

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
NÚCLEO DE MONOGRAFIA JURÍDICA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCAS GABRIEL LIMA DE SOUZA

**OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL AO ESTADO DE INOCÊNCIA**

Trabalho apresentado no curso de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Édson Luis Baldan

SÃO PAULO/SP

2022

RESUMO

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO	03
CAPÍTULO II – O OBJETO CONCEITUADO	04
1. Conceito do princípio da garantia de inocência.....	04
1.1. Aplicabilidade do princípio.....	08
1.2. Manifestação da garantia principiológica.....	14
2. O breve aspecto comparativo da garantia de inocência no Brasil e outros países.....	18
2.1. Garantia de inocência em Portugal e alguns países europeus.....	19
2.2. Garantia de inocência nos Estados Unidos.....	22
CAPÍTULO III - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	23
1. Espécies de prisões provisórias.....	24
2. Impactos da alteração jurisprudencial brasileira e o princípio da presunção de inocência.....	29
2.1. Evolução temporal do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro e o atual entendimento da Suprema Corte.....	31
2.2. Julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 44, 45 e 46.....	35
CAPÍTULO IV – CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA	44

RESUMO

O presente trabalho, desenvolvido no núcleo de monografia da Faculdade Paulista de Direito, intitulado Os Impactos das Alterações Jurisprudenciais Do Supremo Tribunal Federal ao Estado de Inocência, tem como objeto compreender as recentes alterações do entendimento jurisprudencial acerca da garantia de inocência.

Assim, em primeira análise se passa a conceituar o conceito do estado de inocência e suas múltiplas interpretações nos ordenamentos jurídicos de diferentes países. Então, verificamos e conceituamos a execução provisória da pena e a compatibilidade do princípio da presunção de inocência, bem como a definição das diferentes modalidades. A seguir, passamos a cerne do presente trabalho, com as alterações jurisprudenciais e o atual entendimento adotado pela Suprema Corte.

ABSTRACT

The present work, developed in the core of the monograph of Faculdade Paulista de Direito, entitled The Impacts of Jurisprudential Changes From the Federal Supreme Court to the State of Innocence, aims to understand the recent changes in jurisprudential understanding about the guarantee of innocence.

Thus, in the first analysis, the concept of state of innocence and its multiple interpretations in the different legal systems of countries is conceptualized. Then, we verify and conceptualize the provisional execution of the sentence and the compatibility of the principle of presumption of innocence, as well as the definition of the different modalities. Next, we move on to the core of this work, with the jurisprudential changes and the current understanding adopted by the Supreme Court.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

De início, busca-se uma análise conceitual da garantia de inocência e sua compreensão ao redor do mundo e ao longo do tempo, ao tomar ciência da flexibilização das garantias constitucionais e dos pressupostos de aplicação da pena, assim, necessário a abordagem acerca das dimensões e abrangências para consagração do princípio na constituição federal, e adoção legal da execução provisória da pena.

Dentro deste conceito analítico da garantia de inocência, se faz necessário trazer à tona o núcleo da problemática presente no sistema penal e processual acerca do princípio da presunção de inocência, garantia fundamental abarcada pela Constituição de 1988, segundo a qual o indivíduo somente pode ser considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diante de uma perspectiva fundada na supremacia normativa da Constituição, buscaremos demonstrar que as normas de direito penal e de direito processual penal não podem se confrontar com o ordenamento constitucional, bem como, empreender uma análise acerca da execução provisória no âmbito do processo penal, bem como verificar seus impactos a partir das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44.

Sobre isso, leva-se ao presente tema.

CAPÍTULO II

OBJETO CONCEITUADO: O ESTADO DE INOCÊNCIA

1. O conceito do princípio do estado de inocência

A palavra princípio é utilizada geralmente como significado de começo, fonte, gênese, procedência, alicerce. Em sentido amplo, apresenta mais de um significado: momento em que uma coisa, ação, processo, etc. passa a existir; começo, exórdio, início; causa primeira de alguma coisa a qual contém e faz compreender suas propriedades essenciais ou características; em uma área de conhecimento, conjunto de proposições fundamentais e diretivas que servem de base e das quais todo desenvolvimento posterior deve ser subordinado e regra ou norma de ação e conduta moral; ditame, lei, preceito. O professor Miguel Reale afirma que os princípios são enunciações ou juízos basilares que fundamentam e garantem certeza a um conjunto de juízos organizados em um sistema de conceitos relativos a uma parte da realidade.

Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, como pressupostos necessários.¹

Os princípios são determinações nucleares de um sistema jurídico. Compõem sua base, sua condição de validade, e possibilitam o entendimento lógico do sistema normativo trazendo-lhe sentido harmônico. Dessa forma, os princípios permitem conhecer com nitidez as variadas partes pertencentes do todo unitário denominado sistema jurídico positivo. “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”²

1 REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 967

O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade é uma garantia processual prevista expressamente no texto constitucional brasileiro no inciso LVII do artigo 5º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Trata-se de um direito e garantia fundamental tanto material quanto formal. É desta maneira uma cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal). O direito a presunção de inocência é uma garantia que estabelece um limite a soberania e deve ser assegurado e promovido por todos os órgãos do Estado, conforme os ensinamentos:

“A presunção de inocência é, assim, o direito que todas as pessoas têm de ser considerado a priori como regra geral que agem de acordo com a reta razão, comportando-se de acordo com os valores, princípios e regras do ordenamento jurídico, enquanto um tribunal não adquire o convencimento, por meio de prova judicial, de sua participação e responsabilidade no ato punível determinado por sentença firme e fundamentada, obtida com a observância de todas e cada uma das regras do devido e justo processo, o que exige a aplicação de medidas cautelares previstas no processo penal de forma restritiva, para evitar prejuízos a inocentes pela afetação de seus direitos fundamentais, além dos danos morais que eventualmente lhes possam ser causados.³”

Acerca das origens da presunção de inocência constata-se que já no Direito romano, por meio dos escritos de Trajano, encontra-se o instituto. Todavia, observa-se na Idade Média, destacadamente na inquisição, uma inversão na presunção. Basta

3 “La presunción de inocência es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad em el hecho punible determinada por una sentecia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas em el proceso penal em forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.” Tradução livre do autor. ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência. Revista *Ius et Práxis*. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 223.

perceber que a semiprova comportava-se como uma semiculpabilidade e uma semicondenação.⁴

“Esta é a tradição humanista que já encontramos em Ulpiano em seu Corpus Juris Civiles, no qual especifica que “ninguém pode ser condenado por suspeita, porque é melhor que o crime de um culpado fique impune do que condenar um pessoa inocente”, que será devastada pelas práticas inquisitivas do final da Idade Média que se projetarão até aos tempos modernos, onde o arguido era considerado culpado, desde que não refutasse as conjecturas de culpa demonstrando a sua inocência.”⁵

No século XVII, Voltaire repudia a prática de ordenar aplicar a pena a quem não tem culpa, sem provas, reclamando um juízo oral e público, a assistência de advogado e um sistema de íntima convicção do juiz para a valoração da prova. Destaca-se, no entanto, que o princípio da inocência como postulado fundamental para a ciência processual e como pressuposto para todas as demais garantias do processo ganhará relevância nos ensinamentos de Francesco Carrara: “A metafísica do direito processual tem por missão proteger os cidadãos inocentes contra os abusos equívocos das autoridades”.

