



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Paulo Henrique Martins Machado Filho

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM FACE DA POSSIBILIDADE
DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Recife

2019

Paulo Henrique Martins Machado Filho

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM FACE DA POSSIBILIDADE
DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção de título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

Orientadora: Prof. Maria de Fátima de Araújo
Ferreira

Recife

2019

Paulo Henrique Martins Machado Filho

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM FACE DA POSSIBILIDADE
DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia defendida em ____ de
_____ de 2019 como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Di-
reito pela Faculdade de Direito do Recife –
UFPE.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maria de Fátima de Araújo Ferreira
Orientadora – UFPE/CCJ

Examinador(a) I – UFPE/CCJ

Examinador(a) II – UFPE/CCJ

Recife
2019

Gostaria de dedicar o presente trabalho a todos que estiveram comigo até aqui e que, de alguma maneira, contribuíram para o meu crescimento pessoal e acadêmico durante esta jornada. E agradecer, em especial, aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado, dando o suporte necessário, para eu ir em busca dos meus sonhos.

RESUMO

O presente estudo visa analisar o julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, o qual sedimentou o entendimento de que o início da execução da pena após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição não ofende o Texto Constitucional. Buscar-se-á entender os principais argumentos utilizados pelos Ministros da Suprema Corte para uma nova mudança de posicionamento, analisando se há, ou não, a ofensa ao princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Para tanto, será preciso compreender o conteúdo essencial de tal mandamento e como ele se irradia para o restante do ordenamento, sem, contudo, perder de vista a necessidade de guardar consonância com as demais normas que fundamentam o sistema jurídico penal e processual penal.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Efetividade da jurisdição penal. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCIPAIS ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	12
1.1 Considerações iniciais	12
1.2 Breve histórico da presunção de inocência no contexto mundial.....	13
1.3 Processo penal brasileiro sob o prisma constitucional	15
1.4 Princípio da presunção de inocência como diretriz do processo penal brasileiro	17
1.5 Irradiação da presunção de inocência no processo penal brasileiro	19
1.5.1 Presunção de inocência e o <i>in dubio pro reo</i>	19
1.5.2 Presunção de inocência e o ônus da prova	21
1.5.3 Compatibilidade da presunção de inocência com as prisões processuais	24
1.6 A difícil conciliação entre a efetividade da tutela jurisdicional penal e a presunção de inocência.....	26
2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM OUTROS ORDENAMENTOS: COMPARATIVO COM O DIREITO PORTUGUÊS	30
2.1 Sistema de execução penal no Brasil: noções gerais.....	30
2.2 A execução provisória da pena na ordem jurídica portuguesa	31
3. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS (HC) Nº 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPATIBILIDADE ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	37

3.1 Histórico jurisprudencial	37
3.2 Decisão do Habeas Corpus (HC) nº 126.292 pelo STF	39
3.2.1 Síntese do contexto factual do HC nº 126.292	39
3.2.2 Principais argumentos em defesa da constitucionalidade da execução provisória da pena.....	42
3.2.2.1 Ocorrência da mutação constitucional.....	42
3.2.2.2 A princípio da presunção de inocência não é óbice para a decretação da prisão	43
3.2.2.3 Natureza principiológica da presunção de inocência e necessidade de ponderação com os demais princípios constitucionais	44
3.2.2.4 Progressividade na demonstração da culpa e a exigência de mitigação do estado de inocência	47
3.2.2.5 Papel atribuído pela ordem jurídica constitucional aos Tribunais Superiores..	49
3.2.2.6 A coisa julgada singular em matéria fático-probatória após decisão proferida em segundo grau de jurisdição	52
3.2.3 Principais argumentos em defesa da inconstitucionalidade da execução provisória	53
3.2.3.1 A taxatividade do art. 5º, LVII, da Constituição da República	53
3.2.3.2 Paralelo com o cumprimento provisório de sentença no Processo Civil.....	54
3.2.3.3 Disposições infraconstitucionais que impedem a execução provisória.....	55
3.3 Considerações sobre a julgamento do Supremo Tribunal Federal	57
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O direito processual penal, para cumprir a sua finalidade precípua de garantir a pacificação social por meio da solução do conflito, viabilizando a aplicação e a concretização do direito penal, deve estar em conformidade com os preceitos e garantias estabelecidos na Constituição¹.

A observância das diretrizes constitucionais, por sua vez, propicia ao processo penal contemporâneo um viés garantidor, consubstanciado na preservação dos direitos fundamentais do réu em face de possíveis arbitrariedades estatais.

Nesse norte, fez-se necessário adequar o Código de Processo Penal brasileiro ao modelo de processo acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, dele se expurgando todos os resquícios do sistema inquisitorial que inspirou a sua elaboração.

Com efeito, modernamente, processo penal é sinônimo de garantia aos imputados, mas sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional².

Para a consecução de tais finalidades, a Constituição Federal elenca, seja de maneira expressa, seja implicitamente, uma série de princípios informadores desse ramo do direito processual.

Além disso, também não se podem perder de vista os Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, que incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro.

E, dentre os princípios consagrados tanto pela Carta Magna, quanto pelos Tratados Internacionais a que aderiu o Brasil, avulta o da presunção de inocência, que constitui a maior garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal.

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 48.

² Ibidem, p. 71.

Trata-se de princípio foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Carta de 1988, consistindo no reconhecimento de que a autoria de uma infração criminal pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, CF), prevalecendo, até lá, o *status* de inocência.

Nessa linha, pois, ainda que pendente recursos de natureza especial e/ou extraordinária, haverá a presunção de inocência do réu.

Ocorre que, a partir do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292, pelo Supremo Tribunal Federal, no mês de fevereiro de 2016, o referido princípio sofreu inegável mitigação, o que deu ensejo a debates acalorados sobre o tema que persistem até os dias de hoje, e cuja superação não descortina a curto prazo.

É que, ao negar o *writ*, a Excelsa Corte passou a considerar constitucional o início do cumprimento da pena ainda que pendentes de julgamento recursos extremos aos Tribunais Superiores, restabelecendo, dessa forma, a interpretação que tinha prevalecido naquele tribunal superior desde a promulgação da Constituição de 1988 até o julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 84.078, no ano de 2009³.

De acordo com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a execução provisória da pena não ofenderia o princípio da presunção de inocência, na medida em que a análise dos fatos e das provas em que se assentou a culpa do condenado encerra-se com a sentença condenatória de segunda instância.

O fato é que o tema da extensão e do alcance do princípio da presunção de inocência em face da execução provisória da pena, sobretudo a luz da necessidade de se compatibilizá-lo com a efetividade da atuação jurisdicional criminal, sempre gerou e continua gerando controvérsias tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias.

A divergência decorre, sobretudo, da redação dada pela Constituição da República de 1988, ao seu art. 5º, inciso LVII, que prevê a presunção de inocência sob o seguinte aspecto: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴.

³ STF. Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade. **Supremo Tribunal Federal**, de 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

Discute-se, então, se a execução provisória da pena teria o condão de ferir o referido enunciado, na medida em que a culpabilidade somente poderia ser afastada quando se se revelasse indiscutível, imutável, a decisão condenatória.

Ocorre que, além do aspecto constitucional, o tema envolve, igualmente, vários dispositivos legais de natureza infraconstitucional.

O Código de Processo Penal, por exemplo, ratifica a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução, conforme dispõe o seu art. 283, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011⁵ – editada justamente após a primeira alteração de entendimento do Supremo sobre o tema no ano de 2009.

A Lei de Execução Penal, por sua vez, segue a mesma previsão em seu art. 105⁶.

Entretanto, sob a perspectiva processual, não se divisa impedimento à execução provisória da pena, mesmo quando pendente o pronunciamento dos tribunais superiores, na medida em que os recursos extraordinário e especial não são dotados de natureza suspensiva.

Essa conclusão advém da previsão normativa do art. 637 do Código de Processo Penal e do art. 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil⁷, que, revogando os arts. 26, 27, 28 e 29 da Lei nº 8.038 de 1990, passou a regular tal matéria.

Nesse contexto, portanto, mostra-se fundamental o estabelecimento de uma interpretação capaz de compatibilizar os mencionados preceitos normativos, buscando conciliar o princípio da presunção de inocência com um cenário que garanta, concomitantemente, a necessária efetividade ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho é realizar uma análise crítica a respeito do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, que representou virada jurisprudencial histórica quanto à possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância.

⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 3 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

⁶ BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de mar. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

Com base em uma visão do processo penal à luz da Constituição de 1988, procurar-se-á examinar a compatibilidade – ou não – do novo entendimento da Corte Suprema em face do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, que, como já salientado, ampara, como um de seus principais preceitos, a presunção de inocência, sem perder de vista, contudo, a necessidade imperiosa se assegurar a efetividade da atuação da jurisdição criminal.

O fato é que o tema escolhido, envolvendo, de um lado, o direito do acusado de ver respeitadas as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição e, de outro, o direito da população de viver em uma sociedade segura e justa, sempre suscitará controvérsia e não comporta uma solução definitiva, o que, decerto, somente reforça a sua atualidade e relevância acadêmica.

1. PRINCIPAIS ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

1.1 Considerações iniciais

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição representa a principal e a mais importante fonte do ordenamento jurídico, devendo fornecer o alicerce principiológico norteador das demais normas.

Sob a ótica do processo penal brasileiro, é fundamental que as normas infraconstitucionais se identifiquem com os ideais democráticos e libertários da Constituição da República, nos quais houve considerável avanço em matéria de garantias do cidadão contra possíveis abusos e arbitrariedades do Estado.

Logo, como não poderia ser diferente, o processo penal encontra as suas linhas mestras traçadas na Constituição. Nela estão estabelecidos os princípios delineadores para uma interpretação e aplicação adequada dos seus preceitos, conformando-se com a visão garantidora e protetora de direitos típicas de um Estado Democrático de Direito.

É justamente a partir do Texto Constitucional que o direito processual penal deixa a condição de mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material para ostentar o papel de instrumento público de realização da justiça e de garantidor de direitos⁸.

No caso específico da Constituição brasileira, o art. 5º revela o inequívoco viés garantidor que a inspirou, sobretudo quando se trata dos direitos do réu no âmbito do processo penal.

Dentre os preceitos que focam, especificamente, essa matéria, estão: inciso XI, sobre a inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que inadmite júízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a pessoalidade da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão em flagrante; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares e ao juiz; inciso LXIII, sobre os direitos do preso; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; inciso LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e, finalmente, inciso LXXVII, sobre a gratuidade das ações de habeas corpus, habeas data e outros atos necessários ao exercício da cidadania e LXXVIII, que garante a todos, judicial e administrativamente, a razoável duração do processo⁹.

E, de todas essas garantias expressas na Lei Maior, a presunção de inocência constitui, sem dúvida, uma das principais e mais importantes diretrizes em matéria processual penal.

Sim, porquanto a partir dela consagra-se a prevalência da liberdade do acusado e do seu *status* de inocente em face do *jus puniendi* estatal, irradiando os seus efeitos para todo o processo penal e servindo, ainda, de base para princípios como do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, além de servir de alicerce na distribuição do ônus da prova e garantir o caráter de excepcionalidade às prisões processuais.

1.2 Breve histórico da presunção de inocência no contexto mundial

O princípio da presunção de inocência representa o coroamento do *due process of law*, podendo ser considerado uma conquista recente da sociedade moderna – apesar de alguns autores considerarem o *favor rei* e o *in dubio pro reo*, previstos no Digesto de Ulpiano, como precedentes lógicos deste mandamento, já presentes no direito romano, conforme adverte Ferrajoli:

“(...) apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais leve”¹⁰.

