a referida discursão, tendo em vista o contexto político já explanado ao longo do presente trabalho. Por este motivo, aqueles que não pactuavam com o novo posicionamento da Suprema Corte passaram a implementar esforços no sentido de questionar as motivações e os fundamentos do julgamento, com o intuito de defender a tese originária prevista expressamente na Constituição Federal de 1988.

4.2 DO JULGAMENTO DAS ADC's Nº 43, 44 E 54

Em primeiro momento é imprescindível reforçar a análise da evolução jurisprudencial no ordenamento jurídico pátrio. Conforme houve o avanço da jurisprudência mais garantista, que dava uma extensão mais ampla às garantias individuais do acusado, as condutas e reprimendas quanto a vida em sociedade passou a sustentar-se no invólucro da presunção de inocência e às regras cada vez mais rígidas relativas à prisão, confluindo assim na homogeneidade entre doutrina e jurisprudência.

Apesar disso, em meados de 2009, houve a primeira dubiedade em relação ao tema que até então nunca havia sido objeto de pleito ou julgamento. Porém, em Minas Gerais, mais especificamente no Habeas Corpus 84.078, houve a primeira mudança interpretativa com relação aos parâmetros constitucionais.

Ocorre que em fevereiro de 2016, mais especificamente no julgamento do HC 126.292 houve a primeira mudança significativa no entendimento do Egrégio Tribunal, já que a sua anterior uniformidade havia sido determinante em um longo período de tempo, entre 1988 e 2009. Após algumas situações de divergências, determinados ministros do STF passaram a entender pela possibilidade de cumprimento de pena após o trânsito em julgado em segunda instância da decisão condenatória.

O caso em questão, avaliava a possibilidade de habeas corpus impetrado em favor de paciente que fora condenado pela prática do delito previsto no art. 157, §2º, inc. I e II, à pena de 5 (anos) e 4 (quatro) meses de reclusão. Ocorre que após indeferimento do recurso de Apelação pela defesa técnica, houve a pronta determinação da expedição do mandado de prisão. Surgiu então o questionamento pela inconstitucionalidade da medida, já que já havia o entendimento até então pacífico da impossibilidade deste cumprimento definitivo de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, levando-se como base o art. 5º, inciso LVII da Constituição.

Fora então modificada a jurisprudência e assim, conforme as condenações criminais confirmadas em decisões de segundo grau, de pronto, seria perfeitamente cabível a execução da pena de prisão, sendo totalmente desnecessário o aguardo de recursos feitos e tramitados junto aos Tribunais Superiores.

Ocorre que, tal modulação jurisprudencial acarretaria de imediato discussões entre os operadores do direito e com direito a pauta de inúmeras muitas críticas. Em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tal demanda fora objeto de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. A primeira fora interposta pelo Partido Ecológico Nacional a Ação Declaratória de Constitucionalidade e recebeu o nº 43, ou ADC 43, logo em seguida com a ADC 44, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e, por fim, a ADC nº 54, que tem como requerente o Partido Comunista do Brasil (PCB).

Neste sentido, entende-se que o objetivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade era a de reiterar e abarcar jurisprudência anterior ao ano de 2016 estava mais correta e que, haveria a necessidade de que fosse respeitada a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória, para que somente após isto, a execução da pena fosse iniciada. A fundamentação jurídica para justificar tal

exigência seria o artigo 283 do Código de Processo Penal. Neste sentido, o artigo 283 do Código de Processo Penal expressa que:

Art. 283. 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, 1944)

Portanto, as três ADC's tinham como principal objeto a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/11, como também outros objetivos subsidiários. Ambas pedem concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, tendo em vista que após julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, este desprovido de força vinculante, surgiu grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, os tribunais têm adotado posicionamento idêntico àquela decisão, e, ignorando a vigência do dispositivo supracitado.

O Partido Ecológico Nacional argumenta que a jurisprudência foi reformulada sem qualquer análise sobre a constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal, introduzido no ordenamento jurídico em 2011, artigo este que exige, assim como a Constituição Federal, o trânsito em julgado de sentença condenatória para início da execução da pena, portanto, alinhado ao entendimento firmado em 2009 no Habeas Corpus nº 84.078.