Não se pode esquecer, também, as palavras de Cesare Bonesana no livro “Dos delitos e das penas” (1764) assim se expressou:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz: e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que já seja decidido ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da

4 LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 215.

5 “Esta es la tradición humanista que ya encontramos en Ulpiano em su Corpus Juris Civiles en el cual precisa que “nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente”, lo que será arrasado por las practicas inquisitivas de la baja Edad Media que se proyectaram hasta los tiempos modernos, donde el imputado era considerado culpable, mientras no desvirtuava las conjecturas de culpabilidad demonstrando su inocencia” Tradução livre do autor. ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência. Revista Ius et Praxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 224.

*força pode, pois, autorizar um juiz a infringir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.*⁶

No esteio das ideias iluministas do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa, recepcionou o princípio da presunção de inocência no seu artigo 9º:

“Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia da Organização das Nações Unidas em 1948 constou expressamente o princípio da presunção de inocência na Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu artigo 11, § 1º:

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

A disposição do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) em seu artigo 8º, § 2º, dispõe que: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Conforme mencionado, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a garantia da presunção de inocência ou não culpabilidade no seu artigo 5º, LVII. Importante ressaltar que os textos constitucionais anteriores a Carta Magna de 1988 apesar de pródigos na enumeração de garantias fundamentais de justiça repressiva não fizeram menção ao princípio da presunção de inocência.

Acerca da aplicabilidade, o princípio da presunção da inocência trará como consequência duas regras que constituirão verdadeiros ditames garantidores de um processo penal democrático: uma regra de caráter probatório e uma regra ou dever de tratamento.

⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 41.

A presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva – estigmatização do imputado- e à limitação do (ab) uso das prisões cautelares).⁷

A não culpabilidade constitui uma garantia que racionaliza e fundamenta o processo penal. Descarta, outrossim, qualquer critério que estabeleça uma presunção de culpabilidade e que provoque, por consequência, ao imputado o ônus de provar sua inocência. O princípio da presunção da inocência objetiva evitar os juízos condenatórios antecipados contra o acusado, sem uma detida consideração da prova dos fatos e a carga da prova, como também obriga a somente determinar a responsabilidade do acusado por meio de uma fundamentada e congruente sentença que esteja de acordo com as fontes de direito previstas pelo ordenamento jurídico.⁸

Assim como consequência e efeito do princípio da presunção de inocência é que não cabe ao imputado ter que provar seu estado de inocência. A inocência é o “estado natural” do indivíduo e cabe ao acusador demonstrar o contrário. Humberto Nogueira Alcalá esclarece:

“O princípio da presunção de inocência como parte integrante do direito a uma investigação e procedimento justo e racional ou devido processo legal estabelece a obrigação de conformar o ordenamento jurídico no sentido de que cabe ao Ministério Público provar as acusações, impedindo o investimento de o ônus da prova ou o estabelecimento da prova dos fatos negativos, ou seja, não cabe ao acusado o ônus de provar sua inocência ou a ausência de participação nos fatos (...) Assim, na esfera processual, a presunção de inocência requer que seja refutada perante os tribunais por meio da atividade probatória. Assim, qualquer condenação deve ser precedida da atividade probatória que regula o ordenamento

⁷ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia. Revista Lus et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 226 e 227.

jurídico, sempre impedindo a existência de condenação sem prova, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*.”⁹

A carga da prova deve ser suportada pelo acusador: “se o réu é inocente, não precisa provar nada e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição¹⁰.” Dessa maneira outro efeito da presunção de inocência é que o juiz somente pode determinar a responsabilidade do acusado por intermédio de uma sentença alicerçada em provas que demonstrem que o acusado é responsável pelo delito:

“A presunção de inocência exige que a condenação se baseie em provas legitimamente obtidas e praticadas com as devidas garantias processuais que contenham suficientes elementos incriminadores quanto à participação do arguido nos factos delituosos submetidos a resolução do tribunal, que constituam condenação no processo este sobre a responsabilidade do acusado do crime, tornando possível sua condenação. Isso obriga o tribunal a não receber provas de natureza ilícita e em violação de direitos fundamentais devido à posição preferencial que ocupam na ordem constitucional e à sua condição de direitos invioláveis, o que gera a anulação de qualquer ato que viole tais direitos. Isso constitui uma garantia objetiva da ordem constitucional.”¹¹

9 “El principio de presunción de inocencia como parte integrante del derecho a una investigación y procedimiento justo y racional o um debido proceso establece la obligación de conformar el sistema jurídico en el sentido de que es el órgano acusador el que debe acreditar los cargos, impidiendo la inversión de la carga de la prueba o estableciendo la prueba de hechos negativos, em otras palabras, no existe com carga del imputado probar su inocencia o la ausencia de participación en los hechos (...) Así em âmbito procesal, el derecho a la presunción de inocencia significa una presunción *iuris tantum*, la que exige ser desvirtuada ante los órganos jurisdiccionales a través de la actividad probatoria. Así toda condena deve ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas, aplicándose auxiliarmente el principio *in dubio pro reo* (...)” Tradução livre do autor. ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia. Revista *Itus et Práxis*. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 227 228.

10 LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220

11 “La presunción de inocencia exige que la condena se funde em pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales que contengan suficientes elementos inculpatórios respecto a la participación del imputado em los hechos delictivos sometidos a resolución del tribunal, que formen convicción em éste último sobre la responsabilidad del acusado del delito, possibilitando su condena. Ello obliga al órgano jurisdiccional a no recibir las pruebas de carácter antijurídico y em violación

Imperioso destacar que o princípio da não culpabilidade é regra de tratamento para o imputado que impõe reduzir ao máximo e a situações indispensáveis as medidas cautelares aplicadas ao acusado. Exige-se um cuidado, um juízo de razoabilidade e ponderação sendo somente permitidas nos casos estabelecidos na lei processual. Destarte as medidas cautelares nunca podem ter um caráter de pena, uma vez que busca garantir o desenvolvimento normal do processo e a aplicabilidade da lei penal.

“Desta norma decorre a obrigação estatal de não restringir a liberdade do arguido ou dos arguidos (pessoas que, segundo os registos disponíveis, se presume terem participado no facto punível), além dos limites estritamente necessários para que não impeça o desenvolvimento da investigação criminal e não se subtraia à ação da justiça, devendo a prisão preventiva constituir sempre medida cautelar e não de natureza punitiva.”¹²

Conforme disciplina o professor Aury Lopes Jr.,¹³ o princípio da presunção de inocência também reverbera no tocante a publicidade exagerada e na estigmatização precoce do acusado. A presunção de inocência deve atuar em conjunto com outras garantias constitucionais de proteção da imagem, privacidade do indivíduo.

de derechos fundamentales por la posición preferente que ellos ocupan en el orden constitucional y su condición de derechos inviolables, lo que genera la nulidad de todo acto violatorio de tales derechos. Ello constituye una garantía objetiva del orden constitucional.” Tradução livre do autor. ALCALÁ, HUMBERTO NOGUEIRA. Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência. Revista Lus et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 236

12 “De esta norma se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del imputado o del acusado (personas que de acuerdo a antecedentes disponibles se presume con participación en el hecho punible), mas allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y no eludirá la acción de la justicia, debiendo constituir siempre la prisión preventiva una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo.” Tradução livre do autor. ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocência. Revista Lus et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 230

13 LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

Em outras palavras, a garantia de inocência possui um viés exclusivo de proibição de prisão ilegal e à punição severa pelo rigor indevidamente usado para a prisão devida. Invertendo a lógica, a garantia se firmou em dois pilares. Tudo o mais foi devido à aplicação de princípios ou mesmo a assunção de novas matizes pelo instituto da garantia de inocência. “Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei”. Esta, é a primeira inscrição legal garantia de inocência que se deu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, originária da Revolução Francesa.