⁹ PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal**, 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/134/125>>. Acesso em: 09 de out. de 2016.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 441.

O fato é que, no período compreendido entre os séculos XII e XVII, predominou, na Europa, um processo penal de caráter inquisitorial, com base romano-canônica, em que a supremacia do poder estatal se sobrepunha ao direito de liberdade individual do cidadão.

Insurgindo-se contra este modelo processual, foi elaborada, após a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, que, em seu art. 9º, deixou expresso:

“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 lei¹¹”.

Marcado por ideais do movimento filosófico-humanitário chamado “Iluminismo”, a Declaração constituiu o principal marco de ruptura da mentalidade inquisitória predominante durante a Idade Média, em que, além das acusações secretas e da tortura, o acusado era tido como objeto do processo, não possuindo nenhuma garantia¹², cabendo-lhe, perante a Santa Inquisição, fazer prova de sua inocência.

Da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em diante, portanto, passou o imputado a ser tratado, no decurso do processo penal ou do inquérito policial, com a devida dignidade, expurgando-se qualquer instituto ou condição que o equiparasse à condição de culpado.

Prestou-se, desse modo, o referido texto a servir de anteparo ao abuso do poder estatal, o qual deveria erguer-se sobre os fundamentos de um Estado liberal e democrático, buscando compatibilizar a eficiência processual com o respeito às liberdades individuais do acusado.

Posteriormente, a Assembleia das Nações Unidas, em 1948, tornou expressa essa mesma garantia no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu art. 11.1, assim estabelece:

¹¹ ONU/Organização das Nações Unidas. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 28 de dez. de 2018.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 76.

“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 defesa¹³”.

A partir de então, a maior parte das constituições democráticas ocidentais passaram a deixar expresso em seus textos a presunção de inocência como um direito fundamental do ser humano.

O referido princípio passou, então, a figurar como direito essencial da universalidade humana, a ser perseguido e respeitado por todos os Estados-membros – assinantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos – em sua ordem interna, bem como em sua relação com os demais Estados¹⁴.

Pode-se destacar, ainda, no cenário latino-americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, elaborada em 1969, que prevê que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa¹⁵”.

Por fim, não se pode deixar de invocar a Constituição brasileira de 1988, que, como já visto, em seu art. 5º, LVII, no Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹⁶”.

A luz desse retrospecto histórico, portanto, dúvida não há quanto ao papel de princípio reitor que a presunção de inocência possui no ramo jurídico processual penal.

1.3 Processo penal brasileiro sob o prisma constitucional

¹³ ONU/ Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 28 de dezembro de 2018.

¹⁴ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 178.

¹⁵ OEA/Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em: 30 de dez. de 2018.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de dez. de 2018.

O direito processual penal, objetivando cumprir o seu escopo, qual seja, garantir a pacificação social através da solução do conflito e viabilizar a aplicação e concretização do direito penal, deve estar em conformidade com os preceitos e garantias estabelecidos na Constituição¹⁷.

De viés garantidor, o processo penal contemporâneo, por sua vez, somente se legitimará à medida em que se democratizar e for devidamente constituído a partir das diretrizes constitucionais.

Em decorrência do Estado Democrático de Direito, a preservação das garantias fundamentais do réu no processo criminal deve ser assegurada sem desprender da efetividade que deve se revestir a jurisdição penal.

Nesse norte, o Código de Processo Penal brasileiro deve ser interpretado conforme a Constituição, adequando-se ao modelo de processo acusatório por esta adotado e dele se expurgando os resquícios de inquisitorialidade ainda presentes.

Para tanto, a própria Constituição Federal elenca, seja de maneira expressa ou implícita, uma série de princípios informadores do processo penal, também não se podendo perder de vista que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, firmados pelo Brasil, que também incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro.

O direito processual penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito, deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição Federal, de caráter nitidamente garantista.

Nenhuma regra processual, para o funcionamento legítimo do processo, pode estar em desacordo com esta. Deve, também, o jurista, no momento de construção/aplicação da norma jurídica, tomar como viés interpretativo as diretrizes e os preceitos delineadores adotados pela Carta Magna pátria.

Em face disto, o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade) é reconhecido pela doutrina penalista e constitucionalista como um dos princípios centrais da esfera criminal, ante a posição assumida nos diversos ordenamentos jurídicos e nos tratados internacionais de direitos humanos.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Op cit**, p. 48.

Representa uma escolha evidente por uma concepção de processo penal em que a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema, devendo ser respeitados durante a persecução criminal¹⁸.

1.4 Princípio da presunção de inocência como diretriz do processo penal brasileiro

O princípio da presunção de inocência constitui uma das principais garantias processuais do acusado contra as arbitrariedades do Estado, não permitindo o reconhecimento da autoria de uma infração criminal sem que antes tenha havido uma sentença condenatória transitada em julgado.

Antes deste marco, portanto, prevalece o *status* de inocente, cabendo à acusação o ônus probatório. E, como corolário lógico, exsurge que a regra é a liberdade, e o encarceramento, antes do trânsito em julgado a sentença condenatória, encerra medida de estrita exceção¹⁹.

É certo, ainda, que, atrelado a este princípio, encontra-se a substituição do procedimento inquisitório e secreto, típico de um processo penal inquisitivo – que predominou durante os períodos da Baixa Idade Média e do Antigo Regime –, por um processo acusatório, público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre a acusação e a defesa²⁰.

Relaciona-se, igualmente, com o direito à tutela jurisdicional e ao devido processo legal, assegurando-se ao acusado que a demonstração da culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa.

A presunção de inocência, conforme leciona o Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, centra-se em valores ideológicos e técnicos.

“O valor ideológico é a garantia dos interesses do acusado no processo penal, enquanto o valor técnico, instrumental ao primeiro, contribui para a segurança e a certeza do direito, indicando ao juiz a regra a ser obedecida no caso de incerteza sobre a culpabilidade”²¹.

¹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

¹⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Op cit.**, p. 71.

²⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op cit.**, p. 11.

²¹ *Ibidem*, p. 18.

No direito brasileiro, a presunção de inocência, enquadrada como garantia fundamental no art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988, evidencia, como já enfatizado, a preocupação do legislador constituinte em face do desrespeito aos direitos e garantias processuais penais que marcaram o período totalitário da ordem jurídica anterior.

Fixou-se uma proteção centrada na dignidade da pessoa humana, que eleva o homem à posição de finalidade última dos programas de ação (pública e privada), e não como meio para a consecução de algo²².

Deste princípio orientador do processo penal, por sua vez, decorrem duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

A primeira influencia na distribuição do ônus probatório no decorrer do processo, atribuindo à acusação o dever de demonstrar a culpabilidade e a existência dos fatos cuja autoria se imputa ao réu. O ônus da prova, na ação penal condenatória, é exclusivamente da acusação e se relaciona com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado²³. Assim, deve haver a demonstração cabal da autoria e da materialidade criminal, não sendo suficiente que o Ministério Público ou o querelante refute as teses defensivas.

Além do mais, este viés processual do princípio está relacionado intrinsecamente com o princípio do *in dubio pro reo* ou do *favor rei*, pois, em caso de insuficiência probatória que cause dúvidas ao magistrado, não pode este concluir pela condenação, mostrando-se imperiosa a absolvição do acusado²⁴.

Deste modo, a regra probatória, além de desdobrar-se na distribuição do ônus da prova, serve como norte para a conduta do magistrado no momento do julgamento, que deve, sempre, em caso de dúvida razoável, optar pela absolvição do réu.

Já no âmbito de regra de tratamento, a presunção de inocência se materializa no dever de, a todo momento, o réu ser tratado como inocente. Ao Poder Público é vedado se portar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado como se estes já tivessem sido

²² MORAES, Maurício Zanóide de. **Op cit.**, p. 197.

²³ JARDIM, Afrânio Silva. **Processo penal: estudos e pareceres**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 221.

²⁴ MORAES, Paula Pianowski de. **Execução Provisória da Pena**. 2016. 67 f. Monografia apresentada para Escola da Magistratura do Paraná para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em Nível de Especialização.

condenados de maneira definitiva, sem que tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória²⁵.

Possui esta regra duas dimensões processuais: a interna e a externa. Na primeira, impõe ao juiz o dever atribuir ao acusado o *status* de inocente até que se prove o contrário.

Desse modo, medidas como as prisões cautelares devem ser tratadas como *ultima ratio*, somente se revelando cabíveis quando demonstrado que são a única alternativa para resguardar a eficácia do processo.

Sob a dimensão externa, o princípio da presunção de inocência possui ligação com os direitos à imagem, à privacidade e à dignidade, protegendo o acusado contra a publicidade abusiva e buscando evitar a sua estigmatização como criminoso perante a sociedade, enquanto ainda não houver uma pronúncia definitiva a respeito de sua culpabilidade²⁶.

Diante dessas considerações, infere-se a importância que o princípio da presunção de inocência ostenta para a correta concretização do processo penal em um Estado Democrático de Direito, irradiando seus efeitos tanto para aspectos relacionados ao ônus probatório, quanto para o norteamento do juízo de avaliação do magistrado acerca da culpabilidade do réu.

Além do mais, serve ele, também, de parâmetro para o tratamento do acusado, não se limitando apenas ao âmbito do interior do processo, devendo produzir efeitos para toda a sociedade, visto que, até a decisão definitiva a respeito de sua culpabilidade, o imputado não pode ser tratado e nem ter a sua imagem denegrida e estigmatizada como a de um criminoso²⁷.

1.5 Irradiação da presunção de inocência no processo penal brasileiro

Importante destacar as diversas formas pelas quais a presunção de inocência se irradia no processo penal brasileiro, devendo, por vezes, compatibilizar-se com outros princípios fundamentais que norteiam este ramo jurídico.

1.5.1 Presunção de inocência e o *in dubio pro reo*

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Material Complementar do Manual de Processo Penal**. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2016, p. 43.

²⁶ MORAES, Paula Pianowski de. **Op cit.**

²⁷ REIS, Diego Pessoa Costa. **O princípio da presunção de inocência e sua (in)observância por parte da imprensa**. 2004. 167 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* encontram-se umbilicalmente ligados dentro da sistemática do processo penal, sendo frutos da máxima processual moderna do devido processo legal e do *favor rei*, que conformam todo o arcabouço principiológico da matéria. Visam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, já que restringem a função despótica e punitiva do Estado, não permitindo punições arbitrárias, que por séculos foi regra neste âmbito do direito.

O escopo principal do *in dubio pro reo* é justamente o de proteger o *status libertatis* do cidadão no Estado Democrático de Direito, não permitindo que a insuficiência de provas ou qualquer dúvida que ainda paire em juízo possa pesar contra o acusado.

Complementa, desta maneira, a presunção de inocência, já que, caso a acusação falhe em sua atuação de influir no convencimento do magistrado, ainda restando dúvida quanto à materialidade ou autoria do crime por lastro probatório insuficiente, a sentença deve ser favorável ao réu, pelo fato de, desde o início, sua inocência ser presumida.

Como explicita Paulo Rangel²⁸, “trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir a tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter a condenação”. O operador do direito, ao deparar-se com insuficiência probatória, deve primar pela tese mais favorável ao réu, absolvendo-o. De mesmo modo corrobora Nucci ao tratar do tema:

“Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu e sua liberdade e o direito-dever de o Estado punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo está na previsão de absolvição quando não existirem provas suficientes na imputação formulada (art. 386, VII, CPP)²⁹”.

A ratificação desta regra processual, no que tange à insuficiência probatória, ocorre de maneira reiterada no âmbito da jurisprudência, como pode ser bem notada na ementa da Apelação Criminal: ACR 4078 AL 0004229-15.2002.4.05.8000, cujo julgamento foi realizado pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tendo como relator o Desembargador Napoleão Maia Filho:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 171, PARAG. 3o. DO CPP. PROCESSO DESMEMBRADO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CÓ- RÉUS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ART. 386, VI DO CPP. IN DUBIO PRO

²⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 53.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 97.

