

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

FERNANDA MARIA DE SOUZA MARTINS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: análise da decisão da Suprema Corte no
Habeas Corpus 126.292/SP sob a ótica do Princípio da Presunção de Inocência**

**Três Pontas
2016**

FERNANDA MARIA DE SOUZA MARTINS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: análise da decisão da Suprema Corte no
Habeas Corpus 126.292/SP sob a ótica do Princípio da Presunção de Inocência**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob
orientação do Prof. Me. Evandro Marcelo dos Santos.

**Três Pontas
2016**

FERNANDA MARIA DE SOUZA MARTINS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: análise da decisão da Suprema Corte no
Habeas Corpus 126.292/SP sob a ótica do Princípio da Presunção de Inocência**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca
examinadora composta pelos membros

Aprovado em / /

Prof. Me. Evandro Marcelo dos Santos

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Dedico minha monografia aos meus pais e a minha irmã pelo amor dispensado durante todo o tempo, ao meu namorado pelo carinho e por sempre me auxiliar e apoiar, a minha querida família e aos meus amigos pela torcida e a todos aqueles que contribuíram na elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por mais essa etapa vencida. Agradeço também aos meus amados pais e a minha amada irmã pelo carinho e apoio, e por permanecerem sempre comigo, vocês são fundamentais na minha vida, a minha família e aos meus queridos amigos por estarem sempre presentes ao meu lado. Agradeço de forma especial ao meu namorado, por tudo que sempre fez por mim, principalmente pelo amor e incentivo em todos os momentos e também pela paciência, contribuição e auxílio no desenvolvimento deste trabalho. Agradeço ainda ao meu orientador, aos meus professores e a todos aqueles que tornaram possível a realização dessa monografia. Muito obrigada a todos vocês.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.”

Theodore Roosevelt

RESUMO

Essa monografia, tem como principal objetivo averiguar a (in)constitucionalidade da decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, no dia 17 de fevereiro de 2016. Tal decisão, ocasionou uma mudança na orientação jurisprudencial da Suprema Corte, pois a partir desse julgamento, a Casa passou a entender que a execução provisória da sentença penal condenatória não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência assegurado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Assim, a fim de analisá-la, o presente trabalho, comporta em seu conteúdo um breve relato acerca dos direitos fundamentais, uma vez que o aludido princípio da presunção de inocência consiste em uma garantia fundamental do acusado no processo penal. Além do mais, objetivando explorar profundamente a deliberação do Supremo Tribunal Federal, integra o corrente estudo, o conceito do referido princípio, bem como, demonstra-se de maneira sintética seu histórico, e ainda discorre-se sobre seu status de clausula pétrea, sobre sua proteção por meio do artigo 283 do Código Penal e sobre seu marco temporal final (o transito em julgado), elencando, por fim, algumas jurisprudências a título de demonstração de sua aplicação. Logo após, disserta-se, sobre a referida mudança da orientação jurisprudencial da Corte, apresentando um sucinto resumo do caso concreto que deu origem ao julgamento, uma rápida explanação acerca dos votos e da decisão dos ministros no citado habeas corpus, arrolando, ao final, alguns recentes entendimentos jurisprudências dos tribunais brasileiros decorrentes dessa decisão.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Execução Provisória da Pena. Trânsito em Julgado. Habeas Corpus. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This monograph aims to determine the (in) constitutionality of the decision of the plenary of the Supreme Court, the judge Habeas Corpus 126,292 / SP, on 17 February 2016. This decision led to a change in the case law of the Supreme cut, as from that judgment, the House has to understand that the provisional execution of the criminal sentence does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence guaranteed by Article 5, paragraph LVII of the Constitution. Thus, in order to analyze it, this work holds in its content a brief report on fundamental rights, since the aforementioned principle of the presumption of innocence is a fundamental guarantee of the accused in criminal proceedings. Moreover, aiming to deeply explore the decision of the Supreme Court, part of the current study, the concept of the principle, and shows up synthetically its history, and still talks about his status entrenchment clause on their protection through Article 283 of the Criminal Code and on its final timeframe (the final and unappealable decision), listing, finally, some case law as a demonstration of your application. Soon after, lectures is, on that change the case law of the Court, presenting a brief summary of the case that gave rise to the judgment, a quick explanation about the votes and the ministers decision in that habeas corpus, listing at the end, recent case law understandings of Brazilian courts from such decision.

Keywords: *Presumption of Innocence. Implementation Provisional Pena. Judged in transit. Habeas Corpus. Federal Court of Justice.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	13
3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	15
3.1 Esforço Histórico.....	16
3.2 O Princípio como Cláusula Pétrea da Constituição Federal	18
3.3 A Proteção Infraconstitucional do Princípio via Artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro	19
3.4 O Princípio e o Marco Temporal do Trânsito em Julgado	20
3.5 Jurisprudências Decorrentes da Aplicação do Princípio.....	22
4 A MUDANÇA NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	25
5 O HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO	28
5.2 Sucinto Exame do Caso Concreto.....	28
5.3 Análise Sintética do Voto dos Ministros no Julgamento.....	29
5.3.1 O Senhor Ministro Teori Zavascki.....	30
5.3.2 O Senhor Ministro Edson Fachin	31
5.3.3 O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso.....	32
5.3.4 A Senhora Ministra Rosa Weber	34
5.3.5 O Senhor Ministro Luiz Fux	35
5.3.6 A Senhora Ministra Cármen Lúcia	36
5.3.7 O Senhor Ministro Gilmar Mendes	36
5.3.8 O Senhor Ministro Marco Aurélio	38
5.3.9 O Senhor Ministro Celso de Mello	39
5.3.10 O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski	40
5.4 A Decisão do Supremo Tribunal Federal	41
6.5 Jurisprudências Decorrente da Decisão da Suprema Corte	42
9 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, tem por finalidade analisar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP.

Nesse julgamento, a Suprema Corte, contrapõe o princípio constitucional da Presunção de Inocência ou da não culpabilidade e a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória, após sua confirmação em segunda instância recursal, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão.