O que se busca realçar é, noutro viés, a ligação pertinente entre a garantia de inocência e o devido processo legal. Veja, a prisão ilegal, um excedente desnecessário, é incompatível com o estado de inocência. Toda pessoa acusada de uma prática criminosa tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias individuais e processuais necessárias à sua defesa.

Sob esta ótica, são elencadas observações pertinentes: (i) o estado de inocência como um direito; (ii) um limite temporal e legal, a fim de preconizar de que seja comprovada a culpabilidade e de acordo com a lei; e a (iii) preocupação com a forma do julgamento, este, um ato público, que assegure ao indivíduo assegurando-se ao acusado todas as garantias de defesa. Assim é o estado de inocência em detrimento do devido processo legal.

Nessa toada, entende-se que qualquer pessoa acusada de uma infração se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada, tal ponderação remete à ideia central da garantia de inocência consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950. O que traz a ideia central de que o estado de inocência acaba quando a culpabilidade tiver sido legalmente provada. Ou seja, o indivíduo acusado de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpabilidade.

Assim reconhece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969 preleciona, no artigo 8.2, primeira parte:

“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.¹⁴

Neste ponto, é observada a preponderância da garantia de inocência como instrumento universal, ligada ao aspecto de garantia processual. Por consequência, em 1988, o estado de inocência foi expressamente previsto pela Constituição Federal brasileira, embora seja possível sua conjectura ter previsto tacitamente nas constituições anteriores, pois, o direito natural e garantias da ampla defesa, contraditório, e do devido processo legal, já permitiam afirmar que o princípio - posteriormente consagrado – da presunção de inocência era um direito fundamental, assim, em todos os Estados Democráticos de Direito.

A presunção de inocência já vinha sendo aplicada, em decorrência dos princípios do contraditório (onde as partes têm isonomia processual, inexistindo qualquer vantagem para a acusação) e da ampla defesa (onde se é facultado o acompanhamento dos elementos de convicção apresentados pela acusação, além da produção a fim de demonstrar a improcedência da imputação), contemplados no direito processual penal.

Nos sistemas penais inquisitórios se parte da premissa de que o acusado ou investigado é culpado, de modo que a máquina estatal se move no sentido de colher elementos probatórios que justifiquem sua condenação. A adoção do princípio da presunção de inocência, por sua vez, inverte o sentido da persecução penal adotada nos sistemas inquisitórios, fazendo com que o processo penal tome como premissa a hipótese de que o acusado ou investigado é inocente, devendo ser provada, durante o curso do processo, a sua culpa, sendo que, por esta razão, não pode haver qualquer atuação estatal configuradora de antecipação da pena.

¹⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969, artigo 8.2, primeira parte

Por essa esteira, tem-se que a garantia de inocência é pressuposto da própria condição humana, sendo decorrência da jurisdicionalidade e da civilidade, uma vez que a presunção de inocência não precisa estar positivada em lugar nenhum: é pressuposta. Outrossim, Luigi Ferrajoli¹⁵, explica que a presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção de prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Ou seja, é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Assim, prevista pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Decorre deste conceito, que o princípio impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal. A doutrina preponderantemente afirma “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”, assim, a presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), na condição de instrumento de proteção da liberdade, possui a finalidade de evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas.

Nesta seara, a presunção consiste no direito que têm todos os indivíduos considerarem, como regra geral, que eles agem de acordo com a reta razão, comportando conforme os valores, princípios e regras do ordenamento jurídico, enquanto um tribunal não forme a convicção, através dos meios legais de prova, de

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 6ª Ed. Trad.: Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, (p. 441).

sua participação e responsabilidade em um fato punível determinada por uma sentença firme e fundada.

Com isso, necessária a reflexão acerca da necessidade do estado em comprovar a culpabilidade do indivíduo, que por natureza e força da garantia, é presumido inocente, sob a ameaça do arbítrio do aparato estatal. Assim a Constituição brasileira trata que o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado. Anteriormente, há de ser presumida inocência, de modo que é incumbida à acusação o ônus probatório da demonstração, além disso, o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Em referência, o professor Aury Lopes¹⁶ leciona três principais manifestações desta garantia principiológica:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga de acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

16 LOPES JR, Aury. Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (p. 187/188)

Observa-se, conforme entendimento do Professor Maurício Zanoide de Moraes¹⁷ que o princípio da presunção de inocência pode ser decomposto em três normas, de tratamento, probatória e de juízo. Vale ponderar que são áreas autônomas e que se inter-relacionam a fim de garantirem uma melhor efetividade àquele princípio.

Na forma de norma de tratamento, entende-se que a presunção de inocência é uma garantia de que o cidadão será tratado, na persecução penal, como inocente. Concomitantemente, qualquer antecipação de sanção somente deveria advir por força de decisão condenatória definitiva, razão pela qual o referido autor entende como violações àquele princípio, por exemplo, a vedação legal de concessão de liberdade provisória; a inclusão do nome do condenado provisório no rol dos culpados; a prisão provisória decorrente de decisão judicial recorrível; o abuso na exposição midiática dos presos em geral.

No que tange à versão de norma probatória, o autor esclarece que ela se volta à determinação de quem deve provar, por meio de que tipo de prova e, por fim, o que deve ser provado. Quanto ao primeiro aspecto, que remete ao ônus da prova no processo penal, como se sabe, é da acusação, haja vista que o órgão acusador do pressuposto jus político, parte do “estado de inocência” do cidadão, é a ele que caberá demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo e, portanto, caberá a ele demonstrar essa tese não pressuposta pela Constituição.

O segundo aspecto, limita que a prova a ser produzida deve ser lícita, obedecendo aos padrões definidos pela Constituição e pelas leis, nos termos do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição brasileira, que prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O que significa que a prova a ser produzida pelo Ministério Público de modo lícito somente afastará a presunção de inocência e, com isso gerará a condenação, caso tenha a aptidão de demonstrar a materialidade e a autoria da infração. De modo

¹⁷ MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.

que a prova lícita a ser produzida pelo acusador será adequada e eficaz para afastar a presunção de inocência, se tiver conteúdo incriminador. Por fim, a versão da norma de juízo diz respeito à análise do material probatório produzido, se ele é suficiente para a formação da convicção judicial, a fim de reverter, ou não, o estado de inocência do imputado.

O *punctum saliens* que difere a presunção de inocência como norma de juízo e como norma probatória é a noção de suficiência. Ele afirma que, para avaliar a norma de juízo, é preciso antes verificar se o órgão acusador cumpriu seu ônus probatório e que a prova produzida é lícita e incriminadora

Assim, se suficiente, é a resposta que se chegará ao fim do exame da presunção de inocência como norma de juízo. Nota-se, portanto, em primeiro aspecto, que incidem como norma de juízo dois conceitos, o *in dubio pro reo* e o *favor rei*. Neste primeiro, o julgador deve decidir favoravelmente em favor do réu em casos de “dúvida”, já o segundo, considera-se valorativa, haja vista, que é calcada na ideia de igualdade e dignidade da pessoa humana, orientando a formação legislativa infraconstitucional de modo a não serem elaboradas leis abstratamente desconformes à presunção de inocência e, no âmbito judicial, orientando a escolha, presente a dúvida, da interpretação mais favorável ao imputado

O conjunto de ideias expostas, trata que o princípio da presunção de inocência não implica necessariamente no trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que verificada a relação dicotômica do direito penal e processual penal. Contudo visa a efetivação do direito e garantia ao acusado à luz do processo penal justo, previamente estabelecido sob a garantia da ampla defesa e contraditório, além de atuar como o instrumento do exercício do *ius puniendi* do Estado na garantia da paz social e dos direitos fundamentais da sociedade.