REO. RECURSO PROVIDO. 1. As provas constantes de processo administrativo podem ser acolhidas em juízo, principalmente quando se mostram mais coerentes do que as apanhadas na instrução criminal e, portanto, com maior aptidão ou força para revelar a verdade real. 2. **Apesar da existência de indícios, ainda que veementes, contra a acusada, não há nos autos prova irrefutável que justifique a sua condenação; aplicação do princípio in dubio pro reo.** 3. **Não bastam à condenação criminal ilações ou presunções, ainda que legítimas, pois se requer para tanto a presença de comprovação indubitosa dos fatos, da sua autoria e culpabilidade.** 4. In casu, não restou devidamente demonstrado o envolvimento da acusada no referido crime; sendo assim, é preferível absolver um eventual culpado a condenar um inocente. 5. Apelação provida (art. 386, VI do CPP). (TRF-5 - ACR: 4078 AL 0004229-15.2002.4.05.8000, Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, Data de Julgamento: 22/11/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 13/12/2005 - Página: 567 - Nº: 238 - Ano: 2005)".

Constitui decorrência do próprio modelo processual penal adotado pela Constituição Federal, em consonância com o sistema acusatório, onde se prima pela liberdade do cidadão em face de uma resposta estatal à sociedade contra a criminalidade, quando presente dúvida razoável, devido aos riscos advindos de eventual condenação equivocada.

A incorporação de tais princípios ao ordenamento jurídico pátrio ratifica o ideário acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, sob a ótica de um processo penal que zele pelas garantias fundamentais e pela liberdade de seus cidadãos, em conformidade com o devido processo legal, minimizando, assim, o número de julgamentos equivocados realizados pelo Estado.

1.5.2 Presunção de inocência e o ônus da prova

Consoante destacado anteriormente, há íntima relação entre o ônus da prova no processo penal e o princípio da presunção de inocência, visto que aquele constitui uma das regras decorrentes deste último, que, por sua vez, também possui dimensão no âmbito probatório processual.

Contudo, devido ao melhor tratamento dado à matéria, tanto doutrinária quanto legislativamente, pela seara processual civil, a sistemática civilista serve de inspiração quando se estuda o ônus da prova no processo penal. O critério de distribuição de prova no processo penal decorre, pois, por analogia, do tratamento dado no processo civil³⁰.

E, conforme dispõem os incisos I e II do art. 373 do Novo Código de Processo Civil, que seguem o mesmo raciocínio da legislação de 1973, é atribuído ao autor a prova de fato

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

constitutivo de seu direito, enquanto ao réu incumbe o ônus quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor³¹.

Já o Código de Processo Penal disciplina a matéria no seu art. 156, *in verbis*:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Cuida-se, a toda evidência, de disposição vaga, imprecisa, o que explica a razão da tradicional doutrina aplicar entendimento análogo ao civilista no exame dessa matéria.

Ocorre que tal analogia finda por misturar institutos do direito processual civil com aspectos típicos do direito processual penal, caracterizando, por vezes, afronta ao princípio da presunção de inocência previsto na Constituição.

Nessa linha, sustenta-se que cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua autoria e, também, a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); enquanto incumbe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais, já que, a partir da leitura fria do art. 156 do CPP, a prova da alegação caberá a quem fizer.

A jurisprudência, de seu lado, ratifica esse entendimento, como é possível perceber pelo voto de julgado abaixo, proferido pelo juiz relator Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau, da Primeira Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em Apelação Criminal no Processo nº. 0000683-05.2014.8.19.0208:

“Provar não é obrigação; é simples encargo. Se a parte que fizer a alegação não prová-la, sofrerá amarga decepção. **Cabe à Acusação demonstrar, e isto de modo geral, a materialidade e a autoria. Já à Defesa incumbe provar eventual alegação de exclusão da antijuridicidade do fato típico (causas excludentes da criminalidade, excludentes da antijuridicidade, causas justificativas ou discriminantes) ou excludentes de culpabilidade.** Se o réu invoca um alibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade etc, o onus probandi é inteiramente seu. Se alegar e não provar, a decepção também será sua. (TJ-RJ - APR:

³¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de mar. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 6 de jan. de 2019.

00006830520148190208 RJ 0000683-05.2014.8.19.0208, Relator: FLAVIO ITA-BAIANA DE OLIVEIRA NICOLAU, Primeira Turma Recursal Crimin, Data de Publicação: 19/03/2015 00:00”.

Tal interpretação, contudo, a toda evidência, não se revela compatível com os ditames constitucionais que norteiam a sistemática processual penal, especificamente com o sistema acusatório instituído pela Carta Magna.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência, um dos principais corolários da matéria, estabelece que não cabe ao réu comprovar a sua inocência, visto que esta é presumida. E, como é cediço, não se necessita provar fato presumido.

Nessa mesma linha, avulta, ainda, a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, informando que, se do material probatório restar alguma dúvida, essa dúvida deve sempre beneficiar o réu.

Por essa perspectiva, portanto, infere-se que ao Ministério Público incumbe a produção de prova firme, que afaste qualquer estado de dúvida acerca dos fatos alegados. Pode-se dizer, inclusive, que, enquanto a presunção de inocência retira do réu a obrigação de comprovar ser inocente, o princípio do *in dubio pro reo* impõe ao órgão acusador o dever de extirpar vestígios de dúvida.

Com base em tais princípios e, por uma interpretação sob a ótica constitucional, chega-se à conclusão de que é ônus do Ministério Público provar o preenchimento dos elementos do crime, e não ao réu.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr leciona:

“Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação³²”.

Logo, utilizar-se da sistemática do processo civil, no que diz respeito ao ônus probatório em processo penal, atribuindo-se ao réu a prova de excludentes elementares do crime, encerra manifesto aproveitamento equivocado do instituto.

³² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 569.

À acusação cabe realizar de forma satisfatória seu papel processual e apresentar um conjunto probatório de forma a convencer o juiz da existência do fato e de sua autoria, caso não o faça, e o juiz deve aplicar a máxima do *in dubio pro reo* e absolver o acusado.

Todavia, as assertivas acima não autorizam a conclusão de que a defesa não pode suportar qualquer ônus probatório.

Com efeito, haverá situações em que não bastará à defesa contar com os fatores mitigadores do ônus probatório decorrentes da presunção de inocência³³.

Tal princípio, contudo, não pode ser encarado como norma absoluta no processo penal, devendo ser compatibilizado com os outros postulados que também norteiam este ramo do direito, além de ser interpretado em consonância com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Desse modo, quando a acusação trazer elementos de prova suficientes para o convencimento do julgador, caberá à parte acusada realizar uma análise do conteúdo probatório presente no processo e, assim, introduzir novas provas e argumentos que possam pesar em seu favor.

1.5.3 Compatibilidade da presunção de inocência com as prisões processuais

Cumprе destacar, primeiramente, que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem duas espécies de prisão: a prisão decorrente de sentença penal condenatória e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena³⁴.

A espécie que interessa ao tema em discussão, nesse momento, é a prisão sem pena, mais precisamente a prisão de natureza processual ou cautelar, com o intuito é confrontá-la com o princípio da presunção de inocência e verificar a sua compatibilidade, ou não, no nosso ordenamento jurídico.

Ressalte-se que as prisões processuais possuem amparo constitucional, ao que se vê do inciso LXI, art. 5º, da Carta Magna, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante

³³ MORAIS, Felipe Soares Tavares. **O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do RS, n. 81, set. 2016 – dez. 2016, p. 23-56. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527186982.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2019.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Op cit**, p. 661.

delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Desse modo, a ordem constitucional acaba por admitir este instituto, ao possibilitar a restrição de liberdade do indivíduo caso haja decisão fundamentada proferida por autoridade jurídica competente, cabendo ao legislador ordinário a regulamentação das hipóteses em que isto será possível.

Entretanto, é necessário salientar que esta liberdade legislativa não é absoluta nem ilimitada, devendo guardar consonância com o conteúdo dos demais princípios que circundam esse ramo jurídico, dentre os quais destacam-se a presunção de inocência, o devido processo legal, a razoabilidade/proporcionalidade e a efetividade da jurisdição penal.

Diferentemente da prisão decorrente de sentença penal condenatória, a prisão cautelar não possui por finalidade a punição do réu que sofreu a sua decretação, mas sim a garantia do regular desenvolvimento da instrução processual e da aplicação da lei penal, assegurando, assim, a eficácia do processo criminal.

Visa assegurar que, ao final da persecução penal, o Estado possa exercer o *jus puniendi* de forma adequada e efetiva em conformidade com os ditames legais, seja para absolver ou condenar o imputado.

Desse modo, para evitar a subversão da finalidade deste instituto, transformando-o no cumprimento antecipado da pena, a necessidade e a conveniência da medida deverão ser observadas de maneira prudente pelo magistrado, quando manifestada a imprescindibilidade da prisão³⁵.

Verifica-se, portanto, que, antes da sentença penal condenatória irrecorrível, a restrição de liberdade do denunciado, por meio da imposição de uma prisão de natureza processual, é admissível a título cautelar, desde que preenchidos os pressupostos legais e que esteja devidamente motivada a decisão, independentemente da instância em que se achar o processo.

Disso decorre a colisão entre dois interesses presentes durante a persecução criminal. De um lado, o direito individual do sujeito, com sua liberdade assegurada constitucionalmente

³⁵ MORAES, Paula Pianowski de. **Op cit.**

antes de provimento condenatório definitivo, amparado pela presunção de inocência. De outro, o interesse social amplo no sentido de ver a efetividade da prestação jurisdicional penal, inerente a qualquer sistema jurídico criminal em face das finalidades precípuas deste ramo do direito, instrumento indispensável à legítima defesa da sociedade.

Para haver uma legítima harmonia entre os dois interesses, é preciso ter em mente que, se a presunção de inocência possui amparo constitucional, as prisões cautelares também o possuem, ou seja, são institutos que estão no mesmo patamar de hierarquia legislativa e podem conviver de maneira harmônica dentro do mesmo sistema.

Logo, é possível afirmar que não há nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões processuais em face da presunção de inocência, desde que aquelas respeitem os seus pressupostos legais e o seu caráter de excepcionalidade³⁶.

Assim, conforme leciona o Professor Canotillo³⁷, se a presunção de inocência for aplicada de forma absoluta, não será cabível qualquer movimento cautelar, inviabilizando, deste modo, qualquer persecução penal.

Levando-se o instituto na sua literalidade, inclusive, não seriam possíveis a instauração do processo penal e nem mesmo de inquérito policiais, pois se deveria sempre presumir inocente o indivíduo.

Portanto, apesar de o princípio da presunção de inocência inibir as ingerências abusivas do Estado em face do indivíduo, ou, pelo menos, atribuir a tais restrições caráter excepcional, pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que este instituto não possui natureza absoluta, podendo ser relativizado, a depender de sua colisão com outros princípios que também interessem à efetiva tutela jurisdicional penal³⁸.

1.6 A difícil conciliação entre a efetividade da tutela jurisdicional penal e a presunção de inocência

³⁶ FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. **A prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência**. Londrina: UNOPAR Científica, Ciênc. Juríd. Empres., v. 5, p. 25-31, mar. 2004.

³⁷ MORAES, Paula Pianowski de. **Op cit.**

³⁸ *Ibidem*.

Em virtude da notória morosidade que acomete o Poder Judiciário brasileiro, questiona-se, neste momento de “crise” da justiça criminal, a necessidade de uma maior celeridade e efetividade na tutela jurisdicional penal.