Assim, o partido sustenta que a decisão do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 é incompatível com aquele dispositivo processual penal, e que, para manter essa orientação, o Supremo Tribunal Federal deveria declarar sua inconstitucionalidade.

Essencialmente, os fundamentos do partido estão no fato de que o art. 283 se alinha perfeitamente a exigência normativa do legislador constituinte quanto à presunção de inocência, com a exigência do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, sendo os demais argumentos decorrentes dessa premissa.

Outros argumentos foram no sentido de que o julgador deve priorizar as normas que protegem a liberdade, que a execução provisória em desacordo com a lei fere o princípio da reserva legal em matéria penal, também o problema do

sistema prisional que a própria Corte Suprema denominou de “estado de coisas inconstitucional”, o abuso do uso das prisões provisórias e a aplicação de medidas cautelares em substituição à prisão.

Subsidiariamente, o referido partido formulou pedidos para que seja dada interpretação conforme a constituição ao artigo 283, a aplicação das medidas alternativas à prisão de acordo com o art. 319 do Código de Processo Penal para as execuções antecipadas de decisões dos Tribunais de segunda instância, irretroatividade da interpretação jurisprudencial do Habeas Corpus nº 126.292/SP, a inconstitucionalidade do art. 637 do Código de Processo Penal ou sua interpretação conforme a constituição.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sustenta que a controvérsia jurisprudencial provocada pela decisão do Habeas Corpus n. 126.292/SP, quanto à relativização da presunção de inocência, ameaça à segurança jurídica, além de restringir o direito à liberdade de ir e vir. Pois a decisão não tem efeito vinculante, mas tem sido adotada pelos tribunais em todo país, ignorando a disposição do art. 283 do Código de Processo Penal, e assim violando a cláusula de reserva de plenário, contida no art. 97 da Constituição Federal de 1988 e na Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

A referida entidade entende que a omissão da Suprema Corte em não se pronunciar quanto ao Art. 283, leva a conclusão que o dispositivo continua válido e que sua aplicação deve ser observada pelos tribunais de segundo grau de jurisdição. Por essa razão, justifica-se o pedido de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena para todos os casos que tiveram por base a jurisprudência do Habeas Corpus nº 126.292/SP.

O Conselho argumenta que ao invocar o direito comparado, o Pretório Excelso não atentou para o detalhe de que a concepção de presunção de inocência da Constituição Federal é diferente das Constituições de outros países, ou seja, mais garantista.

Sobre os efeitos da decisão no sistema constitucional, entende o Órgão da OAB que se o Supremo Tribunal Federal quiser manter esse entendimento terá que declarar a inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, bem como dos Artigos 105 e 147 da Lei de Execuções Penais, pois todos contêm o pressuposto do trânsito em julgado para execução da pena.

Outro argumento foi o de que, no Brasil, nunca foi adotada a tese das normas constitucionais inconstitucionais, nem pela doutrina nem pela jurisprudência constitucional, então, nas palavras da OAB, “por derivação lógica: caso uma norma infraconstitucional reproduza, repita, copie o teor de uma norma constitucional, então o que se verificará é sua constitucionalidade espelhada”.

Na ótica do Conselho da OAB o Supremo Tribunal realizou uma “superinterpretação”, ultrapassando os limites semânticos da norma constitucional, impondo-se a vontade do leitor, e que não teria ocorrido uma mutação constitucional, mas uma “mutilação constitucional”. Ressaltou que a interpretação deve ter limites “para evitar que o intérprete se transforme em um legislador positivo”.

Em suma, ao redefinir a expressão “trânsito em julgado”, essa Suprema Corte não ultrapassou apenas os limites semânticos do texto constitucional, como lhe esvaziou seu sentido originário, ou mais primitivo, na medida em que segundo a interpretação proposta pelo Ministro Teori Zavascki – e vencedora no plenário do Tribunal – “trânsito em julgado” se converteu, precisamente, em “não-trânsito em julgado. (STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44/DF).

Finalmente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requereu medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena prolatada em segunda instância, de todos os casos que tenham por base a jurisprudência do Habeas Corpus n. 126.292, e, no mérito, a declaração da constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal, com eficácia erga omnes e efeito vinculante.