Todavia, antes de adentrar efetivamente no objeto deste estudo, cumpre esclarecer alguns pontos relevantes que envolvem o aludido tema.

Primeiramente, cabe elucidar que o princípio constitucional da presunção de inocência, também denominado de princípio da não culpabilidade - previsto historicamente em diversos diplomas internacionais de direitos humanos - consiste em um direito fundamental.

Desse modo, equivale-se a uma garantia essencial à proteção da pessoa humana, assegurada expressamente pela Carta Magna Brasileira, em seu expressivo rol de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV).

Portanto, o princípio da não culpabilidade, não pode ser objeto de deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a aboli-lo. Subsistindo imune a qualquer reforma constitucional, tornando-se assim, imutável durante toda a vigência da Carta Política.

O citado princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, também encontra respaldado no artigo 283 do Código de Processo Penal. Sendo que seu principal objetivo é garantir ao acusado de praticar um ilícito penal, o direito de não ser considerado culpado até que sua sentença penal condenatória transite em julgado.

Salienta-se, ainda, que o princípio da presunção de inocência visa tutelar a liberdade individual do acusado, assegurando que este, no processo penal, não receba tratamento equivalente ao de um condenado, impedindo assim, a execução provisória de sua pena.

Neste sentido era o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que desde 2009 condicionava a execução da sentença penal condenatória, ao trânsito em julgado da decisão. Visto que entendia que o princípio da não culpabilidade obstava a execução provisória da pena confirmada apenas em segunda instância.

No entanto, o Plenário da Suprema Corte, ao julgar o supracitado Habeas Corpus, modificou seu entendimento, ao delimitar que após a confirmação da condenação em segunda instância recursal, é possível executar provisoriamente a sentença penal condenatória.

Pois na visão da maioria dos ministros da Casa, a execução antecipada da pena, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, uma vez que a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância põe fim à apreciação dos fatos e das provas que corroboram a condenação do acusado.

Entretanto, a mudança na orientação jurisprudencial da Suprema Corte, altera o dispositivo constitucional – delimitado como imutável pela própria Constituição da República – e o preceito infraconstitucional que resguardam o princípio da presunção de inocência.

Por conseguinte o que se pretende com a presente monografia é avaliar a (in)constitucionalidade desta decisão, transitando pelos direitos fundamentais, explorando o princípio constitucional da presunção de inocência, averiguando o voto dos Ministros no aludido julgamento dentre outros assuntos que serão abordados neste estudo.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme foi demonstrado, o presente estudo tem como propósito analisar a decisão da Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP, todavia, antes de adentrar efetivamente no tema aventado, faz-se necessário examinar algumas breves considerações acerca dos mencionados direitos fundamentais.

Esses direitos consistem em garantias indispensáveis a proteção da pessoa humana, asseguradas expressamente pelas normas Constitucionais dos Estados.

Tais garantias são majoradas de acordo com as necessidades de cada momento histórico, por este motivo, nem sempre permanecem as mesmas.

A consolidação desses direitos em normas constitucionais positivadas foi resultado de uma intensa e morosa evolução (tanto jurídica, quanto política) da humanidade ao longo de diversos anos.

Segundo os ensinamentos dos doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, os direitos fundamentais “[...] vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece.” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 100).

Ademais, a doutrinadora Nathalia Masson, ao discorrer sobre o tema, leciona que:

[...] a incontestável evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza de que inexistia outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição. (MASSON, 2015, p.189).

Nesse mesmo sentido, os doutrinadores, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, alegam que:

[...] o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 143).

Assim, constata-se que os direitos fundamentais, constituem o ponto central de proteção da dignidade da pessoa humana, pois formam a base do ordenamento jurídico de um

Estado Democrático, sendo os princípios basilares da estrutura Constitucional dos Estados, representando o progresso alcançado pelo Direito Constitucional.

Seguindo essa linha de raciocínio, a citada autora Nathalia Masson, ressalta que:

[...] perceber que os valores mais caros à humanidade merecem ser organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento, bem como reconhecer a Constituição enquanto documento supremo do ordenamento jurídico, justifica a estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais arquitetada nos moldes atuais. (MASSON, 2015, p. 189).

Isto posto, cumpre mencionar os ensinamentos do renomado jurista Paulo Bonavides, ao lecionar em sua obra que:

[...] a Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez porém sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo. (BONAVIDES, 2014, p. 560).

Portanto, verifica-se que o constituinte brasileiro reconheceu os direitos fundamentais como elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, motivo pelo qual, considerou ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 579).

Neste sentido são as disposições do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, veja-se:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 [...] **§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:**
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.
 [...] (BRASIL, 2016, p. 43, grifo nosso).

Assim, pode-se afirmar que os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal Brasileira são imutáveis, ou seja, imunes a qualquer reforma que pretenda suprimi-los.

Portanto, observa-se que a Carta Política de 1988 resguarda a todos cidadãos o respeito necessário às garantias indispensáveis a dignidade da pessoa humana¹ - princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

2.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988²

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, elencam uma série de normas de proteção aos indivíduos, delimitadas como imutáveis por seu artigo 60, §4º, IV.

Os mencionados direitos, encontram-se dispostos no Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da CF/88, subdividindo-se em cinco capítulos: “I – dos direitos e deveres individuais e coletivos; II – dos direitos sociais; III – da nacionalidade; IV – dos direitos políticos e V – dos partidos políticos”.

Os direitos e deveres individuais e coletivos estão diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, englobando principalmente os direitos fundamentais de primeira geração, as denominadas liberdades negativas, previstas no artigo 5º da Constituição Federal.

Os direitos sociais estão elencados nos artigos 6º a 11 da Carta Magna, sendo disciplinados ainda em diversos outros dispositivos constitucionais. Tais direitos constituem as chamadas liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de direito, tendo por principal objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material ou substancial.