Desse modo, vem-se pondo em xeque a obrigação de se esperar o trânsito em julgado da decisão condenatório para que haja o início do cumprimento da pena, na medida em que tal acepção resultaria no estímulo a interposição de recursos de caráter protelatório com o único intuito de retardar a chegada deste marco temporal.

Alega-se que o Judiciário brasileiro vive um momento de descrédito perante a sociedade e que isto pode resultar no enfraquecimento da própria instituição e de suas decisões.

Entretanto, juristas contrários a tal entendimento, sustentam que a Constituição de 1988 teria impossibilitado a adoção desta tese, ao tornar explícito que a culpabilidade do indivíduo somente será afastada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não havendo margem para interpretação diversa. Tudo em nome de se proteger as garantias e liberdades individuais do cidadão em face das ingerências estatais, ainda mais quando se estiver adiante do seu *jus puniendi*, visto que nele se materializa a maior espécie de interferência do poder público na órbita dos direitos fundamentais do indivíduo.

Em face deste debate, revela-se imprescindível a obtenção de um posicionamento que melhor concilie o respeito aos direitos e garantias individuais do ser humano, sem perder de vista a necessidade de garantir efetividade a jurisdição penal, tendo em vista a proteção dos direitos de toda uma coletividade.

Atribuir grau absoluto à eficácia de um princípio pode acarretar o prejuízo ou, até mesmo, a supressão da efetividade dos demais, que, com este, servem de arcabouço axiológico para a existência de uma ordem jurídica.

Nesse sentido, considerar a presunção de inocência como norma absoluta acabaria por prejudicar a concretização do dever de eficácia da persecução penal, e vice-versa.

A tutela de direitos fundamentais do acusado deve conviver harmonicamente com uma persecução penal eficaz, e, nessa dosagem, o Estado passa a garantir um processo justo e leal

ao imputado, assegurada a paridade de forças entre a acusação e a defesa, mas que não compactue com a imunidade e a deficiência no dever de proteger os direitos da sociedade³⁹.

Evidente, nesse passo, o conflito entre o princípio da presunção de inocência e a eficiência da tutela jurisdicional, assegurada pela necessidade de proteção dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à segurança e à duração razoável do processo – todos esses fundamentos previstos no art. 5º da Constituição da República⁴⁰.

E para superá-lo, deve-se buscar a adequada ponderação entre tais princípios, de modo que sua solução encontre amparo em toda a ordem jurídica a qual ambos estão inseridos.

Uma das peculiaridades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada” (como ocorre com as regras), constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como consequência, os princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afaste a sua validade. Nos casos de colisão, será necessário o emprego da técnica de ponderação, tendo como vetor o critério da proporcionalidade⁴¹.

Dentre as formas de obtenção desta resposta, pode-se invocar a utilização do critério da proporcionalidade, o qual serve de mecanismo para a resolução da colisão entre direitos fundamentais⁴².

Tendo em vista que, no sistema de princípios e valores constitucionais, nenhum poderá possuir status de absoluta intangibilidade, é sempre necessária a observância de outros valores previstos na Carta Magna para delimitar a eficácia e o alcance de sua aplicação.

Assim, até mesmo os princípios processuais penais que prevejam garantias aos imputados poderão ser balanceados com os demais valores previstos no texto constituinte⁴³.

³⁹ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p.61-62.

⁴⁰ MORAES, Paula Pianowski de. **Op cit.**

⁴¹ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2015, p. 69-71.

⁴² MORAES, Maurício Zanóide de. **Op cit.**, p. 310.

⁴³ *Ibidem*, p. 330-332.

Conforme assevera o Prof. Gustavo Henrique Badaró, “os princípios, sendo considerados mandamentos de otimização, poderão ser satisfeitos em graus variados, e a medida de sua satisfação dependerá das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas existentes”⁴⁴. Logo, o conflito deverá ser dirimido por meio do sopesamento e da ponderação entre os princípios.

Todavia, frise-se que, mesmo após solucionada a colisão entre princípios, estes continuarão válidos e sem que um prevaleça sobre o outro, haja vista a necessidade do exame das condições concretas da situação em apreço para a determinação de qual sopesará⁴⁵.

Tais aspectos devem ser levados em consideração no momento de busca pela adequada compatibilização da presunção de inocência com a efetividade da tutela jurisdicional penal. Deve-se adotar a tese que melhor concilie estes dois preceitos, sem esquecer a necessidade de harmonização com restante do sistema de valores e de princípios que circundam o sistema constitucional pátrio.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 44.

⁴⁵ Ibidem, p. 41.

2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM OUTROS ORDENAMENTOS: COMPARATIVO COM O DIREITO PORTUGUÊS

2.1 Sistema de execução penal no Brasil: noções gerais

O sistema de execução brasileiro possui como principal alicerce normativo a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, objetivando a aplicação da sanção penal (pena ou medida de segurança) fixada em decisão judicial (sentença ou acórdão), sem, contudo, perder de vista a integração social do condenado.

Em regra, a execução penal não prossegue como fase subsequente ao processo penal condenatório, mas como processo autônomo. Desse modo, será formado novo volume dos autos com a presença das peças imprescindíveis ao acompanhamento do cumprimento da pena e da concessão de benefícios, notadamente com a guia de execução penal inclusa⁴⁶.

Fruto do princípio da individualização da pena, previsto constitucionalmente, é realizado um procedimento executório para cada condenado, mesmo que, no processo de conhecimento, tenha havido a figura do litisconsórcio passivo e a ação penal tenha sido julgada procedente e condenado simultaneamente vários acusados.

No processo penal, a execução da pena consiste em um novo processo com caráter jurisdicional – visto que há a presença de uma autoridade judiciária e nele são proferidas decisões fundamentadas – e administrativo – em face da ocorrência de providências tendentes a propiciar, ao condenado, condições ao cumprimento da pena em estabelecimento apropriado e a progressão do regime –, com o fulcro de efetivar as disposições presentes na decisão condenatória e oferecer condições para a integração social do sujeito passivo⁴⁷.

Infere-se, por conseguinte, que os objetivos da execução penal coincidem, em parte, com as finalidades da pena. Esta última, por sua vez, caracteriza-se pelas funções retributiva e preventiva, visando, ao mesmo tempo, punir e reeducar o autor de delito criminal e evitar a reincidência daquele crime, tanto sob a perspectiva geral quanto individual⁴⁸.

⁴⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op cit*, p. 1693 e 1694.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1694.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 1695.

Logo, ao buscar a integração social do condenado, a Lei de Execução Penal concretiza as finalidades de retribuição, prevenção especial e ressocialização.

Vale ressaltar, ainda, que constitui requisito fundamental para o início do processo de execução a existência de título executivo judicial, que, nos casos de aplicação das penas privativa de liberdade e restritiva de direitos, consiste em sentença criminal condenatória e, na hipótese de imposição de medida de segurança, em sentença absolutória imprópria.

Além do mais, há, conforme a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a possibilidade de execução penal com base em sentença homologatória de transação penal.

Destaque-se que somente o Estado possui legitimidade ativa na execução da pena, ainda que a ação penal que resultou na sentença condenatória tenha possuído natureza jurídica privada, pois apenas este possui a titularidade do *jus puniendi*. Portanto, cabe ao Poder Público o dever de agir de ofício neste processo.

Desse modo, sempre figurará como responsável do andamento do processo de execução penal uma autoridade estatal, independentemente do crime imputado ao agente e da natureza jurídica da ação penal que cominou na elaboração do título executivo judicial correspondente.

Conforme dispõe o art. 105 da Lei nº 7.210/1995, regra geral, a execução da pena somente será iniciada após a expedição do guia de recolhimento, isso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos casos de aplicação de medida privativa de liberdade⁴⁹.

Verificada, pois, a existência de decisão penal condenatória irrecorrível, caberá ao juízo em que tramitou a ação de conhecimento providenciar e encaminhar à vara de execução competente a guia de recolhimento. Por sua vez, recebida a carta de guia, restará este juízo, por impulso oficial, iniciar a execução penal.

2.2 A execução provisória da pena na ordem jurídica portuguesa

Iniciando-se a análise da compatibilidade do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena na seara do direito comparado, vale destacar, inicialmente, o disciplinamento do tema sob a ótica do direito português. Além da proximidade histórica existente

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

entre Brasil e Portugal, a Constituição lusitana de 1976 também prevê o referido princípio de maneira bastante semelhante à Lei Maior tupiniquim, tornado mais proveitoso o debate e a análise da sua compatibilidade com a execução provisória da pena.

Contudo, é preciso fazer a ressalva inicial de que o estudo do direito comparado não objetiva a importação de institutos jurídicos estrangeiros e nem soluções do além-mar ao sistema jurídico nacional, até porque cada país possui peculiaridades que são inerentes à sua realidade política, econômica e social, devendo os seus ordenamentos jurídicos observarem tais singularidades e adaptarem os seus textos normativos ao contexto social ao qual estão inseridos.

Entendimento contrário importaria na perda de eficácia e enfraquecimento da força normativa de suas leis, que acabariam por se tornar apenas letra-morta.

A análise dos ordenamentos jurídicos de outros países possui como fulcro o enriquecimento do debate em âmbito nacional, apreciando a maneira como as demais nações passaram a lidar com aquele instituto jurídico aparentemente controverso no direito pátrio. Assim, se for o caso, permite-se a melhor adaptação das soluções obtidas no cenário jurídico internacional ao contexto fático brasileiro.

Feita essa ressalva, cabe destacar, de início, que o ordenamento jurídico português também prevê que a presunção de inocência somente será afastada após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Ponto este fundamental no debate brasileiro acerca da admissibilidade, ou não, da execução provisória da pena.

O estudo aqui realizado buscará compreender a interpretação adotada pela doutrina portuguesa especializada no tema e do posicionamento seguido pela Corte Constitucional portuguesa com relação ao referido dispositivo.

Portugal, em sua ordem constitucional, também adota o sistema de processo penal de caráter acusatório, visando resguardar as garantias e liberdades dos indivíduos em face das arbitrariedades e ingerências estatais.

Assim como no Brasil, a Constituição portuguesa de 1976 também foi elaborada após um regime marcado pela repressão estatal e violação de direitos fundamentais.

Os lusitanos tinham convivido com quase 50 anos de regime fascista, o que resultou na elaboração de um texto constitucional de viés garantidor, cuja maior preocupação é o resguardo dos direitos e garantias individuais em face do Poder Público⁵⁰.

O próprio preâmbulo da referida Carta exalta o movimento revolucionário português responsável pela queda do regime fascista, exaltando a resistência do povo lusitano e estabelecendo o respeito e a observância dos direitos fundamentais dos cidadãos como corolário da nova ordem constitucional.

Destarte, o atual texto constitucional lusitano consagra expressamente a presunção de inocência em seu art. 32.2, dentre os Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais: “Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”⁵¹.

Evidencia-se, portanto, que o dispositivo, assim como o art. 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira de 1988, exige o trânsito em julgado da decisão condenatória para que a culpabilidade do acusado seja afastada, presumindo-se, até então, sua inocência.

Apesar do disposto, segundo o Prof. Alexandre Vilela, a discussão que impera em território português acerca do princípio da presunção de inocência diz respeito à inversão do ônus da prova, enquadrado como um direito de natureza fundamental. Ainda conforme o jurista lusitano, a previsão constitucional da presunção de inocência redundaria na delegação ao legislador ordinário a forma pela qual o princípio será concretizado⁵².

Nota-se que a Constituição portuguesa adotou um modelo processual de defesa do interesse social, buscando a diminuição da criminalidade, sem se olvidar dos direitos individuais dos cidadãos. Ao mesmo tempo em que combate a prática de crimes, visando a efetividade da jurisdição penal, resguarda os interesses da sociedade e dos acusados⁵³.