Muito embora cada ADC tenham sido requeridas por instituições interessadas distintas, bem como, em momentos também distintos, é inegável que estas tinham como objeto central a mesma demanda. Tema este que não se restringia as integrantes do polo ativo, e sim, o Estado democrático de direito, e, por consequência, a sociedade civil como um todo.

Nestes termos, as Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 foram apensadas e julgadas conjuntamente, com decisão em 07 de novembro de 2019, tendo o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 06 votos a 05, indeferido as medidas cautelares pleiteadas e entendeu que o Art. 283 do Código de Processo Penal não é inconstitucional, bem como, também não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância.

A fundamentação revelava que a possível não observância da Suprema Corte em relação a legislação pátria acarretaria grande prejuízo a evolução constitucional até então alcançada. A medida cautelar postulada foi indeferida em 05 de outubro de 2016. A nova votação dos ministros quanto às ADC's foi bastante semelhante, com apenas o ministro Dias Toffoli mudando seu posicionamento, optando pela não execução penal nos termos analisados.

Por fim, foi mantido pela maioria dos votos o novo entendimento jurisprudencial, entendendo-se que o artigo 283, do Código de Processo Penal, deveria ser interpretado de acordo com a Constituição Federal, a fim de garantir uma maior efetividade do direito penal, bem como os bens jurídicos assim tutelados por ele, restando assim sua fundamentação.

Em relação à votação do Habeas Corpus n^o 126.292/SP, apenas o Ministro Dias Toffoli alterou o seu voto, portanto, votaram contra a execução antecipada da pena, além de Toffoli, os Ministros Marco Aurélio (relator), Celso de Melo, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, enquanto que votaram a favor os Ministros Carmem Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Zavascki.

4.3 O CENÁRIO DE INSEGURANÇA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também destacado por sua positivação no direito brasileiro com a Constituição Federal de 1988, tal determinação principiológica, é também manifesta como estado de inocência, ou ainda, presunção da não culpabilidade. Nos termos iniciais de seu marco precedente está a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo XI, alinha 1 o seguinte:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (DUDH, 1948)

A Constituição da República Federativa do Brasil em consonância com este entendimento, determina no seu art. 50, inciso LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ser

submetido ao estado de condenado. Isto consta como inovação no texto constitucional, considerando que esse dispositivo não constava das Constituições anteriores:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (BRASILEIRO DE LIMA, 2012, pg. 11).

Não obstante a tudo que fora prelecionado acima, tal proposição não afasta de maneira absoluta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que pleiteiam a garantia do devido processo legal em face da eficácia processual, garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. De todo este cenário, decorre a regra de tratamento, definida pela concepção de que o indivíduo não poderá sofrer os efeitos antecipados da condenação, e a regra de carga probatória, determinante ao órgão acusador que possui a incumbência de determinar as provas efetivas para ocorrer a condenação.

Nestes termos, torna-se viável a asserção de que a consagração do princípio da inocência é parte vital da democracia, contudo, precipitado e errôneo seria dizer que tal preceito afasta a possibilidade das espécies de prisões cautelares, que continuam sendo, pacificamente, reconhecidas pela jurisprudência de todos os Tribunais.

Ao se analisar de forma profunda os desdobramentos protagonizados pelo instituto constitucional da presunção de inocência, em meio aos julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, muitos são os pontos que devem ser levados em consideração para a devida compreensão do tema, sobretudo, em relação ao atual panorama social brasileiro.

É de suma importância ter a ciência de que independente de qual posição que esteja em vigor, o aspecto mais problemático que é possível se identificar é o estado de insegurança jurídica que se instaurou sobre o tema. Tendo em vista que em termos práticos foi criado um precedente para que a constitucionalidade do princípio da presunção de inocência seja tratado de forma superveniente, desarmonizando a estrutura basilar a estrutura de normas que impactam na seara criminal.

Tais ações são muitas vezes influenciadas pelos interesses da conjuntura política vigente, o que compromete a imparcialidade destes debates, principalmente, em se tratando da dinâmica do Poder Judiciário, que muito embora deva observar o panorama social na apreciação das demandas judiciais, não pode fazer uso dessa brecha para agir de forma deliberada.