Os direitos de nacionalidade cuidam do vínculo jurídico-político existente entre o indivíduo e o Estado, garantindo proteção e impondo o cumprimento de certos deveres aos cidadãos. Tais direitos são disciplinados pelos artigos 12 e 13 da Constituição da República.

Os direitos políticos são um conjunto de regras que disciplinam o modo de atuação da soberania popular, previstas nos artigos 14 a 16 da Constituição Brasileira, tendo por finalidade

¹ Segundo os ensinamentos de Alexandre de Moraes, a Dignidade da Pessoa Humana “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”. (MORAES, 2014, p. 18).

² Esse capítulo foi integralmente baseado no tópico “Os Direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988 – Aspectos gerais” da obra “Direito Constitucional Descomplicado” dos doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino.

assegurar ao indivíduo a liberdade de participação política no Estado, conferindo-lhe os atributos da cidadania.

Por fim, os direitos dos partidos políticos regulamentados pela Constituição em seu artigo 17, garantem a existência, organização e a participação dos partidos, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo, visando resguardar o Estado Democrático de Direito.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao disciplinar os direitos fundamentais, assegura um significativo elenco de garantias essenciais a dignidade de todo ser humano.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tendo visto estas sucintas considerações a respeito dos direitos e garantias fundamentais, passa-se à análise do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

A Carta Magna Brasileira, garante no mencionado artigo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (BRASIL, 2016, p. 23).

O aludido princípio, consiste em um direito fundamental, que garante ao acusado o direito de não ser declarado culpado até a sentença condenatória transitar em julgado.

Neste sentido, o autor Renato Brasileiro de Lima, afirma que o princípio da não culpabilidade:

[...] consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2011, p. 50, grifo nosso).

Complementando esse raciocínio, Pedro Lenza (2015, p. 1728) aduz que deve-se inverter o “ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa.”

Acompanhando essa linha de pensamento, o doutrinador Alexandre de Moraes (2014, p.123) afirma que a presunção de inocência é “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente.”

Do mesmo modo, os escritores Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, lecionam que:

[...] o princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 7).

Portanto, pode-se dizer que a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade, assegura ao acusado o respeito à dignidade da pessoa humana, tutelando sua liberdade individual, sendo considerada o princípio reitor do processo penal.

Assim a finalidade da presunção de inocência é impedir que o acusado, seja tratado como condenado definitivo, em razão da possibilidade de alteração da decisão judicial com o conseqüente reconhecimento de sua inocência. (LOPES JÚNIOR e BADARÓ, 2016, p. 23).

Neste ponto, ressalta-se a lição dos mencionados autores, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, ao afirmar que:

[...] a presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. O estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 8).

Ressalta-se ainda, os ensinamentos do doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho, ao lecionar brilhantemente em sua obra que:

[...] se não déssemos ao princípio da inocência tal interpretação - que era o mínimo -, estar íamos admitindo a existência de palavras inúteis no texto constitucional. E a expressão contida no inc. LVII do art. 5º da Magna Carta não passaria de mera excrescência jurídica. Para que serviria, então, proclamar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”? Trata-se, a toda evidência (para que não haja ultraje ao legislador constituinte), de um direito do cidadão. E direito fundamental, posto que inserido no art. 5º da Lei Maior. Direito a quê? Direito de ver respeitada a sua liberdade ambulatoria - Direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela. Direito de não sofrer a punição antecipadamente, Esse o real sentido da expressão “presunção de inocência”, e, de fato, a exigência de cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado implica verdadeira antecipação de pena. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 98-99).

Sendo assim, resta claro que o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade impede a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, garantindo que o acusado seja tratado como inocente enquanto tramitar o processo penal.

3.1 Histórico³

Após a análise do princípio da presunção de inocência, é necessário ressaltar que este instituto foi previsto em diversos diplomas internacionais de direitos humanos, por esse motivo

³ Esse capítulo foi baseado na obra “Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais” do escritor Fernando Brandini Barbagalo e no parecer elaborado pelos autores Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, intitulado de “Presunção de Inocência: Do conceito de Trânsito em Julgado da sentença penal condenatória”.

faz-se necessário verificar seu histórico e sua forma de existência em outros ordenamentos jurídicos.

De acordo com alguns doutrinadores, existem fragmentos do que hoje é considerado o princípio da presunção de não culpabilidade, na legislação da Grécia antiga e também no Direito Romano.

Entretanto, para a maioria da doutrina que trata do tema, o princípio, nasceu com a Revolução Francesa, sendo positivado no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 26 de agosto de 1789 assegurando que “Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei”. (BARBAGALO, 2015, p. 38).

Após foi positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, que prevê em seu artigo XI, 1 que: “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.” (BRASIL, 2016, p. 1942).

Em breve consideração acerca das declarações citadas acima, o doutrinador Leonir Batisti citado pelo escritor Fernando Brandini Barbagalo, ensina que:

[...] houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo. (BATISTI, 2009, p. 34 apud BARBAGALO, 2015, p. 39-40).

Ainda, no âmbito das organizações regionais, a Convenção Europeia de direitos Humanos, aprovada em 4 de novembro de 1950, dispõe em seu artigo 6º, 2, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. (BARBAGALO, 2015, p. 39).

Ademais, em 16 de dezembro de 1966, estabeleceu-se no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela Assembleia geral das Nações Unidas, que determina em seu artigo 14, 2 que: “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (BARBAGALO, 2015, p. 39).

De forma correlata, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de dezembro de 1969, adotada no âmbito dos Estados Americanos,

igualmente garante, em seu artigo 8º, 2, 1ª parte que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” (BRASIL, 2016, p. 1983-1984).

Portanto, percebe-se que a garantia da presunção de não culpabilidade, após sua primeira positivação, passou a compor diversos diplomas jurídicos que vieram a ser editados pelos principais organismos internacionais, alterando a existente presunção de culpabilidade.

3.2 O Princípio como Cláusula Pétrea da Constituição Federal

Como mencionado anteriormente, o princípio constitucional da presunção de inocência é imutável, possuindo, portanto, status de cláusula pétrea.