⁵⁰ PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Arthur. **A constituição e o processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 27.

⁵¹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abr. de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>>. Acesso em: 20 de fev. de 2019.

⁵² PAULINO, Galtienio da Cruz. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: uma análise à luz da efetividade dos Direitos Penal e Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 60-62.

⁵³ Ibidem, p. 62.

A presunção de inocência é apontada pela doutrina portuguesa como uma garantia constitucional substantiva aos cidadãos de poderem exigir, do poder estatal, a proteção a seus direitos, bem como os meios adequados para tal fim. Contudo, não é admissível torná-lo absoluto, pois acabaria por comprometer a efetividade da jurisdição penal e restringir o direito de todos à segurança⁵⁴.

Logo, deve-se sopesar a presunção de inocência com a respeitabilidade da justiça, também visada pelo constituinte português, a qual se baseia na celeridade e simplificação dos atos e procedimentos no curso do processo, sem, todavia, perder de vista a observância dos direitos fundamentais.

Conforme leciona Manoel Monteiro Guedes Valente, a morosidade processual também ofende o princípio da presunção de inocência ao postergar, a um inocente, o fardo que é inerente à condição de acusado em processo criminal⁵⁵. O decurso de um tempo irrazoável acaba protelar a dúvida sobre a inocência do arguido, afetando diretamente o âmbito de seus direitos individuais e pondo em xeque a sua inocência.

O Tribunal Constitucional de Portugal já se manifestou a respeito da temática, autorizando a execução imediata da pena de prisão quando ainda pendente recurso perante a referida corte.

Foi destacado, no aludido julgado, que se busca evitar que o réu se valha indefinidamente de meios protelatórios, voltados a impedir o trânsito em julgado, o que acabaria por tornar letra morta os dispositivos normativos que atentam para a celeridade e lealdade processual e enfraqueceria a força das decisões judiciais⁵⁶.

Segue um trecho da decisão:

“(...) a presunção de inocência que é constitucionalmente definida pelo nº 2 do artigo 32º até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutiva de alteração da decisão tomada em sede recursória, decisão essa que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao juízo constante da sentença impositora de pena de prisão e que, por motivos ligados a uma actuação, considerada

⁵⁴ VILELA, Alexandre. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 23.

⁵⁵ VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Processo Penal**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 172.

⁵⁶ PAULINO, Galtieno da Cruz. **Op cit**, p. 67.

pelo tribunal de recurso como manifestamente obstativa ao cumprimento do julgado por este tribunal, levou o mesmo a extrair traslado e a determinar que o processo fosse remetido ao tribunal recorrido, a fim de aí prosseguirem seus termos.

Sustentar-se que a presunção de inocência inserta no nº 2 do artigo 32º da Constituição acarreta, inelutavelmente, a impossibilidade de ser executada a decisão judicial antes do respectivo trânsito, implicaria, no limite, que seriam contrárias a tal preceito disposições legais de onde resultasse verbi gratia, que era possível a execução de uma medida de coacção de prisão preventiva, determinada obviamente por acto judicial, enquanto este se não tornasse firme na ordem jurídica.

Não foi, seguramente, com esse propósito que o legislador constituinte, arvorou a garantia da presunção de inocência⁵⁷.

Além disso, os recursos direccionados ao Tribunal Constitucional de Portugal, assim como os interpostos perante os tribunais superiores brasileiros, não possuem efeito suspensivo, mas apenas devolutivo, pelo que admissível que as decisões condenatórias sejam desde logo executadas.

Tal entendimento é consagrado pela jurisprudência, mesmo diante do art. 408 do Código de Processo Penal português, que garante efeito suspensivo a todos os recursos interpostos contra decisões finais condenatórias⁵⁸.

Nesse sentido, evidencia o Tribunal da Relação de Lisboa que:

“I – o art. 408 do CPP refere-se a recursos ordinários da ordem jurídica comum com o regime previsto no mesmo diploma, não se aplicando o respectivo efeito suspensivo aos recursos para o Tribunal Constitucional. II – Assim, após a prolação pelo STJ [Supremo Tribunal de Justiça] de acórdão condenatório em pena de prisão, o arguido preso preventivamente passará à situação de cumprimento de pena, ainda que haja sido interposto recurso para o Tribunal Constitucional”⁵⁹.

Outra máxima que também possui relevância no direito português, consiste no princípio da execução imediata, que visa garantir a observância e a força dos pronunciamentos do Poder Judiciário.

O Prof. Manuel Lopes Maia Gonçalves destaca que

“Radica este princípio na necessidade de assegurar a exemplaridade da condenação, satisfazendo-se assim os fins de prevenção especial e geral das penas, e porque seria desumano retardar o cumprimento, pois isso poderia até em alguns casos implicar uma penalização suplementar. Este princípio, embora não expressamente formulado no

⁵⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 547/2004**, processo nº 679/2004, 3ª Seção, Relator: Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento 21 de jul. de 2004. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/ju-rel/cst_print_busca.php?buscajur=&nid=3635>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

⁵⁸ PORTUGAL. **Código de Processo Penal**, de 15 de fev. de 1929. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

⁵⁹ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão da Relação de Lisboa**, de 26 de out. de 1999. Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, p. 160.

Código, contém nele vários afloramentos, máxime nos arts. 469 e 485, nº 4, e no instituto da contumácia e pode admitir algumas restrições radicadas em razões humanitárias”⁶⁰.

Ademais, o aguardo do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, nos ditames da doutrina portuguesa, para se ter início a execução da pena atenta contra a celeridade processual propugnada pela Constituição. O arraste processual por longos anos, beneficiando anistias e prescrições, cria um sentimento de impunidade, o que provoca um descrédito comunitário na justiça e uma revolta no inocente que não vê sua inocência ser proclamada em sentença de tribunal⁶¹.

Através da execução da pena, objetiva-se, portanto, a defesa da sociedade e a prevenção da prática de novos delitos, fins consagrados no art. 42 do Código Penal português⁶².

⁶⁰ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal – Anotado e Comentado – Legislação Complementar**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 803.

⁶¹ VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Op cit**, p. 172.

⁶² PORTUGAL. **Código Penal**, de 15 de mar. de 1982. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

3. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS (HC) Nº 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPATIBILIDADE ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

3.1 Histórico jurisprudencial

A temática da compatibilidade constitucional do início da execução da pena após a prolação de acórdão penal condenatório em segunda instância não é pacífica na história jurisprudencial brasileiro. Evidencia-se, desse modo, a dificuldade e a relevância do assunto perante os tribunais nacionais, que, aparentemente, não conseguem chegar a um consenso a esse respeito.

O fato é que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, em que a presunção de inocência passou a constar como norma expressa na ordem jurídica nacional, o Supremo Tribunal Federal continuou admitindo a execução provisória da pena, ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária aos tribunais superiores.

Nesse sentido é o teor da decisão proferida no Habeas Corpus (HC) nº 68.726, que resultou na seguinte ementa:

“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 do decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concerne 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 o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido”⁶³.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 68.726**, relator ministro Néri da Silveira, decisão de 28 de jun. de 1991, publicada no DJ de 20 nov. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Inclusive, em decorrência do referido entendimento, a Suprema Corte aprovou os enunciados nº 716⁶⁴ e nº 717⁶⁵, em 24 de setembro de 2003, regulamentando situações específicas relacionadas à execução provisória da pena.

Todavia, após o julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 84.078, em 05 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (7x4), mudou o seu entendimento em relação ao tema, passando a rechaçar a execução penal imediata após acórdão condenatório em segunda instância.

Alegou-se que a ordem constitucional brasileira não permitiria tal situação, visto que o art. 5º, LVII seria claro ao condicionar ao trânsito em julgado o afastamento da culpabilidade do indivíduo. Foi, então, atribuída, ao mencionado dispositivo, uma interpretação mais literal, com o fulcro de efetivar as garantias processuais dos réus.

Segue-se o teor na 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. (...) 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.”⁶⁶

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **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. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2019.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transita em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão domiciliar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2019.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078**, relator ministro Eros Grau, decisão de 05 de fev. de 2009, publicada no DJ de 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Ocorre que, mais recentemente, em 17 de fevereiro de 2016, a Corte Suprema, no âmbito do Habeas Corpus (HC) nº 126.292, retomou à antiga posição, decidindo que a execução provisória do acórdão que, em sede de apelação, confirmou a sentença penal condenatória, não ofende o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, mesmo que pendentes recursos especial e/ou extraordinário.

Após pouco mais de três anos da sedimentação deste novo posicionamento, o tema voltará a ser pauta na Suprema Corte, já que estão pendentes de julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43, 44 e 54, que possuem como objeto o art. 283 do Código de Processo Penal⁶⁷, visando, mais uma vez, impedir a execução imediata da pena após a decisão condenatória em segundo grau, condicionando-a seu trânsito em julgado.

Logo, revela-se manifesta a importância e atualidade que a temática possui, especificamente, no ano de 2019, até porque não se prenuncia um posicionamento pacífico por parte da Suprema Corte quando do reexame da matéria.

A seguir, passar-se-á ao exame dos principais argumentos utilizados pelos Ministros daquela corte na defesa de cada uma das teses que novamente se colocarão em confronto nos referidos julgamentos.

3.2 Decisão do Habeas Corpus (HC) nº 126.292 pelo STF

3.2.1 Síntese do contexto factual do HC nº 126.292

Destaque-se, de início, que se tratou de remédio constitucional impetrado em favor do paciente Márcio Rodrigues Dantas, condenado em primeira instância à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal), praticado no ano de 2003.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença e determinou a imediata execução provisória da condenação. Em face de tal decisão, por sua vez, a defesa

⁶⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 03 de out. de 1941. Art. 283, *caput*. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 de abr. de 2019.

do réu impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, cujo pedido liminar, todavia, foi indeferido.

Em sua decisão negatória, o Ministro Francisco Falcão, Presidente do STJ, aduziu o seguinte:

“As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal *a quo* atacável via recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator⁶⁸”.

Impetrou-se, então, novo writ, desta feita perante o Supremo Tribunal Federal, de cujos fundamentos é possível destacar: a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF⁶⁹; b) que o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a imediata segregação do paciente, sem motivar a necessidade da prisão preventiva; c) que a prisão foi determinada após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo e, ainda, sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado; d) existência de jurisprudência da Suprema Corte (HC nº 84.078, de 2009) que exige o trânsito em julgado para o início da execução da pena.

Por não se tratar de uma prisão cautelar, percebe-se que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo foi de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, desde de 2009, rechaçava a constitucionalidade da execução provisória da condenação penal.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292**, relator ministro Teori Zavascki, decisão de 17 de fev. de 2016, publicada no DJ de 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 691**. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2019.

Desse modo, a temática voltou à pauta da Egrégia Corte, que decidiu, mais uma vez, mudar o seu entendimento, retomando a posição que predominou após a promulgação da Constituição de 1988.

Ressalte-se que o objeto principal da discussão envolveu o alcance do princípio da presunção de inocência, relacionado à execução provisória de acórdãos condenatórios, na busca do adequado equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve resguardar as garantias fundamentais dos acusados, contudo, sem negligenciar os direitos atinentes à coletividade e a eficiência de um sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Ao final, a ordem foi denegada por maioria, votando pela não concessão do *habeas corpus* os ministros Teoria Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, restando vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

O Plenário, nesta ocasião, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em sede de apelação não ofende os postulados constitucionais, em especial o princípio da presunção de inocência⁷⁰.