É de suma importância pontuar que qualquer figura jurídica, seja esta ordem constitucional ou infraconstitucional, é passível de críticas e deve ser objeto de discursões sob os mais variados pontos de vistas. Esta abordagem é fundamental para que a eficácia dos princípios jurídicos seja avaliada, bem como, sejam identificadas as medidas necessárias para aperfeiçoá-los.

Todavia, também deve-se reforçar que o sistema hierárquico ao qual o ordenamento jurídico brasileiro está organizado posiciona a Carta Magna em um ponto de destaque em face das demais, tendo em vista que este instrumento ostenta o condão de nortear as demais normas, estabelecendo diretrizes básicas que devem ser observadas pelos diplomas normativos de natureza infraconstitucional. Destacado este ponto, tal lógica pode ser projetada em face do debate central do presente trabalho monográfico, partindo do cenário que se trata de elemento principiológico previsto de forma expressa na Carta Constituinte de 1988.

Expostos todos estes elementos, o também denominado princípio da não-culpabilidade é uma das peças fundamentais para a construção de um direito penal e processual penal digno, que respeita o axioma *in dubio pro reo* e observa o trânsito em julgado que encerra a persecução penal. Portanto, não é razoável permitir que uma pauta que se investe de tamanha notoriedade seja marginalizada por meio de sucessivas decisões que possuem em seu bojo diferentes entendimentos. A Constituição de Federal de 1988 tutela o princípio da presunção de inocência de forma sólida e alinhada aos seus outros institutos, materializando uma dinâmica de cooperação em que um contribui para a aplicação do outro, cada um na sua devida proporção, como dita as regras de hermenêutica.

5 CONCLUSÃO

A realização do presente trabalho possibilitou uma imersão no universo do Direito Brasileiro, ao tratar de eventos específicos da jurisprudência no país que versa sobre a presunção de inocência. Por se tratar de matéria complexa e de cunho polêmico, esse estudo buscou, ainda que sucintamente, contribuir para um maior entendimento do referido contexto.

Dos aspectos históricos relativos à presunção de inocência, abordados na primeira divisão do desenvolvimento do trabalho, infere-se que no direito romano existiam elementos que seguiam a diretriz *in dubio pro reo*, como também, características das bases do direito penal do inimigo e presunção de culpa. Instrumentos como estes, embora adaptados, estão inseridos nas culturas jurídicas contemporâneas, a exemplo do Brasil.

Posteriormente, na idade média predominou o sistema inquisitivo, período em que o princípio norteador do processo penal era a presunção de culpa do acusado, em outras palavras houve uma inversão da presunção de inocência. Dessa forma, não se pode afirmar que a presunção de inocência surgiu nesses dois períodos.

Por conseguinte, novos anseios sociais e políticos inseridos na sociedade pelos ideais do iluminismo provocaram a mudança de paradigma de um Estado Absoluto, arbitrário no exercício do poder de punir, para um Estado que buscou a racionalização do sistema penal, a proteção da liberdade e integridade das pessoas, tendo como resultado dessa mudança a Revolução Francesa.

O marco inicial da presunção de inocência que é a sua inscrição como norma na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França. Assim, pode-se afirmar que a presunção de inocência decorre diretamente da dignidade humana, bem como, nessa fase histórica abandona-se o modelo de processo inquisitivo e adota-se o modelo acusatório, dotado de proteção e garantia ao imputado.

Ainda neste ponto do trabalho, foram analisados os principais textos internacionais de direitos humanos que previram a presunção de inocência, principalmente após a segunda guerra mundial, período em que se registraram graves violações aos direitos humanos, sendo importante destacar que tais documentos foram elaborados com a finalidade de importar obrigações aos Estados signatários. A partir dessa perspectiva de universalização dos direitos humanos,

criam-se parâmetros globais de proteção, em âmbito global e regional, denominados “direito internacional dos direitos humanos”, que acabaram por influenciar a inserção da garantia nas Constituições pelo mundo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira que consagrou expressamente a presunção de inocência (ou de não culpabilidade), em seu Art. 5º, inciso LVII. Antes da positivação os reflexos da presunção de inocência eram percebidos apenas como princípio implícito. Além disso, o país também aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica, inserindo-o no ordenamento jurídico em 1992, portanto, são dois textos de nível constitucional que garantem a presunção de inocência.