Todavia, antes de analisar o aludido princípio enquanto cláusula pétrea da Constituição Federal, faz-se necessário uma breve explanação acerca destas.

As cláusulas pétreas determinam que algumas matérias não podem ser alteradas nem mesmo por proposta de emenda à Constituição tendentes a aboli-las. Tais matérias são: “a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias fundamentais.” (BRASIL, 2016, p. 43).

Seguindo essa linha de pensamento, os doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, lecionam que:

[...] o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 130).

Neste mesmo sentido, Alexandre de Mores citando Gilmar Ferreira Mendes ensina em sua obra que:

[...] tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição. (MENDES, 1990, p. 95 apud MORAES, 2014, P. 684).

Complementando esse raciocínio, os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicam em sua obra “Direito Constitucional Descomplicado” que:

[...] a intenção do legislador constituinte foi afirmar, com veemência, a impossibilidade de aprovação de proposta que afronte cláusula pétrea, impedindo até mesmo que ela seja levada à deliberação nas Casas do Congresso Nacional, dada a gravidade de tal condutada, atentatória á supremacia de nossa Carta Política. (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 627).

Tais doutrinadores ainda acrescentam que “[...] ao apontar as matérias protegidas com o manto de cláusula pétrea, o legislador constituinte gravou com essa cláusula assecuratória os direitos e garantias individuais” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 630).

Portanto, como o princípio constitucional da presunção de inocência, encontra-se previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, nenhuma proposta de emenda à constituição pode aboli-lo, uma vez que este princípio constitui uma cláusula pétrea da Carta Magna.

Dessa forma, nem mesmo o constituinte derivado, pode suprimir tal princípio, pois este deve permanecer imutável durante toda a vigência da Constituição Federal de 1988.

3.3 A Proteção Infraconstitucional do Princípio via Artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro

Apresentado o status de cláusula pétrea do referido princípio, passa-se ao exame da garantia da presunção de inocência conferida pelo Código de Processo Penal.

Conforme foi visto, o princípio da presunção de não culpabilidade, encontra-se assegurado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, no entanto o artigo 283⁴ do Código de Processo Penal, também garante o aludido princípio ao dispor que:

Art. 283. **Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. [...] (BRASIL, 2016, p. 424, grifo nosso)

Percebe-se assim, que a execução provisória da pena é vedada pelo Código de Processo Penal Brasileiro, ao instituir expressamente o marco do trânsito em julgado para que se ocorra a prisão decorrente de decisão condenatória.

⁴ A Lei 12.403/2011 conferiu a esse dispositivo legal sua atual redação, para torna-lo compatível com a previsão da Constituição Federal de 1988 e o orientação jurisprudencial dos tribunais superiores.

Pois da simples leitura do supracitado dispositivo legal, infere-se que ninguém poderá ser preso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, excepcionadas as medidas cautelares elencadas no próprio artigo.

Portanto, o princípio constitucional da presunção de inocência, subsiste positivado tanto pela legislação constitucional, quanto pela legislação infraconstitucional. Neste sentido, Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz e Marcus Vinícius Fernandes Bastos relatam que:

[...] o art. 283 do Código de Processo Penal mostra-se [...] absolutamente consentâneo com nossa sofrida história constitucional [...] como densificação normativa adequada da garantia prefigurada no art. 5º, LVII, da Constituição, que formalmente prescreve o trânsito em julgado como único momento possível a ensejar a execução da pena de prisão. É absolutamente constitucional [...] referido dispositivo legal. (NETTO; TOMAZ; BASTOS, 2016, p. 55-56).

Averiguando-se assim, que a execução antecipada da sentença penal condenatória é vedada em âmbito constitucional e infraconstitucional. Pois o Código de Processo Penal garante efetivamente ao acusado o direito de não ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da decisão, conforme o previsto no mencionado artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

3.4 O Princípio e o Marco Temporal do Trânsito em Julgado

Delimitadas as normas que resguardam o princípio da presunção de inocência, investiga-se o marco temporal final de sua aplicação, qual seja: o trânsito em julgado.

Sobre este instituto, os doutrinadores Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, ao citarem a obra de José Carlos Barbosa Moreira, ensinam que:

[...] por 'trânsito em julgado' entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. (MOREIRA, 1971, p. 145 apud LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 18)

Deste modo, o trânsito em julgado da sentença, impossibilita a modificação da decisão, tornando-a imutável, surgindo assim, a figura da coisa julgada material. Cumpre esclarecer que para o surgimento da coisa julgada material é necessário o esgotamento do arcabouço recursal trazido pelo direito brasileiro ou a satisfação de ambas as partes com a decisão proferida.

Analisando o referido tema, agora sob a ótica do direito processual penal, Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz e Marcus Vinícius Fernandes Bastos (2016, p. 38)

ensinam que “[...] o único marco temporal capaz de ensejar a prisão do condenado no processo penal é o trânsito em julgado da decisão – o qual, por sua vez, se mostra como o único marco temporal apto a ensejar o início do cumprimento da pena de prisão.”

No mesmo sentido, ressalta-se a lição dos citados autores Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró ao afirmarem que:

[...] em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ [...] com o trânsito em julgado da decisão condenatória. [...] No nosso sistema, com o marco constitucional da presunção de inocência vinculada ao trânsito em julgado, é somente neste momento que se pode considerar ‘estar provada a culpa’. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 20).

Os mesmos escritores ainda argumentam que “[...] para a garantia da presunção de inocência foi estabelecido, como marco temporal final de sua aplicação, o momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito que se presuma a sua inocência “até o trânsito em julgado” da sentença penal condenatória.” (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 16).

Complementando esse raciocínio, José Cretella Júnior citado por Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, lecionam que:

[...] somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...) Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação. (CRETELLA JÚNIOR, 1990, p. 537 apud LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 17, grifo do autor).

Nessa mesma linha de raciocínio, é a lição do doutrinador Renato Brasileiro de Lima, ao afirmar que “a Constituição Federal, [...] é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam.” (LIMA, 2011, p. 51).