Em 05 de outubro do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal reiterou seu novo posicionamento ao denegar as liminares interpostas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44. O Plenário decidiu, por maioria, que o art. 283 do Código de Processo Penal não inibe o início da execução da pena após condenação em segunda instância e, portanto, encontra respaldo no sistema constitucional brasileiro⁷¹.

Portanto, faz-se necessário uma análise dos principais argumentos e fundamentos jurídicos utilizados pelos Excelentíssimos Ministros da Suprema Corte que resultaram nesta nova guinada jurisprudencial, avaliando-se, com a devida vênia, se tais argumentos encontram posuem o necessário respaldo no sistema jurídico nacional.

⁷⁰ STF. Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. **Supremo Tribunal Federal**, de 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 20 de abr. de 2019.

⁷¹ STF. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. **Supremo Tribunal Federal**, de 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 20 de abr. de 2019.

3.2.2 Principais argumentos em defesa da constitucionalidade da execução provisória da pena

3.2.2.1 Ocorrência da mutação constitucional

A mutação constitucional consiste em um mecanismo informal de reforma da Constituição, decorrente da transformação do sentido e do alcance de suas normas sem que se opere qualquer modificação do seu texto. Em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras tenham sofrido alguma modificação.⁷²

O texto é o mesmo, porém o sentido que lhe é atribuído é outro. Desse modo, como a norma não se confunde com o texto, rapara-se, nesse fenômeno, uma mudança da norma, mantido o texto. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada⁷³.

No caso da interpretação judicial, haverá a mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.

Foi justamente o que ocorreu no presente tema, quanto à constitucionalidade da execução imediata da pena após condenação em segundo grau em face do princípio da presunção de inocência.

Houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando a Suprema Corte alterou seu entendimento original, que predominou desde a edição da Constituição de 1988, sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Posteriormente, diante de novo contexto fático fruto de uma nova visão jurídica que passou a predominar na sociedade, com o pleito por uma maior efetividade da justiça criminal, em 2016, o Egrégio Tribunal encaminhou nova mudança jurisprudencial.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

Trata-se, portanto, de típico caso de mutação constitucional, conforme destacado no voto do Min. Luís Roberto Barroso, em que a alteração da realidade social modificou o próprio significado do Direito. Ainda que o Supremo tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e não tenha havido qualquer mudança formal no texto da Constituição, o sentido atribuído à norma inequivocamente se alterou.

Houve, com o novo posicionamento da Corte, uma adequação da redação constitucional do princípio da presunção de inocência à realidade social vigente, compatibilizando-o, mediante uma relação de equilíbrio, com os demais princípios fundamentais, que ganharam maior força normativa com a visão jurídica que passou a predominar na sociedade.

3.2.2.2 A princípio da presunção de inocência não é óbice para a decretação da prisão

Como já foi destacado, a redação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República expressa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷⁴. Uma visão mais restrita do preceito, desconsiderando os demais dispositivos e a necessária unidade constitucional, pode sugerir a prisão do acusado não seria possível até o estado de irrecorribilidade da decisão condenatória.

Todavia, o inciso LXI, do mesmo art. 5º da Carta Magna, atribui como pressuposto para a decretação da prisão a existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não a condicionando, pois, ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Desse modo, considerando-se ambos os dispositivos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade da decretação de prisão. Outro dispositivo constitucional – o inciso LXVI do mesmo artigo –, inclusive, admite a prisão antes do estado de irrecorribilidade da sentença condenatória, excepcionando-a pela concessão da liberdade provisória. Dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”⁷⁵.

⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de abr. de 2019.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de abr. de 2019.

Logo, o pressuposto constitucional, na esteira da fundamentação do voto do Min. Luís Roberto Barroso, para a privação de liberdade do acusado em processo penal é a emissão de ordem escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária.

Autoriza-se, assim, as prisões de natureza processual – em flagrante, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como a prisão para fins de extradição, a prisão para fins de expulsão e a prisão para fins de deportação.

Em nenhuma dessas hipóteses, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado obstam a prisão. Pelo contrário, o sistema jurídico brasileiro permite a prisão mesmo quando a persecução criminal ainda se encontra em sua fase pré-processual, contra meros investigados, ou, ainda, na fase processual quando ausente qualquer declaração de culpa em face do imputado. Em todos esses casos não há afronta à presunção de não culpabilidade.

Por decorrência lógica do mesmo inciso LXI do art. 5º, deve-se considerar justificável a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório proferido pelo Tribunal competente, situação em que o juízo de culpabilidade já está formado, com o exaurimento do exame da matéria fático-probatória, que ocorre na segunda instância.

3.2.2.3 Natureza principiológica da presunção de inocência e necessidade de ponderação com os demais princípios constitucionais

Depreende-se da tradicional doutrina constitucional que as normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios.

As primeiras correspondem a mandamentos que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito entre regras, o problema deverá ser resolvido em termos de validade. As duas normas não poderão conviver simultaneamente no ordenamento jurídico.

Os princípios, por sua vez, são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. São determinações para que de-

terminado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.

Nos conflitos entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se prejudique, por completo, a eficácia de um dos princípios em detrimento do outro com o qual se encontra em choque.

Desse modo, havendo colisão entre princípios de natureza constitucional, a técnica de decisão jurídica a ser adotada é a ponderação, com fulcro no juízo de proporcionalidade, a qual orienta o intérprete no sentido de que a solução somente pode ser encontrada à luz do caso concreto.

Através desse método, as normas principiológicas incidentes sobre o caso concreto devem ser sopesadas, isto é, por mais que ofereçam soluções distintas, a aplicação de um princípio não deve implicar na exclusão do outro, mas sim uma incidência em maior ou menor grau, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas.

No situação em análise, é evidente o tensionamento entre os princípios da presunção de inocência e da efetividade da jurisdição penal – que, por sua vez, encontra amparo na necessidade da adequada proteção dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à segurança e à duração razoável do processo –, ambos com fundamento no art. 5º da Constituição.

Deve-se, então, buscar a solução que melhor compatibilize a efetividade dos dois, sem que isso implique na exclusão de um pelo outro.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, a interpretação dada pelo julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 84.078, em 2009, que alterou o marco inicial do cumprimento da pena para somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória, gerou consequências negativas de ordens fática e jurídica para o sistema penal brasileiro.

A primeira delas, que pode ser destacada, trata-se do estímulo à interposição infundável de recursos de natureza protelatória. As defesas passaram a impugnar as decisões criminais com o intuito exclusivo de adiar o trânsito em julgado das condenações, visto que, na maioria das vezes, encontravam-se desprovidas de argumentos capazes de afastar a culpabilidade dos réus,

buscando, tão-somente, a extinção da punibilidade por meio do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Tal comportamento, a toda evidência, vai de encontro aos ditames da boa-fé processual e da razoável duração do processo, além de esvaziar as finalidades da pena de retribuição e prevenção. Perde-se, assim, a razão de existir do Direito Penal, que visa o reestabelecimento da ordem violada, a punição dos infratores, a realização de justiça em favor da vítima, bem como a capacidade de prevenir que o infrator ou mesmo outros membros da sociedade venham a cometer novos delitos.

Outra consequência foi o reforço da seletividade do sistema penal, na medida em que a ampla possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo, aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em recursos sucessivos. Enquanto isso, os acusados menos favorecidos, por não possuírem o aporte financeiro necessário para a impugnação das decisões criminais perante os Tribunais Superiores, tinham, na maioria das vezes, a sua situação já definida com a decisão de segundo grau.

Em virtude desses dois fenômenos, cresce, inegavelmente, o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, comprometendo a própria eficácia e legitimidade do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Nesse contexto, pois, forçoso é concluir que a necessidade de se exaurir as instâncias extraordinárias para que tenha o início a execução da pena, além de contribuir para o aumento dos casos de prescrição da pretensão punitiva, também importa no enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva.

Em ambos os casos, estimula-se o sentimento de impunidade e injustiça perante a sociedade, comprometendo as finalidades da pena de prevenção especial e geral.

A ineficiência da atividade jurisdicional, traduzida por uma morosidade da Justiça, deve ser motivo de preocupação em um Estado Democrático de Direito, que acaba por enfraquece a credibilidade da sociedade em suas instituições, devendo ser sopesado com o princípio da presunção de inocência, especialmente após o entendimento dado ao tema pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009.

Um sistema de justiça ineficaz não serve à consecução dos objetivos de um Estado Democrático de Direito de proteção e resguardo aos direitos fundamentais dos indivíduos. É necessário, portanto, conferir ao art. 5º, LVII, através da ponderação entre princípios, interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional, no sentido de garantir a efetividade da lei penal em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar.

Deve-se, então, realizar o sopesamento entre tais princípios, utilizando-se o critério da proporcionalidade, sem perder de vista a proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Tal ideia se baseia no fato de que o Estado também viola a Constituição quando não atua de modo adequado e satisfatório para a proteção dos bens jurídicos considerados relevantes pelo Texto Constitucional.

Desse modo, busca-se afastar normas e interpretações que impliquem na tutela deficiente de preceitos constitucionais de natureza fundamental pelo aparato estatal, fenômeno que acaba ocorrendo quando a tutela jurisdicional se opera de maneira ineficaz.

Assim, sustenta-se que a interpretação que inibe a prisão anterior ao trânsito em julgado tem acarretado numa proteção insatisfatória de direitos fundamentais – como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas –, ofuscando a eficácia das demais garantias asseguradas no texto constitucional, pelo que reclama uma melhor resposta ao sopesamento entre a presunção de inocência e a efetividade da jurisdição penal.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal retomou o seu antigo entendimento pela constitucionalidade da execução provisória da pena, posicionando-se pela sua compatibilidade, após um juízo de ponderação, com o princípio da presunção de inocência.

Buscou-se, assim, com essa guinada jurisprudencial, uma relação mais equilibrada entre os direitos do acusado à ampla defesa, ao contraditório e a ser presumidamente considerado inocente, e os direitos da sociedade à segurança, ao reestabelecimento da ordem jurídica violada e de ter seus direitos efetivamente protegidos pelo Estado.

3.2.2.4 Progressividade na demonstração da culpa e a exigência de mitigação do estado de inocência

Apesar de não constar de maneira expressa no Texto Constitucional, o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais é defendido por parcela da doutrina constitucional, possuindo também amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁷⁶.

Da análise dos direitos fundamentais, extrai-se a conclusão de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitações e restrições. Todavia, não se pode perder de vista que tais reduções são limitadas, tendo em vista a necessidade de proteção do seu núcleo essencial.

Trata-se dos chamados “limites dos limites” – cuja origem remonta ao direito constitucional alemão (*Schranken-Schranken*) –, que balizam a atuação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das limitações impostas.

Portanto, apesar da possibilidade da imposição de restrições aos direitos fundamentais, especialmente quando estes se encontrarem em conflito uns com os outros, deve-se buscar o resguardo ao seu núcleo essencial, para que a limitação não se mostre descabida ou desproporcional.

Sob esse aspecto, discorre o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, que o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação, destacando que se trata de um direito fundamental processual de âmbito negativo. Ressalta, ainda, que tal garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, entretanto, caberia ao legislador a definição do que seria essa culpabilidade.

Assim, por um lado, tem-se a importância de preservação do imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade, e, do outro, a dificuldade de se compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

A cláusula constitucional, disposta no art. 5º, LVII, não obsta, segundo o Ministro, que a lei regulamente os procedimentos, tratando o imputado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui com sua condenação em cada instância.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Monet. **Op cit**, p. 215.

Ou seja, é natural a evolução da presunção de inocência, na medida em que o processo penal se desenvolve e a culpabilidade vem a ser ratificada por pronunciamento judicial.

Desde que não atinja o núcleo essencial do mandamento, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável pela ordem constitucional brasileira.