Da forma como foi inscrito no texto constitucional, a presunção de inocência revela a opção a um modelo de processo penal que tem como regra a liberdade das pessoas, impedindo a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvando-se a decretação das prisões processuais de natureza cautelar, caracterizadas pela excepcionalidade e necessidade processual.

A partir da presunção de inocência decorrem outras regras, notadamente a regra probatória, relativa ao ônus da prova que é inteiramente da acusação, e a regra de tratamento relacionada a impossibilidade de antecipação da pena e seus efeitos. Outra regra que merece destaque é o princípio *in dubio pro reo*, em virtude do qual, ao final do processo, havendo dúvida do julgador a decisão final deve ser pela inocência ou absolvição da acusação.

Em seguida, discutiu-se sobre a impossibilidade da execução antecipada da pena na legislação brasileira, a qual configura violação ao princípio da presunção de inocência e de outras garantias constitucionais como a dignidade humana. É pressuposto constitucional e legal que ninguém será preso, portanto, culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, é inconstitucional e ilegal a decretação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem como a execução provisória ou antecipada da sanção penal antes do trânsito em julgado da ação penal.

Entretanto, o referido tópico do trabalho elucida que pode ser decretada a prisão processual ou cautelar, em consequência do quê, surge a possibilidade de execução provisória da pena, ou seja, o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação, contudo, esta deve ser resultante de uma prisão cautelar.

Desse modo, conclui-se que a diferença entre a execução antecipada e a execução provisória da pena é o fato de o acusado estar preso cautelarmente.

Refletindo sobre a execução antecipada da pena, estando pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, entende-se a mesma como inconstitucional, na medida em que a previsão do Art. 637 do Código de Processo Penal, que concedia apenas efeito devolutivo ao recurso extraordinário, foi tacitamente revogado pela Lei de Execuções Penais e pela Constituição Federal, predominando a presunção de inocência nos moldes da Constituição.

No julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, ocorrido em 2009, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, estipulando que o encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente pode ocorrer a título cautelar, pois do contrário, feriria os preceitos constitucionais.

No último tópico da produção monográfica, o foco da análise foram as discursões sobre uma possível relativização da presunção de inocência na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em destaque para aquelas instrumentalizadas por meio do *Habeas Corpus* nº 126.292 em 2016 e as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 54.

Tecendo considerações a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, o mesmo foi responsável pela alteração do entendimento fixado no ano de 2009, decidindo-se na ocasião pela compatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio da presunção de inocência. Em síntese, os argumentos dos Ministros favoráveis à mudança na interpretação do referido princípio foram que: o exame de fatos e provas exaure-se nas instâncias ordinárias, os recursos extraordinários aos Tribunais Superiores possuem apenas efeito devolutivo e a efetividade da jurisdição.

Sendo assim, em que pese a argumentação apresentada pelo Ministro Relator Teori Zavascki, vencedora e seguida pela maioria dos Ministros, advoga-se a ocorrência de restrição quanto ao alcance do princípio da presunção de inocência, na medida em que tal argumentação limita a questão probatória, não observa a regra de tratamento imposta pelo princípio, desrespeita o marco temporal constitucional para a presunção de inocência que é taxativo em dizer “até o trânsito

em julgado”, comprometendo, portanto, o núcleo essencial da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

Após análise cuidadosa, observou-se que, no julgamento ora relatado, houve omissão do Tribunal em relação ao Art. 283 do Código de Processo Penal, o qual reflete exatamente o que diz a constituição quanto a jurisdicionalidade e a presunção de inocência. Por conta disso, em nenhuma hipótese, o citado artigo poderia ter sido desconsiderado.

Como consequência, com essa polêmica decisão instalaram-se controvérsias jurisprudenciais que acarretaram acalorados debates doutrinários acerca do tema, construindo-se críticas contundentes aos argumentos sustentados pelos Ministros, as quais questionam essencialmente a conformidade da decisão com a garantia constitucional, bem como a já citada omissão em relação ao Art. 283 do Código de Processo Penal, além de outros pontos.