A presunção de inocência parte do pressuposto de que todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Impõe regras para instrução probatória, para solucionar questões dúbias, para tratamento do imputado dentre outras. É um princípio que dá prevalência ao cidadão perante o Estado. É uma garantia fundamental assegurada à pessoa humana e sua

mitigação ou supressão é um atentado aos direitos humanos e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

2. Breve aspecto comparativo da garantia de inocência no Brasil e outros países

Em uma análise histórica primeira, o conceito do princípio da presunção de inocência existia no direito romano, e durante a idade média foi revisto e criticado. Pelo entendimento do funcionamento do sistema inquisitivo, de fato não há uma correspondência com a presunção de inocência, que consistia em penalidades físicas para forçar uma confissão, desde o início presumindo-se a culpabilidade do acusado.¹⁸

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 há uma volta da real essência do princípio da presunção de inocência, que tornou a recair com os regimes totalitários no início do século XX. Com isso, percebe-se a facilidade com que se usa da linguagem para desconfigurar o sentido de conceitos, distorcendo seus significados. No segundo pós-guerra mundial, diante das atrocidades, a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1948, traz em seu artigo XI que toda pessoa deve ser presumida inocente¹⁹. O documento influenciou, e continua o fazendo tamanha sua importância, na inserção do dispositivo em códigos de vários países, acarretando inclusive no debate sobre a dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais²⁰. Em continuidade, o dispositivo da Declaração Universal de 1948 vinculou a globalização iminente na esfera jurídica. No Brasil, na Constituição Federal de 1988, que inaugurou o Estado Democrático e Social, e sucedeu um período de arbitrariedades quanto à formalidade processual penal, em seu artigo 5º, inciso LVII, traz expressamente o princípio da presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade²¹. Trata-se, portanto, de um princípio que está estreitamente ligado à dignidade da pessoa humana, sendo que tende a inibir injustiças, sabendo que a regra da Constituição é a

18 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

19 DALLARI, Dalmo de Abreu. Presunção de inocência: direito fundamental e princípio constitucional no Brasil. 2018

20 FERREIRA, Rafael Fonseca. Internacionalização da Constituição: Diálogo hermenêutico, perguntas adequadas e bloco de constitucionalidade. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

21 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 589

liberdade. Em consonância a isso, O Brasil aderiu à Convenção Americana dos Direitos Humanos em 1992 que traz em seu artigo 8º, inciso I, o mesmo princípio da presunção da inocência.

Contraditoriamente, por mais que direitos fundamentais devam ser de eficácia imediata²² a presunção de inocência, como garantia processual, ainda que aplicada, possui repressão suficiente por meio da estigmatização social que vem como bônus da acusação.

A Constituição de Portugal, trouxe expressamente o princípio após um regime político autoritário, e está disposto em seu artigo 32, nº 2²³, como direito fundamental, colocando foco também na celeridade processual, resguardando o tratamento como inocente dentro e fora do processo, não tendo qualquer ônus de prova em relação aos fatos que está sendo acusado. Com origem histórica semelhante à do Brasil, por conta de uma influência jurídica ocidental, também possui obrigações derivadas dos tratados internacionais em relação ao princípio.

A Comissão Constitucional do país defendeu que o princípio da presunção de inocência tem estreita relação com a legalidade do processo penal, a aplicação *do in dubio pro reo* e a vedação da criação de leis infraconstitucionais que estabeleçam um princípio de presunção da culpabilidade. São pressupostos do já aludido Estado de Direito que preza pela segurança jurídica. Logo, no que diz respeito ao direito português, há uma influência europeia semelhante ao que ocorre no Brasil, configurando o princípio como direito fundamental nas respectivas constituições.

Assim, o que se retém no direito português é que a presunção de inocência é um princípio basilar para o processo penal e como sendo um direito subjetivo, deve

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência.2016.

23 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. art. 32 nº 2: 2. “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”.

ser observado como sendo o meio mais eficaz de garantir a dignidade da pessoa humana quando inserido na persecução criminal, somando a isso, limita o legislador à elaboração de normas que o contraponha, orientam a conduta do aparato policial e da magistratura, e além do mais, possui reflexos extraprocessuais, ao expor a imagem de um sujeito relacionado à certeza ou não de uma acusação²⁴

Diante disso, percebe-se que há íntima relação entre direito português e brasileiro na discussão e compreensão do princípio, até mesmo quanto as variações de entendimento. Não obstante, o voto do ministro José Celso de Mello no julgamento do habeas corpus do ex-presidente do Brasil²⁵, Luís Inácio Lula da Silva, foi em favor à concessão do remédio constitucional, uma vez que a presunção de inocência se trata de uma limitação constitucional ao poder do Estado de investigar, processar e julgar. Utilizou-se do direito comparado para refutar que a exigência do trânsito em julgado para a condenação penal não é exclusiva do Brasil, mencionando o direito italiano e português.

Entretanto, ao discorrer sobre o princípio da presunção de inocência no Código de Processo Penal português, Sérgio Neves Coelho²⁶ afirma que foi equivocada a colocação do ministro, já que em Portugal a aplicação do princípio se restringia ao período de provas, expondo os mecanismos recursais do país. Em contraposição, através de ampla pesquisa de dissertação, Cláudia Marina Verdial Pina²⁷ coloca que o princípio em questão “corresponde a um direito fundamental dos cidadãos perante o Estado e perante o outro, aplica-se a todas as fases do processo com a mesma intensidade”. Por conseguinte, a fundamentação de Celso de Mello reafirma a relevância do princípio e da sua correta aplicação.

24 PINA, Cláudia Marina Verdial. A Presunção de Inocência nas Fases Preliminares do Processo Penal: Tramitação e Actos Decisórios. 2015

25 STF - HC: 152752 PR - PARANÁ 0065386-58.2018.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 04/04/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-127 27-06-2018

26 COELHO, Sérgio Neves. O princípio da presunção de inocência no Código de Processo Penal português. 2018.

27 PINA, Cláudia Marina Verdial. A Presunção de Inocência nas Fases Preliminares do Processo Penal: Tramitação e Actos Decisórios. 2015. Disponível em: .p.32

Em razão de uma síntese da vertente europeia quanto ao princípio, é notória a semelhança do aspecto dentre os países, com algumas exceções. Na Alemanha, diferentemente do Brasil, não está expresso na sua Lei Fundamental, mas devido a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o aludido princípio faz parte do seu ordenamento jurídico. Em seu Código de Processo Penal por outro lado, traz a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, com a ressalva de quando houver fortes indícios de autoria e materialidade pelo acusado.

Na Itália por seu turno, como surgimento da presunção de inocência ocorreu uma resistência quanto à sua incorporação pois vivia uma época de autoritarismo do Estado, e logo, a sua aplicação impediria o interesse de alcançar seus ditos inimigos. Na sua Constituição de 1947, em seu artigo 27, com nítido viés democrático, trouxe expressamente o princípio, que de modo diverso do Brasil, no lugar de colocar “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” coloca “até condenações definitivas”, não resguardando diferenças quanto à aplicação da norma. Inclusive, o acusado não é considerado réu na Itália enquanto tiver meios de modificação da situação penal.

Na Espanha, de forma distinta dos países supracitados, não é exigida o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que seja aplicada a sanção, apesar de o princípio estar expresso em sua Constituição no artigo 24, bastando que as provas se mostrem suficientes para a demonstração da culpa. Assim, a sentença pode ser executada mesmo que esteja pendente algum recurso.