Daí se segue que o princípio da presunção de inocência também sofre mitigação durante o próprio processo penal. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões”, conforme dispõe o art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal⁷⁷. Já para tornar implicado réu, já são necessárias a prova da materialidade e indícios da autoria, nos termos do art. 395, III, da mesma Lei. E, para condená-lo, é necessária prova, além da dúvida razoável, da autoria e materialidade criminais, pois, em que pese a existência de incerteza por parte do julgador, a regra é pela absolvição, segundo art. 386, VI, do referido Diploma.

Logo, seria absolutamente irrazoável que o agente, após perpassar por todas as esferas do Judiciário, tendo a sua culpabilidade afastada pelo juízo singular de primeiro grau e por um juízo colegiado de segundo grau, além de ter toda a matéria fática e probatória exaurida nessas instâncias, chegasse, diante dos Tribunais Superiores, com a presunção de inocência no mesmo grau em que se achava durante o inquérito policial, onde a materialidade e a autoria se resumiam a meros indícios.

Nessa linha, pois, é imperioso afirmar que a execução provisória da pena, ainda que pendentes recursos de caráter extraordinário aos Tribunais Superiores, revela-se plenamente compatível com a presunção de inocência e com a ordem jurídica brasileira.

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade, tem-se uma declaração, com considerável força, de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio processual, portanto, a presunção de inocência e o início do cumprimento da decisão condenatória tornam-se perfeitamente compatíveis, ainda que pendentes recursos de natureza extraordinária.

3.2.2.5 Papel atribuído pela ordem jurídica constitucional aos Tribunais Superiores

⁷⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 3 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

A Constituição da República confere aos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – a função precípua de uniformização e pacificação da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Este papel foi ainda mais destacado após a edição de Emenda Constitucional nº 45/2004 que exigiu, para o acesso via recursal ao Supremo, a necessidade de a parte demonstrar a repercussão geral do tema objeto de recurso extraordinário. A Egrégia Corte somente estará autorizada a conhecer os recursos que tratem de questões jurídicas que transcendam o interesse subjetivo do recorrente, havendo a necessidade de demonstração da relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida.

A toda evidência, pois, os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores não configuram desdobramento natural do duplo grau de jurisdição, visto que não possuem ampla devolutividade, em virtude da vedação à rediscussão da matéria fático-probatória – diferentemente do que ocorre no recurso de apelação. Portanto, tais meios de impugnação não possuem por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, mas sim a preservação da higidez do sistema normativo.

Os recursos especial e extraordinário possuem âmbito de cognição estrito à matéria de direito, pois o reexame das questões dos fatos e das provas se exauriu nos julgamentos em primeira e segunda instâncias. Não cabe, portanto, ao Supremo Tribunal Federal e nem ao Superior Tribunal de Justiça funcionar, respectivamente, como terceira e quarta instâncias, respectivamente, de revisão para sucumbentes inconformados com o resultado do julgamento.

Tendo em vista que a própria Constituição repele o acesso aos Tribunais Superiores com o único propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente de erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, o art. 1.029 do Código de Processo Civil⁷⁸ e o art. 637 do Código de Processo Penal⁷⁹, que atribuem aos recursos extraordinário e especial apenas o efeito devolutivo, encontram-se de pleno acordo com a ordem constitucional.

⁷⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de mar. de 2015. Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido (...) § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

⁷⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 3 de out. de 1941. Art. 637. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

Assim, a opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão que a Carta Magna confere às instâncias extraordinárias.

Enfatiza-se que, de fato, antes de prolatada a sentença penal, exige-se a manutenção do estado de dúvida do comportamento do acusado contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao imputado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que tange ao ônus probatória da incriminação –, a presunção de inocência.

Eventual condenação, que exige elevado grau de certeza por parte do magistrado, representa um primeiro posicionamento, devidamente fundamentado, quanto à culpabilidade do acusado, decorrente da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal.

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, tendo em vista a possibilidade do manejo de recurso direcionado à tribunal. Nesse grau de jurisdição, fica definitivamente exaurido o exame de fatos e provas da causa com a fixação da responsabilidade penal do réu.

Há a concretização da observância do duplo grau de jurisdição, mediante a ampla devolutividade, característica do recurso de apelação, da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada, ou não, pelo juízo *a quo*. Fica assegurado ao réu o acesso em liberdade a este grau de jurisdição, tendo em vista o efeito suspensivo deste meio de impugnação, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Por esta razão, argumenta o Supremo, pareceria irrazoável o condicionamento do início da execução da pena apenas após analisados os recursos interpostos em natureza extraordinária aos Tribunais Superiores. Esgotadas as instâncias ordinárias, com a condenação à pena privativa de liberdade, tem-se uma declaração com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão é necessária. Nesse estágio, mostra-se compatível com a presunção de não culpabilidade a determinação do cumprimento da pena, ainda que pendentes recursos.

A retomada do posicionamento de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos de natureza extraordinária constitui mecanismo legítimo para harmonizar o princípio da presunção

de inocência com o da efetividade da tutela jurisdicional do Estado. Logo, não se mostra arbitrária a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena após confirmação da responsabilidade penal do acusado pelas instâncias ordinárias.

Nesta hipótese, ainda seria assegurado ao imputado a obtenção de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário via medida cautelar, meio adequado e eficaz para devido controle de situações de injustiças ou excesso pelos juízos condenatórios recorridos, não havendo qualquer cerceamento ao seu direito de defesa.

Havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento da pena.

3.2.2.6 A coisa julgada singular em matéria fático-probatória após decisão proferida em segundo grau de jurisdição

Ponto interessante trazido pelo eminente Min. Luiz Fux em seu voto é o que diz respeito à inalterabilidade da matéria fático-probatória após a decisão proferida em segundo grau de jurisdição, tendo em vista que não cabe às instâncias superiores a reanálise de provas em sede de recurso especial e extraordinário.

Não constitui incumbência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em sede de impugnação de natureza extraordinária, a revisão da justiça no caso concreto. Os recursos especial⁸⁰ e extraordinário⁸¹, conforme já explicitado, têm, respectivamente, sua fundamentação vinculada a questões federais e constitucionais, servindo preponderantemente não ao interesse do postulante, mas sim ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Logo, ao se atentar ao conceito de coisa julgada, que transmite a ideia de imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns de seus capítulos, conclui o Ministro que, em relação à matéria fático-probatória, há o nascimento de uma coisa julgada singular, pois, em regra, não será admitida sua rediscussão no âmbito dos Tribunais Superiores.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=621>>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

É plenamente possível que uma decisão seja fracionada em capítulos e que apenas um ou alguns deles transitem em julgado, caso não haja sua impugnação, seja pela impossibilidade de rediscussão da matéria ou pela simples faculdade da parte sucumbente em não interpor recurso.

Tal singularidade processual foi denominada pelo Ministro de “coisa julgada singular”, que, inclusive, possui amparo na própria jurisprudência do Supremo:

“COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória”⁸².

Assim, na hipótese de acórdão condenatório em segunda instância, há a coisa julgada em face da materialidade da infração e de sua autoria pelo réu, restando assentada a sua culpabilidade, pois os capítulos da decisão referentes a este tema se tornaram-se indiscutíveis. Ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça só se devolvem questões constitucionais e questões federais.

Nessa linha, não encerra ofensa ao princípio da presunção de inocência o início da execução da pena após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, tendo em vista que se torna indiscutível a matéria fático-probatória que possui íntima relação com o juízo de culpabilidade do réu.

3.2.3 Principais argumentos em defesa da inconstitucionalidade da execução provisória

3.2.3.1 A taxatividade do art. 5º, LVII, da Constituição da República

A Constituição da República, como já afirmado, torna expresso em seu texto, art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Logo, daí se infere, conforme a manifestação do Min. Marco Aurélio, que qualquer interpretação que possibilite a antecipação dos efeitos da pena ao acusado que ainda não teve

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 666.589**, relator ministro Marco Aurélio, decisão de 25 de mar. de 2014, publicada no DJ de 26 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6002684>>. Acesso em: 23 de abr. de 2019.

sua condenação transitada em julgado caracteriza-se como atentatória ao postulado da presunção de inocência.

Não se admite outra interpretação do dispositivo – que possui bastante clareza em sua redação – senão a de que o início do cumprimento da pena pelo acusado somente poderá ser feito após o não cabimento de nenhum recurso à decisão que afastou a sua culpabilidade.

Em nenhum caso pode perseguir-se, com a prisão ainda durante o curso do processo penal, fins punitivos ou de antecipação da pena, visto que o texto constitucional é cristalino ao condicionar o tratamento do imputado como inocente até o trânsito em julgado da sentença que o condenou.

Utilizar com tais fins a privação de liberdade excederia os limites constitucionais e consistiria em uma verdadeira afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Portanto, a satisfação de maneira imediata das demandas sociais de segurança pública, através da execução provisória, além de condicionar de maneira perigosa as decisões proferidas pelos tribunais à opinião popular e não à Constituição, é uma finalidade não admitida sob a ótica de um Estado Democrático de Direito e que preze pelo respeito aos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Com o cumprimento provisório da sentença, pretender-se-ia conseguir resultados que são próprios da pena, mas que somente seriam permitidos após o esgotamento das instâncias e o consequente trânsito em julgado da decisão, conforme evidenciado no texto constitucional.

A adoção de interpretação diversa pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o Ministro, irá resultar em uma verdadeira promulgação de emenda constitucional, tendo em vista que o constituinte foi claro que a presunção de inocência somente será afastada após a obtenção de decisão condenatória irreversível.

3.2.3.2 Paralelo com o cumprimento provisório de sentença no Processo Civil

Constitui característica da execução provisória processual a possibilidade de retorno ao estágio anterior, tendo em vista que, pendente recursos, há ainda a chance de reforma da sentença.

No âmbito do direito privado, o art. 520 do Código de Processo Civil introduz a disciplina do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. No seu inciso IV, estabeleceu-se que, para levantar o dinheiro em depósito ou para praticar qualquer ato que potencialmente possa ocasionar grave dano ao executado, o exequente deverá depositar uma caução, que se presta a criar uma garantia em favor do executado de que tal ressarcimento pelos prejuízos suportados efetivamente ocorra em caso de modificação posterior da sentença em decorrência do recurso interposto.

Acrescente-se, ainda, que o inciso II do referido artigo prescreve que a superveniência de decisão que altere ou anule a sentença exequenda deve ensejar o reestabelecimento das partes ao estado anterior, liquidando-se eventuais prejuízos nos próprios autos.

Tal aspecto foi levado ao debate no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292 pelo Min. Ricardo Lewandowski, com o intuito de suscitar a preocupação do legislador pátrio pelo resguardo das consequências patrimoniais que podem recair ao executado diante de um cumprimento provisório de sentença.

Se, diante de um direito de caráter patrimonial, há todo esse resguardo do legislador no ressarcimento de eventual prejuízo do executado em face de posterior modificação ou anulação da sentença condenatória por via recursal, com ainda mais razão deveria fazê-lo com relação ao réu que possui diante de si uma execução provisória da pena.

No processo penal, encontra-se em jogo um bem de maior valor, que, justamente, após uma eventual modificação ou anulação da sentença, não pode ser restituído ao executado, e, por isso, merece ainda maior proteção por parte do legislador e dos tribunais.

O réu preso provisoriamente em decorrência de decisão condenatória prolatada por juízo de segundo grau, havendo a revisão desta em instância superior, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado, tendo sua liberdade privada, em condições de miserabilidade.

Logo, tendo em vista o relevo do direito de liberdade, não seria razoável permitir interpretação que admitisse o início da execução da pena enquanto ainda há a possibilidade de reversão da sentença por decisão das instâncias superiores.