Assim, percebe-se que a legislação brasileira prevê incontestavelmente que o marco temporal final do princípio da não culpabilidade, consiste no trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sendo este o único momento capaz de afastar o estado inicial de inocência atribuído ao acusado no processo penal.

3.5 Jurisprudências Decorrentes da Aplicação do Princípio

Considerando todo o abordado em relação ao princípio da presunção de inocência, passa-se à análise de algumas jurisprudências decorrentes de sua aplicação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Primeiramente, evidencia-se as jurisprudências proferidas no julgamento de dois Habeas Corpus pela Suprema Corte, visando demonstrar seu posicionamento em relação ao princípio.

O primeiro Habeas Corpus de nº 105.879, julgado em 05 de abril de 2011, pela segunda turma do STF, aduz a seguinte ementa:

PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL. PRISÃO CAUTELAR, NA MODALIDADE PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL INSUFICIENTE PARA PREENCHER O CONTEÚDO MÍNIMO DA GARANTIA QUE SE LÊ NO INCISO IX DO ART. 93 DA CF. FUNDAMENTOS VAGOS, RETÓRICOS E REFUGADOS PELA AMPLA JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM CONCEDIDA. 1. A garantia da fundamentação dos julgamentos importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que o aprisionamento de alguém atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, **segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Até porque, no julgamento do HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena.** Na oportunidade, assentou-se que **o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não culpabilidade.** Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: “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” (inciso LXI do art. 5º). [...] 5. Ordem concedida para cassar o desfundamentado decreto de prisão cautelar; ressalvada a possibilidade de expedição de novo título prisional, embasado na concretude da causa. (BRASIL, STF. HC. 105.879/PE. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 2011, grifo nosso).

O segundo Habeas Corpus de nº 97.523, julgado em 30 de junho de 2009, pela primeira turma do STF, possui a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. RÉU QUE AGUARDOU EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECRETO DE PRISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. No julgamento do HC 84.078, da relatoria do ministro Eros Grau, o Plenário desta colenda Corte assentou, por maioria de votos, **a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isso por entender que o exaurimento das instâncias**

ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não culpabilidade. Direito individual que tem sua força quebrantada em uma única passagem da Constituição. Leia-se: “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” (inciso LXI do art. 5º). 2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e do art. 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, **que presume a não culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF). Não é de se confundir prisão provisória com execução provisória da pena, portanto. 3. Ordem concedida.** (BRASIL, STF. HC. 97.523/SP. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 2009, grifo nosso).

Após elencar as jurisprudências proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, analisa-se neste momento, a título de demonstração da orientação da casa, dois Habeas Corpus julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro Habeas Corpus de nº 324.273, julgado em 20 de agosto de 2015, pela quinta turma do STJ, traz a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. CONDENAÇÃO. **DEFERIMENTO AO RÉU DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.** PRISÃO DETERMINADA PELA CORTE A QUO APÓS O JULGAMENTO DO APELO INTERPOSTO PELO PARQUET. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. **INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. EXEGESE DO ART. 5.º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.** LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. **Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, em razão do disposto no inciso LVII do art. 5.º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.** 2. Tratando-se de paciente beneficiado com o direito de recorrer solto da condenação e que, por isso, permaneceu em liberdade durante o processamento da apelação interposta, resta caracterizado o constrangimento ilegal quando o Tribunal impetrado ordena a prisão cautelar antes do trânsito em julgado, sem indicar os motivos concretos pelos quais, após o julgamento do apelo interposto pela acusação, seria necessário o recolhimento do apenado ao cárcere, à luz do art. 312 do CPP. 3. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida caso se afigurem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP. (BRASIL, STJ. HC. 324.273/RJ. Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, 2015, grifo nosso).

O segundo Habeas Corpus de nº 271.316, julgado em 13 de agosto de 2013, pela sexta turma do STJ, possui a subsequente ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. **PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.** MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE

CONDENAÇÃO DEFINITIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA. 1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. **A expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.** 3. O pedido de absolvição não pode ser analisado na via eleita, sob pena de indevido revolvimento fático-probatório. Precedentes. 4. Ordem concedida em parte para, ratificada a liminar, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual. (BRASIL, STJ. HC. 271.316/SP. Rel.^a. Min.^a. Maria Thereza de Assis Moura, 2013, grifo nosso).

Por fim, salienta-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao julgar o Habeas Corpus, em 12 de agosto de 2015, a fim de ilustrar sua orientação em relação ao aludido princípio. Veja-se sua ementa:

HABES CORPUS - PACIENTE EM LIBERDADE - **EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - ORDEM CONCEDIDA.** I - Antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, toda prisão é reputada cautelar e, portanto, só pode ser decretada por imperativo de ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. II - **A Constituição da República consagra que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, motivo pelo qual, ante a ausência da coisa passada em julgado, incabível se torna a prisão do Paciente em caráter definitivo.** III - O colendo Superior Tribunal de Justiça e o excelso Supremo Tribunal Federal consolidaram o entendimento de ser, expressamente, vedada a execução provisória de pena privativa de liberdade, o que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória. (MINAS GERAIS, TJ. HC. 0498822-97.2015.8.13.0000. Rel. Des. Octavio Augusto de Nigris Boccalin, 2015, grifo nosso).

Desse modo, pela apreciação dos entendimentos demonstrados acima, conclui-se que as instâncias ordinárias e extraordinárias, consagram o princípio da presunção de inocência elencado pela Constituição Federal, determinando a impossibilidade da prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Concluindo-se ainda, que o entendimento predominante nos tribunais define que a execução provisória da pena viola o princípio da não culpabilidade.

Assim, percebe-se que o judiciário brasileiro, assegura que o acusado no processo penal seja tratado como inocente até que se comprove legalmente sua culpa pelo trânsito em julgado da decisão.