Atentando-se a estas questões foram propostas em juízo as Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que foram julgadas de forma conjunta pela Suprema Corte no ano de 2019 e tiveram como desfecho uma decisão em sentido contrário a proferida em razão do *Habeas Corpus* nº 126.292, portanto, definindo que a prisão deve ser decretada somente após o trânsito em julgado da demanda, alinhando-se ao entendimento constitucional originário.

Nestes termos, buscou-se ao longo deste trabalho, correlacionar as divergências jurisprudenciais com relação a execução de pena na segunda instância e a importância de se observar o princípio da presunção de inocência, algo tão necessário como direito e garantia fundamental essencial a proteção de direitos do ser humano, que nem sempre foi satisfeito ou usado pelo poder regente aos indivíduos.

Apesar de disposto nos principais Diplomas internacionais referentes aos Direitos Humanos e Garantias Fundamentais, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, apesar algumas das constituições anteriores já mencionarem o princípio da presunção de inocência, este só é de fato previsto com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII. Porém, com isso surgiu outra questão: o requisito de que a culpabilidade do indivíduo só restaria comprovada após sentença penal condenatória.

Não obstante a tudo que fora prelecionado, a determinação de prisão somente após o trânsito em julgado nunca afastou a constitucionalidade das

espécies de prisões provisórias, que pleiteiam a garantia do devido processo legal em face da eficácia processual, garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. De todo este cenário, decorre a regra de tratamento, definida pela concepção de que o indivíduo não poderá sofrer os efeitos antecipados da condenação, e a regra de carga probatória, determinante ao órgão acusador que possui a incumbência de determinar as provas efetivas para ocorrer a condenação.

Ademais, há de se considerar que o dispositivo constitucional que consagra a presunção de inocência encontra-se suficientemente explicitado nos diplomas editados pelo Legislativo, que principalmente ao alterar o art. 283 do Código de Processo Penal, conformou a norma constitucional de maneira que a presunção de inocência deva abranger todo o processo, somente se tornando possível a concretização do jus puniendi quando advinda a coisa julgada.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDF, 2015.

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6 ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei 678 de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução 110 de 20 de abril de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=136>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – Acórdão em Habeas Corpus n. 68.726/DF**. Relator: SILVEIRA, Neri da. Publicado no DJ: 01 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – Acórdão em Habeas Corpus n. 84.078/MG**. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJE: 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – Acórdão em Habeas Corpus n. 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE: 17 de maio de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Constitucionalidade n. 43/DF**. Relator: AURÉLIO, Maco. Publicado no DJE: 10 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Constitucionalidade n. 44/DF**. Relator: AURÉLIO, Maco. Publicado no DJE: 10 de outubro de 2016.

Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com agravo n. 964.246/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE: 25 de novembro de 2016. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARDOSO, Heloisa Mondardo. **A (in)compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a execução da pena na pendência de recurso especial ou extraordinário**. 2016. 101 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Processual Penal) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis. Disponível em: <
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/166543>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. Coleção saberes direito, 57. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica)**. 1969. Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm
>. Acesso em: 13 ago. 2021.

ESPÍNDOLA, Maria Beatriz. **A interpretação atribuída ao princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal**. 2016. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Processual Penal) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis. Disponível em: <
<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171554>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <
<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> >. Acesso em: 13 ago. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

GOMES, Anna Carolina Barbosa. **Presunção de inocência e o cumprimento de sentença após prolação de acórdão condenatório em 2º grau: *habeas corpus* STF 126.292/SP**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18222&revista_caderno=22 >. Acesso em: 22 de ago. 2021

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo**. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em: 22 de jun. 2021

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> >. Acesso em: 09 ago. 2021.

ONU. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Político**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 ago. 2021.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Pleno - Iniciado julgamento sobre execução da pena antes do trânsito em julgado. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 159 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IHkEmQ50PSM>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (1/2). Brasília: Supremo Tribunal Federal. 109 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=O_nTaXHJJIs&t=5550s>. Acesso em: 21 ago. 2021.

Pleno - STF admite execução da pena após condenação em segunda instância (2/2). Brasília: Supremo Tribunal Federal. 234 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

ROMA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

STRECK, Lenio. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 22 de jun. 2021

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.