3.2.3.3 Disposições infraconstitucionais que impedem a execução provisória

Além do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição, a legislação infraconstitucional processual penal também ratifica o entendimento de que o início do cumprimento da pena, com o recolhimento à prisão do acusado, somente poderá ocorrer após esgotadas as vias recursais, formada a coisa julgada.

A Lei de Execução Penal, destaque-se, impõe como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória o seu necessário trânsito em julgado. Encontra-se inserido no seu texto, mais precisamente no art. 105⁸³, que a execução da pena privativa de liberdade está condicionada à irrecorribilidade da decisão que afasta a culpabilidade do réu.

Disso se infere, segundo destacado pelo Min. Celso de Mello, que, mesmo afastado o fundamento jurídico de índole constitucional, nenhuma execução de condenação criminal no Brasil, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O art. 283⁸⁴ do Código de Processo Penal – que, como dito anteriormente, é objeto de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ratifica tal entendimento. O *caput* do dispositivo é claro ao condicionar a prisão de qualquer indivíduo à existência de sentença condenatória transitada em julgado, excetuadas, é claro, as prisões temporárias, preventivas e em flagrante delito.

Ainda que refutado o fundamento jurídico constitucional, o próprio legislador ordinário decidiu, como marco inicial para o cumprimento da pena, o trânsito em julgado do título executivo judicial criminal.

Destarte, a vedação à execução provisória da pena não encontraria ressonância apenas no texto constitucional, mas também na própria legislação ordinária brasileira.

⁸³ BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Art. 105. Transitando 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

⁸⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 3 de out. de 1941. Art. 283, *caput*. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

3.3 Considerações sobre a julgamento do Supremo Tribunal Federal

Destaque-se, em primeiro lugar, o rico debate proporcionado pelos Excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da execução provisória da pena, abordando-a sob os mais diversos aspectos e com o acréscimo de novos argumentos que, com certeza, contribuíram para o aprofundamento e elucidação da temática.

Conforme ressaltado no decorrer do presente trabalho, trata-se de tema de relevante interesse para a sociedade, por envolver uma série de princípios de natureza constitucional, e que, como tal, está longe de obter uma resposta pacífica e uníssona no ambiente jurídico.

De acordo com o último pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292, no ano de 2016, foi retomado o entendimento que havia prevalecido desde a promulgação da Carta de 1988 – a partir de quando a presunção de inocência se tornou expressa – até 2009.

Segundo a tese vencedora, o início do cumprimento da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição encontra amparo no ordenamento jurídico constitucional pátrio, não caracterizando ofensa ao mandamento da presunção de inocência.

O postulado da presunção de inocência, em face da sua natureza principiológica, deve ser interpretado sistemicamente com todo o ordenamento jurídico, conformando-se com as demais normas de mesma hierarquia através da técnica da ponderação e da aplicação do princípio da proporcionalidade

Há a necessidade de se conciliar a concretização de uma justiça penal efetiva e o não tratamento do acusado como culpado antes de ter afastada a sua inocência, devendo-se utilizar a técnica de ponderação entre princípios para a obtenção de uma resposta que não macule o núcleo essencial de nenhum dos mandamentos envolvidos.

Segundo o Pretório Excelso, alcança-se esse equilíbrio ao se permitir o início da execução da pena após a prolação de acórdão condenatório em julgamento de apelação.

Logo, o princípio da presunção de inocência continua a existir e a produzir os seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, exigindo do órgão acusador o ônus probatório para a

comprovação da materialidade e autoria criminais, além do tratamento do acusado como inocente durante a perseguição criminal, tanto dentro quanto fora do processo.

Tal mandamento continuará a servir de norte interpretativo e axiológico para toda a seara do processo penal, constituindo uma das principais garantias individuais do réu contra as arbitrariedades e ingerências estatais, devendo a prisão consistir em medida excepcional enquanto não afastada a culpa do imputado.

Não se trata, contudo, de princípio de natureza absoluta, devendo, pois, guardar conformidade com todos as demais normas principiológicas que orbitam o direito constitucional e processual penal brasileiro.

A Constituição também exige a existência de um Direito Penal e de um Direito Processual Penal efetivos, que garantam a segurança da sociedade e a proteção à vida, à integridade física, à duração razoável do processo – todos elencados no rol dos direitos fundamentais.

Um sistema criminal moroso, pouco efetivo e seletivo acaba por esvaziar as finalidades precípuas das penas neste âmbito do direito. O grande lapso temporal entre a ocorrência do ilícito e a punição de seu autor tem o condão de criar um sentimento de injustiça e de impunidade capazes de levar ao descrédito da população no sistema de justiça, com o consequente enfraquecimento das instituições.

Apesar da literalidade do art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, há a necessidade de conformá-lo com as demais exigências constitucionais. A partir de uma interpretação puramente literal de um dispositivo, pode-se chegar a conclusões irrazoáveis e injustas, que ofendam demais princípios também presentes no ordenamento. Tal como destaca o brilhante Prof. Carlos Maximiliano, nada obstante a aparência incontroversa da norma, esta, sempre, sofrerá a influência do espaço e do tempo, cabendo ao hermenêuta fazer as devidas adaptações e atualizações⁸⁵.

Ressalte-se, mais uma vez, que o respeito à presunção de inocência e às demais garantias constitucionais do acusado é de fundamental importância em um Estado Democrático de Direito, pois confere a este mecanismos de defesa adequados à sua proteção diante de possíveis ilegalidades poder público.

⁸⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 28-31.

Entretanto, este princípio não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade precípua de pacificação social.

O novo entendimento da Suprema Corte procura, simplesmente, assegurar o necessário equilíbrio entre a efetiva tutela penal e a presunção de inocência, possibilitando o início da execução da pena após a decisão proferida em segunda instância, quando já exaurida a matéria fático-probatória processual, resguardando, ainda, ao acusado, meios que garantam a suspensão dos efeitos da condenação junto aos Tribunais Superiores nas hipóteses de flagrante ilegalidade – por exemplo, através da impetração de *habeas corpus*, instrumento muito mais efetivo e eficaz para o combate a eventuais injustiças do que propriamente a interposição dos recursos extraordinário e especial.

Diante dos argumentos expostos por ocasião do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 126.292, compreende-se como plausível a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nela não se vislumbrando qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência da maneira pela qual este foi absorvido pelo ordenamento jurídico nacional.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 tornou expresso em seu texto, mais precisamente no art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, estabelecendo como marco para o afastamento definitivo da culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa regra, por sua vez, nasce o questionamento a respeito da constitucionalidade do início do cumprimento da pena após a confirmação da decisão condenatória por juízo de segundo grau. Em outras palavras, discute-se se o instituto da execução provisória criminal possuiria amparo no texto constitucional.

Conforme destacado no curso deste trabalho, o princípio da presunção de inocência constitui um dos mais importantes vetores do processo penal de um Estado Democrático de Direito, na medida em que serve como garantia do indivíduo contra eventuais abusividades do *jus puniendi* estatal.

Incumbe ao órgão acusador o ônus probatório da materialidade e autoria criminais, além de assegurar que o réu seja tratado, durante a persecução penal, como inocente, seja dentro do processo ou fora dele, até que a sua culpabilidade seja devidamente comprovada através de decisão condenatória definitiva proferida por autoridade judicial competente.

Entretanto, tal princípio não possui caráter absoluto, devendo se conformar com os demais que, com ele, compõem a base principiológica e interpretativa do direito processual penal, que, como é cediço, deve guardar consonância com os ditames constitucionais.

Ao firmar entendimento quanto à constitucionalidade da execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal levou em consideração justamente essa necessidade de se interpretar a presunção de inocência no âmbito de um sistema principiológico mais amplo, sem, contudo, retirar-lhe a sua finalidade precípua de proteção do indivíduo frente ao Estado.

Ainda, não se pode perder de vista a mudança ocorrida na visão jurídica predominante na sociedade, o que, de par com as consequências negativas advindas do posicionamento adotado por aquela Corte Constitucional após o julgamento do HC nº 84.078, exigiram a revisão da jurisprudência dominante.

O aguardo do esaurimento de todas as instâncias judiciais para que se deflagre o início do cumprimento da sentença penal mostrou-se irrazoável e desproporcional em face dos demais princípios que também norteiam o sistema criminal brasileiro. O exagerado lapso temporal entre a prática da infração e o início da execução findou por esvaziar as finalidades precípua da pena, agravando a sensação de injustiça e de impunidade que predomina na sociedade.

A efetividade do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por sua vez, revela-se essencial para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos – a exemplo do direito à vida, à integridade física e moral, ao devido processo legal e à segurança.

Compatibilizar o respeito às garantias fundamentais do acusado com a eficiência da persecução penal, construindo um sistema judicial, ao mesmo tempo, justo, garantista e equilibrado, apesar de tarefa árdua, constitui desafio permanente do Estado Democrático de Direito.

Com a mudança de entendimento, o Supremo Tribunal Federal buscou compatibilizar da melhor forma estes institutos, garantindo o respeito à presunção de inocência, mas se descuidar com a obtenção de uma justiça penal efetiva.

Logo, entendo adequado e razoável o posicionamento adotado pela Egrégia Corte ao sustentar a constitucionalidade do início da execução da pena após manifestação de órgão de segunda instância.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de mar. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 3 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=621>>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292**, relator ministro Teori Zavascki, decisão de 17 de fev. de 2016, publicada no DJ de 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 68.726**, relator ministro Néri da Silveira, decisão de 28 de jun. de 1991, publicada no DJ de 20 nov. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078**, relator ministro Eros Grau, decisão de 05 de fev. de 2009, publicada no DJ de 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 666.589**, relator ministro Marco Aurélio, decisão de 25 de mar. de 2014, publicada no DJ de 26 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6002684>>. Acesso em: 23 de abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Carolina Figueiredo Pinto. **A prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência**. Londrina: UNOPAR Científica, Ciênc. Juríd. Empres., v. 5, p. 25-31, mar. 2004.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

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

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal – Anotado e Comentado – Legislação Complementar**. 13 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Processo penal: estudos e pareceres**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Material Complementar do Manual de Processo Penal**. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Paula Pianowski de. **Execução Provisória da Pena**. 2016. 67 f. Monografia apresentada para Escola da Magistratura do Paraná para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em Nível de Especialização.

MORAIS, Felipe Soares Tavares. **O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do RS, n. 81, set. 2016 – dez. 2016, p. 23-56. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527186982.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OEA/Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em: 30 de dez. de 2018.

ONU/ Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 28 de dezembro de 2018.

ONU/Organização das Nações Unidas. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 28 de dez. de 2018.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência: uma análise à luz da efetividade dos Direitos Penal e Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO; Arthur. **A constituição e o processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2007.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**, de 15 de fev. de 1929. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

PORTUGAL. **Código Penal**, de 15 de mar. de 1982. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abr. de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>>. Acesso em: 20 de fev. de 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 547/2004**, processo nº 679/2004, 3ª Seção, Relator: Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento 21 de jul. de 2004. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_print_busca.php?buscajur=&nid=3635>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão da Relação de Lisboa**, de 26 de out. de 1999. Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal**, 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/134/125>>. Acesso em: 09 de out. de 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

REIS, Diego Pessoa Costa. **O princípio da presunção de inocência e sua (in)observância por parte da imprensa**. 2004. 167 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

STF. Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. **Supremo Tribunal Federal**, de 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 20 de abr. de 2019.

STF. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. **Supremo Tribunal Federal**, de 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 20 de abr. de 2019.

STF. Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade. **Supremo Tribunal Federal**, de 05 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>>. Acesso em: 19 de dez. de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Processo Penal**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VILELA, Alexandre. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005.