Por fim, na França, local da inserção do princípio, por conjuntura da Revolução Francesa, tinha o intuito de evitar atrocidades pelo Estado. Assim, em 1789 foi positivado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que então tinha uma conceituação que abrange hoje o entendimento da Alemanha, com a culpa como parâmetro. Ainda nesse raciocínio, o Código de Processo Penal francês estabelece a possibilidade de execução de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado.

Em outra perspectiva, o modelo anglo-saxônico tem a jurisprudência como elemento, por ser um sistema de *Common Law*, não conferindo à doutrina a ampla

conceituação do princípio da presunção de inocência, sendo este utilizado como orientação para o júri²⁸. A origem do princípio nesse modelo está intrínseca ao processo penal, não o relacionando necessariamente como direito fundamental, como ocorreu com o percurso histórico que teve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como fato central. Logo, depreende-se que no Brasil ocorreu a influência de ambos os modelos, por ter base constitucional e infraconstitucional, sendo o princípio direito fundamental e formalidade processual.

A máxima “inocente até que se prove culpado” então, possui influências de Beccaria, que entendia que a sanção era irreversível²⁹ utilizado como fundamentação em casos relevantes nos Estados Unidos, não há de forma expressa o princípio, mas algumas de suas emendas possuem nítida influência, como é o caso da 5^a 6^a e 14^a. Teve como marco principal o acórdão Coffin e Estados Unidos em 1875, que reportava ao princípio como formalidade necessária para o processo penal.

A execução imediata da pena dos Estados Unidos é possível, ressalvada exceções que possuem requisitos de difícil alcance. Tendo grande prestígio pelo juízo de primeiro grau, não vislumbram a postergação da aplicação da pena, com a pretensão de garantir a celeridade da resposta jurisdicional.

²⁸ PINA, Cláudia Marina Verdial. **A Presunção de Inocência nas Fases Preliminares do Processo Penal: Tramitação e Actos Decisórios**. 2015. p.7

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPÍTULO III EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

1. Execução provisória da pena

No Brasil, conforme a Constituição da República e o Código de Processo Penal, temos duas modalidades de prisão. A prisão provisória, do investigado ou acusado, no curso do inquérito policial (fase de investigações) ou da ação penal (processo em juízo), antes da condenação definitiva a pena privativa de liberdade. A prisão definitiva, do condenado a pena privativa de liberdade, por sentença penal condenatória transitada em julgado, isto é, contra a qual não cabe mais nenhum recurso.

CF – Artigo 5º – inciso LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

CPP – Artigo 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A prisão provisória é gênero de que são espécies, segundo a legislação processual penal brasileira, as seguintes modalidades.

1.1 Prisão em flagrante – artigo 302, do CPP;

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

1.2 Prisão temporária – Lei nº 7.960, de 1989

Instituída, originalmente, pela Medida Provisória nº 111, que motivou arguição de inconstitucionalidade pela OAB, a qual o Congresso Nacional converteu na Lei nº 7.960. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, estabeleceu que o Presidente da República não pode legislar, por medida provisória, em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal (artigo 62, §1º, I, “b”, CF).

1.3 Prisão preventiva – artigos 311 a 313, do CPP

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

1.4 Prisão por pronúncia – artigo 413, § 3º, do CPP

Art. 413. § 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

1.5 Prisão por sentença condenatória recorrível – artigo 387, § 1º, do CPP

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

Fora dessas cinco hipóteses de prisão provisória, resta a prisão definitiva, a ser objeto de execução penal da sentença penal condenatória definitiva (contra a qual não cabe mais nenhum recurso) a pena de prisão (privativa de liberdade).

CPP – artigo 283: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

LEP – artigo 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.

Artigo 106: A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução. (...)

Tínhamos então no país, o preso provisório (nas cinco hipóteses antes citadas) e o preso definitivo. Agora, temos, também, o preso provisório por condenação confirmada em segunda instância, sujeito a chamada execução provisória da sentença penal condenatória. Talvez seja um “preso provisório/definitivo”.

Ou seja, no curso do processo, são denominadas de prisões provisórias, processuais ou cautelares, exatamente por se contraporem à prisão-pena – que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado –, não ofendem o princípio da presunção de inocência e se constituem em medida excepcional, destinada aos casos de absoluta imprescindibilidade, exigindo-se do juiz competente a demonstração dos pressupostos e requisitos legais de cautelaridade (artigo 312, Código de Processo Penal e artigo 1º, incisos I, II e III, da Lei n.º 7.960/89), já que o ordenamento comporta igualmente medidas cautelares diversas à prisão previstas no artigo 319, CPP.

Com efeito, são três as espécies de prisões provisórias: prisão em flagrante, temporária e preventiva.

O termo flagrante, do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagare* (queimar), significa ardente, que está em chamas, ardendo ou crepitando. O Código de Processo Penal admite várias formas de flagrante – artigo 302, I a IV – não só daquele que está cometendo o crime, mas elastece tal conceito a abarcar outras situações. A prisão em flagrante, que deve observar as diretivas previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, tem, na atual sistemática processual penal, duração efêmera, constituindo-se mero rito de passagem já que não se protraí no tempo como ocorria outrora, *ex vi* do artigo 310, CPP, com a alteração feita pela Lei n.º 12.403/2011, que estabelece que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312, CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. O seu parágrafo único preconiza ainda que, se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato amparado por alguma excludente de ilicitude ou antijuridicidade (exculpante,

eximente ou justificativa), como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Já a prisão temporária, admissível apenas na fase de inquérito policial, de caráter instrumental e com prazo de duração fixado em lei (cinco dias, em regra, ou trinta dias, se for crime hediondo, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade), é cabível quando se demonstrar imprescindível às investigações, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou ainda, quando houver fundadas razões da autoria ou da participação do indiciado nos crimes elencados nas hipóteses do inciso III do artigo 1º da Lei n.º 7.960/89. Outrossim, há discussão doutrinária se esses requisitos dos três incisos do artigo 1º são de caráter alternativo ou cumulativo.

Das três espécies de prisão cautelar, a mais usual é a preventiva, que pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (artigo 311, CPP). O artigo 312, *caput*, CPP, estabelece os seus fundamentos, podendo ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, e seu parágrafo único estabelece que a preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (artigo 282, § 4º, CPP). A prisão preventiva pode ser decretada, ainda, na ocasião da prolação da sentença penal condenatória, conforme tem admitido o STF.

A par disso, cediço que o princípio da presunção de inocência se projeta sob dois aspectos no processo penal ou, dito de outra forma, são dois os principais efeitos que o princípio produz na órbita processual penal: no *onus probandi* e nas prisões cautelares.

O primeiro efeito diz respeito ao *standard* anglo-saxão de prova e de que a dúvida sempre milita em favor do acusado – traduzido no princípio *in dubio pro reo* –, constituindo este o núcleo duro do princípio, por isso, de caráter absoluto. Dessa forma, o *onus probandi* é atribuído ao acusador, a quem incumbe o dever de comprovar em juízo no curso do processo penal, diante do Estado-juiz, aquilo que está retratado na peça acusatória, mister cujo descumprimento ou cumprimento insatisfatório acarreta a absolvição do acusado pela aplicação de outro postulado que guarda relação estreita e direta com a presunção de inocência, que é o princípio *in dubio pro reo*.