4 A MUDANÇA NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tendo visto as orientações jurisprudências das instancias ordinárias e extraordinárias de aplicação do princípio da presunção de inocência, cumpre esclarecer neste tópico, a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o entendimento da Suprema Corte demonstrado acima, percebe-se que antes do julgamento do referido HC 126.292/SP, a Casa garantia que o princípio da presunção de inocência impedia a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo este o posicionamento dos tribunais brasileiros.

Tal entendimento foi consolidado a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, em 5 de fevereiro de 2009. Veja-se sua ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"**. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar**. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição**, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse

o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. **A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.** 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. (BRASIL, STF. HC. 84.078. Rel. Min. Eros Grau, 2009, grifo nosso).

Percebe-se pela leitura da decisão supracitada, que os ministros da Suprema Corte, realizaram no HC 84.078/MG, uma interpretação literal da regra prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, pois determinaram que esse preceito impede a execução provisória da pena.

Comentando essa decisão, os doutrinadores Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, dissertam que:

[...] a despeito da clareza do dispositivo constitucional, somente com mais de duas décadas de atraso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2009, julgamento do HC nº 84.078, que a presunção de inocência se aplicava até que houvesse uma condenação transitada em julgado. O posicionamento, na prática, impedia a execução provisória da pena, enquanto pendesse qualquer recurso.[...] (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 14-15).

Cumprido esclarecer ainda, que após a mencionado julgamento, a impossibilidade da execução antecipada da sentença penal condenatória passou a vigorar em todo o judiciário Brasileiro, conforme foi demonstrado no tópico acima, prevalecendo o entendimento de que a presunção de inocência impedia a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da decisão.

Entretanto ao julgar o HC 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, alterou seu posicionamento ao entender que a execução provisória da pena não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Veja-se a ementa do acórdão proferido pelo plenário da Suprema Corte no referido Habeas Corpus:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, STF; HC. 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, grifo nosso).

Nesse julgamento, a Suprema Corte entendeu que a execução provisória de sentença penal condenatória proferida em grau de apelação não viola o princípio constitucional da presunção de inocência assegurado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Pois na visão da maioria dos Ministros da Casa, a manutenção da sentença penal condenatória pela segunda instância recursal, põe fim a análise dos fatos das e provas que fundamentam a culpa do acusado, portanto, fica autorizado o início da execução da pena.

Os citados autores Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró, lecionam a respeito dessa decisão que:

[...] a diferença prática das duas posições é que, segundo o novo posicionamento do STF, nega-se efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada. (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 15).

Portanto, segundo a vigente orientação jurisprudencial da Suprema Corte, após a condenação do acusado pelas instâncias ordinárias é perfeitamente possível a execução da pena, uma vez que, conforme foi decidido, o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão não compromete o princípio constitucional e infraconstitucional da presunção de inocência.

5 O HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

Apresentada a recente mudança na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, cumpre esclarecer neste capítulo, alguns pontos importantes sobre o referido Habeas Corpus que modificou o marco final do princípio da presunção de inocência.

Para tanto, faz-se necessário elencar um sucinto exame do caso concreto que deu origem ao julgamento, analisando-se em seguida a argumentação utilizada pelos ministros em seus votos, bem como sua decisão no referido julgamento.

Por fim, coleciona-se algumas jurisprudências, tendo como objetivo demonstrar o posicionamento dos tribunais brasileiros após essa decisão.

5.2 Sucinto Exame do Caso Concreto⁵

O caso concreto que ensejou o julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, foi o de Márcio Rodrigues Dantas, processado perante a da 3ª Vara da Comarca de Itapeverica da Serra, no estado de São Paulo, juntamente com Antonio Sérgio da Silva Lopes, por terem praticado, segundo a justiça pública, o crime de roubo qualificado previsto no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal.

O MM. Juiz de Direito, Doutor Lucas Pereira Moraes de Garcia, ao sentenciar o caso narrado acima, no dia 28 de junho de 2013, aplicou a Marcio pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias multa, em regime fechado e a Antonio pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias multa, também em regime fechado. E ainda, permitiu que o réu Marcio, querendo, recorresse em liberdade.

Logo após a sentença de primeira instância, as advogadas de defesa dos acusados, inconformadas com a decisão, apelaram para o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Todavia, no dia 16 de dezembro de 2014, nos autos da apelação criminal n.º 92.2010.8.26.0268, o acórdão proferido pela 4.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou provimento ao recurso interposto pela defesa e ainda determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor de Marcio. E no dia 17 de dezembro de 2015, o juízo de primeira instância ordenou a expedição do competente mandado.

⁵Capítulo baseado na r. sentença proferida, em 13 de junho de 2013, pelo MM. Juíz Doutor Lucas Pereira Moraes Garcia da 3ª vara da Comarca de Itapeverica da Serra no Estado de São Paulo, nos autos n.º 0009715-92.2010.8.26.0268, bem como nos Habeas Corpus impetrados junto ao Superior Tribunal de Justiça – HC 313.021/SP – e ao Supremo Tribunal Federal – HC 126.292/SP.

Por esse motivo, a defesa interpôs Habeas Corpus ao Superior Tribunal de Justiça, contra o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, pleiteando liminarmente o sobrestamento do mandado de prisão expedido e o reconhecimento do direito constitucional do paciente Marcio Rodrigues de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No Habeas Corpus interposto, a defesa alegou que o paciente sofreu constrangimento ilegal, pois não houve o trânsito em julgado da decisão condenatória, portanto ainda não é possível a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado.

Alegou ainda que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, afronta a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores – STJ e STF – e o dispositivo insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna, o princípio da presunção de inocência.

No entanto, no dia 22 de dezembro de 2014, o pedido liminar foi indeferido no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Francisco Falcão, sem prejuízo de uma análise mais detida no julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

Por esse motivo, a defesa impetrou novo Habeas Corpus de nº 126.292 no Supremo Tribunal Federal, com pedido liminar, contra a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

E no dia 05 de fevereiro de 2016, o ministro Teori Zavascki, deferiu o pedido liminar da defesa determinando a suspensão da prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da aludida apelação, sem prejuízo da imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Contudo, no dia 17 de fevereiro de 2016, o plenário da suprema Corte, por maioria, denegou o citado Habeas Corpus, com a consequente revogação da liminar concedida.