No que tange às prisões cautelares – também denominadas de prisões processuais ou provisórias, em qualquer uma de suas espécies: prisão em flagrante, preventiva ou temporária –, o princípio da presunção de inocência impede que se configurem uma espécie de punição antecipada ao réu. Assim, por força deste postulado, a restrição de direitos do réu antes do julgamento é ilidida, mas não de uma forma absoluta, como pode ser depreendido da admissibilidade da prisão cautelar ou provisória, que não pode, em nenhuma hipótese, se apresentar como um castigo antecipado, devendo, então, revelar-se sempre como medida assecuratória vinculada a real necessidade de sua imposição, como no caso das hipóteses legais do artigo 312 do Código de Processo Penal, que estabelece os fundamentos em que a prisão preventiva poderá ser decretada – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (pressupostos da prisão preventiva) e uma vez atendidos os demais requisitos legais ou condições de admissibilidade da medida.

Logo, *prima facie*, mostrar-se-ia incompatível como princípio constitucional da presunção de inocência com o cumprimento provisório de prisão-pena, já que o cerceamento da liberdade de forma preventiva, *a priori*, não pode constituir uma punição antecipada àquele que sequer possui condenação definitiva contra si, revelando-se eventual execução antecipada de pena um ato atentatório ao princípio constitucional da dignidade de pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF), epicentro do constitucionalismo contemporâneo.

2. Impactos da alteração jurisprudencial brasileira e o princípio da presunção de inocência

Sucedem que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal (artigo 102, *caput*, CF), desde a promulgação da atual Carta Política, em 05 de outubro de 1988, até o dia 07 de novembro de 2019, em várias oportunidades se debruçou sobre a possibilidade ou não de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que, ao se fazer uma análise histórica da jurisprudência acerca do tema, depreende-se que o entendimento da Corte se mostrou deveras oscilante, ora pela possibilidade de execução imediata da pena de prisão a partir da confirmação da condenação em segunda instância, ora pela impossibilidade de se decretar a prisão antes do trânsito em julgado do título condenatório. Tal fato, a toda evidência, gerou grave instabilidade e elevada insegurança jurídica no país, ficando claro que tal polêmica teve o seu ápice no julgamento do HC n.º 126.292/SP, conforme será explicitado adiante.

A primeira vez que o STF enfrentou o tema da execução provisória da pena ocorreu no julgamento do HC 68.726/DF30, sob relatoria do ministro Néri da Silveira, oportunidade em que o Tribunal firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a norma do artigo 5º, inciso LVII, da CF, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores.

Ainda, no julgamento do HC n.º 74.983/DF, de relatoria do ministro Carlos Velloso, ocorrido em 30 de junho de 1997, o STF decidiu que, por não terem efeito suspensivo, os recursos especial e extraordinário não impedem o cumprimento de mandado de prisão.

30 BRASIL. STF. HC 68.726/DF. Rel. Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno, julgado em 28.06.91, publicado em 20.11.92

Na mesma trilha, no âmbito das turmas do STF, até o ano de 2009, prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da condenação, após confirmada a sentença condenatória pelo órgão judiciário de segundo grau, visto que os recursos eventualmente aviados, especial e extraordinário, não são dotados de efeito suspensivo, nos termos do artigo 27, § 2º, da Lei n.º 8.038/90.³¹

Aliás, com base nesse entendimento, até então predominante, foi editada a Súmula n.º 716, do STF, a qual admite 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. Contudo, no julgamento do HC n.º 84.078/MG32, ocorrido em 05 de fevereiro de 2009, de relatoria do ministro Eros Grau, a Corte reformulou o seu entendimento e, por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, assentou que a execução provisória da pena, sem que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica em afronta ao princípio da presunção de inocência, plasmado no artigo 5º, inciso LVII, da CF.

Mais adiante, modificando novamente o entendimento da Corte, no julgamento do HC n.º 126.292/SP33, em 2016, de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF deu nova guinada em sua jurisprudência e, também por maioria (sete votos a quatro) e nos termos do voto do relator, firmou entendimento no sentido de que a execução penal provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

31 BRASIL. STF. HC n.º 70.662/RN. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma, julgado em 21.06.94, publicado em 04.11.94; HC n.º 71.723/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma, julgado em 14.03.95, publicado em 16.06.95; HC n.º 79.814/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. Segunda Turma, julgado em 23.05.00, publicado em 13.10.00; HC n.º 80.174/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma, julgado em 06.06.00, publicado em 12.04.02; RHC n.º 84.846/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 19.10.04, publicado em 05.11.04; RHC n.º 85.024/RJ, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 23.11.05, publicado em 10.12.04; HC n.º 91.675/PR. Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 04.09.07, publicado em 07.12.07.

32 BRASIL. STF. HC n.º 84.078/MG. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05.02.09, publicado em 26.02.10.

33 BRASIL. STF. HC n.º 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17.02.16, publicado em 17.05.2016.

Ao proferir seu voto, o ministro Teori Zavascki, na condição de relator do processo, assentou que, de fato, antes de proferida a sentença condenatória, há de se manter reserva de dúvidas quanto à conduta delituosa, o que leva a conferir ao acusado, para todos os efeitos – mas, especialmente no que se refere ao ônus probatório da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação significaria, neste caso, um juízo de culpabilidade, que deve aflorar dos elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório no curso da ação penal. A partir daí, para o sentenciante de primeiro grau, ficaria superada a presunção de não culpabilidade por um juízo de culpa – pressuposto inarredável para a condenação –, embora não definitivo, já que passível de revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior. Assim, conforme o relator, “é nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame dos fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”³⁴

Do mesmo modo, o relator assinalou que os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, haja vista que não se prestam à reapreciação da matéria fática probatória. Dessa forma, tendo havido, em segundo grau, um juízo de culpabilidade do acusado, lastreado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pelos tribunais superiores, “parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.³⁵

Partindo dessa premissa, o ministro Teori Zavascki declinou que a execução provisória da sentença condenatória, ainda que na pendência de julgamento de recursos de natureza extraordinária, não comprometeria o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o acusado foi tratado como inocente durante o transcurso do processo criminal ordinário, tendo sido respeitados os direitos e garantias a ele inerentes, assim como observadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Ante esse quadro, não violaria o postulado da não culpabilidade autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento

34 Idem.

35 Idem.

recursos extraordinários, a produção dos efeitos da própria responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.³⁶

Porém, o relator advertiu que, de fato, poderiam ocorrer equívocos nos juízos condenatórios emitidos pelas instâncias ordinárias, assim como nas instâncias extraordinárias. Nesses casos, o ministro assinalou que sempre haverá outros mecanismos jurídicos vocacionados a suspender, caso necessário, a execução da pena, como as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ou a ação constitucional do *habeas corpus*. De uma forma ou de outra, “mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos”.³⁷

Assim, com base nesses argumentos, o ministro Teori Zavascki, ao votar pela denegação da ordem de *habeas corpus*, reavivou o antigo entendimento da Suprema Corte, concluindo que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, entendimento este acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, com os quais se formou maioria.

Considerando que a decisão proferida no HC n.º 126.292/SP gerou efeito somente entre as partes do processo, por se tratar de um caso concreto, não produziu eficácia contra todos e efeito vinculante e, por conta disso, não afetava todos os casos semelhantes, o que fez com que alguns ministros – que gozam de plena autonomia em suas decisões monocráticas – decidissem em sentido contrário ao que foi deliberado pela maioria no plenário da Corte e, em sede de *habeas corpus*, determinavam a suspensão da execução provisória da pena³⁸. Por outro lado, os tribunais do país, de modo geral, após a confirmação da condenação em sede de apelação, passaram a determinar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, com base no que foi decidido no HC n.º 126.292/SP, o que resultou em um

36 Idem.

37 Idem.

38 Cfr. BRASIL. STF. HC n.º 135.100/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Liminar deferida em 01.07.2016

quadro de extrema instabilidade e insegurança jurídica, que passou a grassar no país, além de suscitar críticas veementes da doutrina.

Neste sentido, o Professor Lênio Luiz Streck asseverou que o STF, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, teria reescrito a Constituição Federal e, com isso, aniquilado a garantia fundamental da presunção de inocência, já que este julgamento teria se revelado um equívoco, pois o Alto Pretório havia julgado inconstitucional o próprio texto constitucional.³⁹

Ainda, segundo Streck, essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, porquanto a matéria foi levada ao plenário da Corte. Entretanto, relata que não houve declaração incidental, visto que teria sido uma interpretação da Constituição e, ao que parece, a Corte Suprema não declarou a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo do Código de Processo Penal. E é aí que residiria o problema, pois não seria possível ignorar a clareza do texto do artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação é do ano de 2011, o qual estabelece que 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.⁴⁰

A par disso, o voto do ministro Teori Zavascki, relator do feito, não se vislumbraria qualquer menção ao artigo 283, CPP, o que levaria a concluir que tal dispositivo legal ainda está em pleno vigor. O voto do ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, vai de encontro ao raciocínio construído pelo próprio ministro no julgamento da Reclamação n.º 2.645/SP, quando ainda era ministro do Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que, ao proferir o seu voto, entendeu que seria inadmissível negar aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade. Ocasão em

39 STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>

40 Idem.

que proclamou que: “tenho absoluta tranquilidade para dizer que o artigo 283 continua válido. Logo, aplicável”⁴¹

Diante desse quadro, forçoso era concluir que, para que o impasse instaurado fosse dirimido, o caminho seria a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por meio da qual o STF teria que dizer, afinal, se o artigo 283, CPP, é constitucional ou não, já que, naquele momento, a dicotomia era manifesta: um dispositivo do Código de Processo Penal válido e uma decisão do STF sinalizando em sentido contrário.

Dentro desse contexto, a Suprema Corte deu início ao julgamento conjunto das ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e Partido Comunista do Brasil (P C do B), oportunidade em que a Corte se debruçou a respeito da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que prevê, dentre as condições para a prisão, o trânsito em julgado do título condenatório, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, plasmado no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna. Na oportunidade, o ministro Marco Aurélio, relator, fez a leitura do relatório, com o resumo das alegações apresentadas em cada uma das ações e um breve histórico de sua tramitação. Em seguida, foram ouvidos os advogados dos autores das ADCs e os representantes das entidades admitidas pelo relator.

Retomado o julgamento, em 23 de outubro de 2019, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência dos pedidos formulados nas ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentando a constitucionalidade do artigo 283, CPP. Ao justificar o seu posicionamento contrário à execução provisória da pena, o ministro afirmou que “a execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão”⁴². A respeito do

41 Idem.

42 BRASIL. STF. ADC n.º 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC n.º 44/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em

teor do artigo 5º, inciso LVII, do Estatuto Maior, consignou que “o dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”.⁴³ Em arremate, registrou que “urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso”⁴⁴

Na mesma assentada, o ministro Alexandre de Moraes, ao inaugurar a divergência, afirmou que é possível a execução provisória da prisão, sob o argumento de que o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância não afronta o princípio da presunção da inocência, que, a seu ver, trata-se de “uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no artigo 9º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Prosseguindo, vaticinou que a presunção de inocência pressupõe que toda condenação deve ser precedida de uma atividade probatória produzida pela acusação, sendo vedada, taxativamente, a condenação desacompanhada das necessárias provas, “devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio”. A par disso, destacou que “a decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o ‘juízo de consistência’, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade”.

Assim, ao se exigir o trânsito em julgado ou o julgamento de recurso especial pelo STJ ou de recurso extraordinário pelo STF para, somente a partir de então, iniciar a execução da pena aplicada, mesmo após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal, “seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma

07.11.2019, publicado em 11.11.2019; ADC n.º 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2019, publicado em 11.11.2019.

43 Idem.

44 Idem.

aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional”. Com base nessas premissas, votou pela parcial procedência dos pedidos gizados nas ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, no sentido de conceder interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 283, CPP, de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por tribunal de segundo grau de jurisdição.

O ministro Luiz Roberto Barroso, ao acompanhar a divergência, salientou que, do exame minucioso dos incisos LVII e LXI do Constituição Federal, é possível verificar que “o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. Daí dizer que a regra para decretação da prisão é a reserva de jurisdição, e não o trânsito em julgado. Ademais, pontificou que a presunção da inocência, por se tratar de um princípio, e não de uma regra absoluta, está sujeita à ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais, logo, “na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência”. Outrossim, averbou que, no momento em que se dá a condenação do réu em segunda instância, são estabelecidas algumas certezas jurídicas, tais como a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas, de modo que postergar de modo infundado a prisão do condenado “estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal”.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin, ao votar pela improcedência dos pleitos formulados nas ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, assentou que, diante da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especiais, “não faria sentido se exigir que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação”. Sendo assim, entendeu que “a interpretação que dá eficácia à sentença condenatória tão logo

confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”.

A Ministra Rosa Weber, ao manifestar entendimento contrário à execução provisória do acórdão condenatório e, por consequência, acompanhar o voto do relator, ponderou que “o artigo 5º, LVII, da CF, enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar”. Logo, em face da regra expressamente veiculada pelo constituinte, que estabelece o trânsito em julgado como termo final da presunção de inocência, momento em que é possível infringir os efeitos da atribuição da culpa ao acusado, “não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém”. Ainda segundo a ministra, afora as hipóteses de prisão cautelar, delineadas no artigo 312, CPP, a prisão-pena tem como pressuposto a formação da culpa e, segundo o que dispõe a norma do artigo 5º, inciso LVII, da CF, só poderá irradiar seus efeitos normativos a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que, “gostemos ou não, esta é a escolha político-civilizatória manifestada pelo poder constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos”

O Ministro Ricardo Lewandowski, ao seguir o voto do relator, ressaltou que, se aos deputados e senadores, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são democraticamente investidos, é vedado suprimir ou minimizar a presunção de inocência, cristalizada na Constituição Federal de 1988, “com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, uma vez que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas”. Ademais, sublinhou que, após a guinada jurisprudencial realizada pela Corte no julgamento do HC n.º 126.292/SP, em 17.02.2016, muitos decretos de prisão foram emitidos, após decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, violando a regra do artigo 5º, inciso LXI, da Lei Maior, ressaltando também que “esse retrocesso

jurisprudencial mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, particularmente daqueles que militam na área acadêmica”.

Em contrapartida, O Ministro Luiz Fux, ao defender a possibilidade de execução provisória da pena após confirmação da sentença em segunda instância, asseverou que o princípio da presunção da inocência não possui qualquer vinculação com a prisão. Segundo ele, o artigo 5º, inciso LXI, do Estatuto Fundamental, garante ao acusado provar a sua inocência até o trânsito em julgado, porém, “à medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma gradação”. No mesmo contexto, o ministro entendeu salutar a manutenção do entendimento deflagrado pelo STF no julgamento do HC n.º 126.292/SP, em homenagem ao princípio da segurança. “Nós estamos aqui desde 2016 dizendo: essa regra é salutar, ela evita a impunidade, e agora nós vamos mudar por quê? Qual a razão de se modificar a jurisprudência?”.