5.3 Análise Sintética do Voto dos Ministros no Julgamento⁶

Apresentado esse breve resumo do caso concreto que deu origem ao supracitado Habeas Corpus, passa-se a análise - voto por voto - da fundamentação utilizada pelos Ministros para justificar a mudança da orientação jurisprudencial da Suprema Corte.

⁶ Esse capítulo tem por base o inteiro teor do acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal.

5.3.1 O Senhor Ministro Teori Zavascki

O Senhor **Ministro Teori Zavascki – o relator -**, iniciou o julgamento, votando pela denegação da ordem com a conseqüente revogação da liminar concedida.

Argumentando que em relação a execução provisória da sentença penal condenatória, é necessário refletir sobre:

[...] (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 4-5).

Esclarecendo ainda, que a eventual condenação do acusado representa:

[...] um juízo de culpabilidade, que deve decorrer 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, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. **É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado.** É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo, [...] é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, **parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.** [...] (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 9-10, grifo nosso).

Desse modo, verifica-se que na visão do Ministro, executar provisoriamente a pena do acusado, na pendência dos recursos extraordinários não viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que, durante todo o tramite do processo criminal nas instâncias ordinárias, foi mantido seu status de inocente

Além do mais, o Ministro ressaltou que a função do judiciário brasileiro é de garantir a efetividade do processo penal, afirmando que:

[...] cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de **harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado**. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 18, grifo nosso).

Para sustentar suas alegações o Ministro argumentou ainda que no cenário internacional, diversos países não aguardam o trânsito em julgado da decisão para dar início ao cumprimento da pena.

Por fim, apresentou a seguinte proposta de orientação jurisprudencial: “[...] 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.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 19).

5.3.2 O Senhor Ministro Edson Fachin

Em seguida, após o voto do ministro relator demonstrado acima, votou o Senhor **Ministro Edson Fachin**, também pela denegação da ordem com a consequente revogação da liminar concedida.

Em seu voto o ministro, discorreu sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, argumentando que:

[...] nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição. **Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.** (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 22, grifo nosso).

Assim, afirmou que interpreta o artigo 5º, inciso LVII, sem apego a literalidade da norma, pois considera que não pode ser dar a esse preceito um caráter absoluto sendo necessário relacioná-lo com outros princípios e regras constitucionais que permitem a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

Afirmou ainda que as instâncias ordinárias “ [...] são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 23).

Ademais, mudando seu foco para os recursos cabíveis no processo penal, alegou que:

[...] o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 24-25, grifo nosso).

Desse modo, em sua visão a presunção de inocência não deve vigorar até as instâncias superiores, pois isso significaria dizer que “[...] a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 25).

Por fim, explicou que caso ocorram equívocos nas instâncias ordinárias, existem instrumentos processuais, como medidas cautelares e habeas corpus, para corrigi-los, afirmando que estes institutos são concedidas de ofício pela Suprema Corte.

5.3.3 O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso

Logo após o voto do ministro transcrito acima, votou o Senhor **Ministro Luís Roberto Barroso**, acompanhando o voto do ministro relator, pela denegação da ordem e consequente revogação da liminar concedida.

Ao votar, o ministro afirmou que a prisão antes do trânsito em julgado, encontra-se justificada por três fundamentos jurídicos. Veja-se:

[...] (i) a Constituição brasileira **não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecurribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o

interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 27-28, grifo nosso).

Dessa forma, apresentou três fundamentos pragmáticos para justificar sua opção interpretativa. Veja-se:

[...] (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) **diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário**, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) **promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal**, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 28, grifo nosso).

Ademais fundamentou seu posicionamento, dizendo que nos dias atuais, é injustificável uma leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, visando impedir a execução provisória da pena declarada em segundo grau de jurisdição. Uma vez que é “[...] necessário conferir ao art. 5º, LVII 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 [...]” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 35).

Disse ainda que a mudança na visão do princípio trata-se de um típico caso de mutação constitucional, onde a alteração da compreensão da realidade social, modifica o significado do Direito, relatando que:

[...] ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. **Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.** Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 35, grifo nosso).

Além do mais, afirmou que o pressuposto para se decretar a prisão no Brasil, não é o trânsito em julgado da decisão, e sim, uma ordem escrita e fundamentada pelo juízo competente. Ressaltando em seu voto que:

[...] não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 42).

Desse modo, segundo o ministro “[...] com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal [...]” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 44).

Assim, argumentando que a condenação do réu em segundo grau de recurso, possibilita reconhecer a autoria e materialidade do delito e impossibilita a rediscussão dos fatos e das provas, alegou que “[...] neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal [...]” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 45).

Complementou seu entendimento argumentando que o que está em jogo é “[...] a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal [...]” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 45).

Nesse mesmo sentido, o ministro ainda explanou que “[...] quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal [...]” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 47).

Por fim, o ministro sugeriu que se fixasse a seguinte tese de julgamento: “[...] a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 54).

5.3.4 A Senhora Ministra Rosa Weber

Subsequentemente, votou a Senhora **Ministra Rosa Weber** pela concessão da ordem divergindo dos votos acima explanados.

A ministra alegou que adota como critério de julgamento, a jurisprudência até então, vigente na Casa – da impossibilidade da execução antecipada da pena.

Pois em seu pensamento, “[...] o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado [...]” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 55).

Ademais, a ministra reconheceu que há questões pragmáticas envolvidas, e ainda disse que “[...] o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 57).

Por fim, pediu vênias ao ministro relator e aos demais ministros que denegaram a ordem, para divergir concedendo a ordem.

5.3.5 O Senhor Ministro Luiz Fux

Sucessivamente votou o Senhor **Ministro Luiz Fux**, acompanhando o voto do ministro relator, pela denegação da ordem com a consequente revogação da liminar concedida pedindo vênias a divergência apresentada pela ministra Rosa Weber.