A ministra Cármen Lúcia, acompanhou a divergência e, assim, votou a favor da prisão após condenação em segunda instância, alegando que “a eficácia do direito penal se afirma, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade” Essa certeza da impunidade, na esteira da ministra, não é nutrida pelos mais pobres, e sim por aqueles mais abastados, que dispõem de meios “para usar, ou até para abusar, de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar de responder pelo delito e prostrar o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram como consequência do delito”.⁴⁵

Na condição de decano da Corte, o ministro Celso de Mello, na mesma linha de suas manifestações pretéritas, aderiu ao voto do relator e, com isso, votou pela impossibilidade de execução antecipada da pena de prisão. Em suas razões, assentou que as sanções impostas a qualquer condenado dependem, para a sua efetivação, do trânsito em julgado do título condenatório que as aplicou, haja vista que

45 Idem.

a garantia constitucional da presunção da inocência “impede o Poder Público de agir e de comportar-se em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário”. Outrossim, pontificou que a presunção de inocência “repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente”. Em complemento, o ministro consignou que a repulsa à presunção de inocência “não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada pela Constituição da República e que se mostra, por isso mesmo, absolutamente indevida e arbitrária”.⁴⁶

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes – que, no ano de 2009, no julgamento do HC n.º 84.078/MG, havia manifestado entendimento favorável à prisão em segunda instância, o que foi repetido por ele em 2016 no julgamento do HC n.º 126.292/SP –, votou contra a execução provisória de acórdão condenatório de segundo grau, em consonância com o voto do relator, aduzindo que a mudança de entendimento hoje resulta do “desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016”⁴⁷, porquanto os tribunais não compreenderam que a Corte, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena, e não obrigatoriedade. “Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após condenação em segunda instância seria possível, mas não imperativa”.⁴⁸

Já o ministro Dias Toffoli, na condição de presidente do STF, responsável pelo desempate no julgamento que se encontrava cinco votos a cinco, decidiu pela impossibilidade de cumprimento da prisão em segunda instância. Conforme ponderou, a prisão lastreada unicamente em condenação penal só pode ser decretada após o trânsito em julgado, sendo essa a vontade do legislador quando da edição da Lei n.º 12.403/2011, que alterou a redação do artigo 283, CPP. Logo, a norma não carece de

46 Idem.

47 Idem.

48 Idem.

interpretação conforme a Constituição, mas sim como prevista na Constituição. Ainda de acordo com o ministro, o Congresso Nacional possui autonomia para alterar esse dispositivo e definir o momento da prisão. A única exceção, enfatizou, é a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, que, segundo preconiza a Lei Maior, é soberano em seus veredictos.⁴⁹

Com isso, o Supremo Tribunal Federal julgou procedentes os pedidos aduzidos nas ações para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, afastando assim a possibilidade do cumprimento antecipado da pena de prisão sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reformulando então o entendimento firmado em 2016 no julgamento do HC n.º 126.292/SP e reavivando o precedente gizado no HC n.º 84.078/MG, de 2009, só que agora com toda a carga de efeitos do controle concentrado (artigo 102, § 2º, CF) – efeito vinculante e eficácia contra todos.⁵⁰

49 Idem.

50 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 275-290

CAPÍTULO IV CONCLUSÃO

O valor normativo hierárquico da Constituição Federal faz dela um parâmetro obrigatório de todos os demais dispositivos legais do ordenamento jurídico. Por consequência, a validade da norma dependerá da sua conformidade constitucional, que deve ser compreendida em seu conjunto de valores principiológicos. Nesse sentido, a presunção de inocência deve ser referendada como uma imprescindível garantia constitucional do indivíduo no processo penal, restando perfectibilizada na necessidade de ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para efetivação da prisão. Seja como 'norma de tratamento', como 'norma probatória' ou como 'norma de juízo' (ou também como 'regra de fechamento'), a presunção de inocência caracteriza-se como regra imutável e, portanto, não estando suscetível a criações interpretativas do alcance de seu conteúdo.

O acesso aos recursos até o trânsito em julgado é uma garantia processual estampada na Constituição Federal, um direito fundamental inegociável de todo o acusado que se vê constantemente afetado por trajetórias jurisprudenciais oscilantes de postulados basilares de nosso ordenamento jurídico. Diante de tal compreensão, evidencia-se a grave insegurança jurídica resultante das decisões da maioria dos Ministros da Suprema Corte no Habeas Corpus nº 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, que a partir de uma errônea interpretação acerca do princípio da presunção de inocência, bem como de uma inadequada comparação com ordenamentos jurídicos de outros países, acabaram por fulminar o indispensável estado de inocência do cidadão no processo penal.

Por fim, após três décadas de posições oscilantes, em função de mudanças em sua composição, sob o aspecto jurídico, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento das ADCs n.º 43/DF, 44/DF e 54/DF, no final do ano de 2019, ao decidir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102, § 2º, CF), pelo descabimento da execução provisória da pena privativa de liberdade, pôs fim a um impasse que reinava na ordem jurídica do país, o qual gerava instabilidade e insegurança jurídica deflagradas pela própria Corte, já que suas

manifestações anteriores haviam se dado no controle difuso, notadamente no julgamento de *habeas corpus*, sendo, deste modo, desprovidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.

Por outro lado, considerando que as decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade vinculam somente o próprio Judiciário e o Executivo, tem-se que o Poder Legislativo, cujos membros foram investidos pelo voto popular, poderá promulgar, se quiser, uma proposta de emenda constitucional (PEC) tendente a permitir a prisão em segunda instância, ou limitar os recursos às Cortes Superiores com reforma na legislação infraconstitucional, desde que as proposições legislativas em tela não afetem as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, CF) e nem tampouco o núcleo duro dos direitos e garantias fundamentais. Assim, em princípio, a discussão, doravante, continuará na arena político-democrática, que é o *locus* apropriado para a deliberação quanto à viabilidade ou não da execução provisória da pena de prisão a partir da segunda instância.

No mais, também não se pode olvidar – e o legislador certamente atentará a isso – que os processos criminais que tramitam nas cortes judiciárias do país, sobretudo nas instâncias superiores, padecem de excessiva lentidão, dada a gama de recursos endereçados aos tribunais superiores, justamente para procrastinar o andamento da ação penal e, dessa forma, adiar o início da execução da pena e obter eventual prescrição da pretensão punitiva (ou até executória), além de decorrerem das falhas na organização administrativa do Poder Judiciário (falta de juízes, de servidores e de gestão eficiente), afrontando assim o princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF) e, ao mesmo tempo, despertando uma intolerável sensação de impunidade no seio da coletividade. Por conta disso, a interpretação da Constituição e das normas penais e processuais penais tem sido pressionada por exigências de efetividade.

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 9. ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, (p. 34).

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte geral: arts. 1 a 120 – v. 1 – 27. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (p. 81).

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Presunção de Inocência e execução provisória da pena no Brasil: uma análise crítica e impactos na oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 6ª Ed. Trad.: Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, (p. 441).

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoria del garantismo penal. Trad. Prefecto Andrés Ibáñez et. At. Madrid: Trotta, 2001 (p. 549)

GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal / organizadores Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina... [et al.]. –2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paul: Thomson Reuters Brasil, 2021. (p.354)

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad. José Lamego. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. (p. 556)

LOPES JR, Aury. Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar. Direito fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional. 3 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004 (p. 461).

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

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. (p. 163)

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. in Boletim Científico ESMPU, Brasília, 2017, a. 16 – n. 50, (p. 207 a 232).