O ministro alegou em seu voto que um cidadão condenado nas instâncias ordinárias não pode ingressar nas instâncias extraordinárias presumido inocente, pois a decisão das instâncias iniciais, constitui uma coisa julgada singular uma vez que é indiscutível, imutável, não sendo possível sua análise pelos tribunais superiores.

Alegou ainda que o mérito da acusação e das provas, após a condenação em segundo grau, se torna indiscutível, imutável, assim nada impede que se enxergue o trânsito em julgado exatamente nesse momento.

Outro ponto abordado pelo ministro em seu voto, foi a prescrição, pois após sentença a defesa do acusado pode recorrer *ad infinitum*, caso não seja iniciado o cumprimento de pena, e neste tempo a prescrição permanece correndo.

Por fim, o ministro conclui sua fundamentação afirmando que:

[...] o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 60).

5.3.6 A Senhora Ministra Cármen Lúcia

Ato contínuo, votou a Senhora **Ministra Cármen Lúcia**, também pela denegação da ordem com a consequente revogação da liminar concedida, pedindo vênias a Ministra que votou divergente.

A ministra fundamentou seu voto esclarecendo que:

[...] a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte [...] (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 61)

Desse modo, relatou que as consequências da sentença penal condenatória “[...] haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 61).

5.3.7 O Senhor Ministro Gilmar Mendes

Logo depois votou o Senhor **Ministro Gilmar Mendes**, também acompanhando o voto do Ministro relator, denegando a ordem com a consequente revogação da liminar concedida, pedindo vênias a posição divergente.

Em seu voto, o ministro alegou que faria algumas considerações iniciais, pois foi parte integrante da elaboração da antiga orientação jurisprudencial da Suprema Corte que impossibilitava a execução antecipada da pena – o mencionado HC 84.078 – logo após asseverou que:

[...] o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado. O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado

com a progressiva demonstração de sua culpa. [...] Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 67-68).

Complementou seu entendimento afirmando que após o exaurimento das instâncias ordinárias, a condenação à pena privativa de liberdade, consiste em uma declaração de que o réu é culpado, fazendo-se necessária sua prisão. Pois “[...] nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 68).

Ademais, a fim de justificar seu posicionamento, o ministro citou a lei da Ficha Limpa, para demonstrar que ao trazer efeitos severos aos candidatos antes do trânsito em julgado da decisão, essa lei afasta o princípio da presunção de inocência.

Afirmou ainda que o princípio da presunção de inocência:

[...] não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 72).

Nesse sentido, alegou em sua fundamentação que a aplicação do princípio não culpabilidade em diversos países, termina no momento em que a culpa é comprovada de acordo com o direito.

Além do mais, deixou claro que caso ocorra algum tipo de abuso na decisão condenatória das instâncias ordinárias, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios necessários à sua reversão, como as medidas cautelares e o habeas corpus. Motivo pelo qual, os tribunais superiores sempre disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

Por fim, ainda alegou que “[...] o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública [...]” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 75).

5.3.8 O Senhor Ministro Marco Aurélio

A seguir votou o Senhor Ministro **Marco Aurélio** pela implementação da ordem pleiteada, acompanhando a divergência apresentada pela Ministra Rosa Weber.

Em suas primeiras considerações, o ministro demonstrou sua preocupação com a visível modificação da orientação jurisprudencial da Corte, alegando que:

[...] com o voto de integrantes que buscam sempre a preservação da jurisprudência, revemos jurisprudência, que poderia dizer até mesmo recente, para admitir o que ressaltado em votos na Turma como execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada. Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País. Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 76).

Além do mais, reconheceu que a justiça é morosa, e que para o “[...] direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 77).

Reconheceu ainda que “[...] a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 77).

O ministro alegou ainda em sua argumentação, demonstrando novamente sua preocupação com a já evidente alteração jurisprudencial da casa, que:

[...] ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta [...] Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. O preceito, ao meu ver, não permite interpretações [...] (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 77).

Ademais, ressaltou que o pressuposto da execução provisória da pena é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, afirmando que:

[...] perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa. [...] Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. [...] (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 77).

5.3.9 O Senhor Ministro Celso de Mello

A posteriori, votou o Senhor **Ministro Celso de Mello**, pelo deferimento do ordem requerida no Habeas Corpus, acompanhando o posicionamento divergente.

Em um primeiro momento, o ministro demonstrou o percurso histórico percorrido pelo princípio da presunção de inocência, como valor fundamental à humanidade e respeito à dignidade da pessoa humana.

Seguindo essa linha de pensamento, afirmou que:

[...] a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 83).

Afirmou ainda que a presunção de inocência consiste em um direito fundamental assegurado a qualquer pessoa independentemente do delito praticado. Assim, em sua visão, ninguém pode ser declarado culpado antes da condenação transitar em julgado.

Além do mais, o ministro relatou em seu voto que é necessário observar que a:

[...] cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 85-86).

Dessa forma, na visão do ministro, a supremacia da constituição impõe limites que não podem ser ultrapassados pelo Estado na persecução penal.

Ademais, ressaltou que a Constituição Federal “[...] estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 88).

Complementando essa linha de pensamento, o ministro explicou que:

[...] o postulado do estado 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. Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 92-93).

Por fim, frisou que é essencial proteger a integridade desse direito fundamental, que revela-se absolutamente incompatível com a execução provisória da pena.

5.3.10 O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski

Finalizando a votação, o Senhor **Ministro Ricardo Lewandowski** - presidente do HC - votou pela concessão da ordem acompanhando a divergência apresentada.

Esclarecendo que pretende manter sua posição de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado com todas as letras na Constituição Federal. Afirmando que não consegue “[...] ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado.” (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 97).

Em seu voto, o ministro ainda afirmou que no processo penal a interposição pela defesa de recurso extraordinário ou especial obsta a eficácia imediata do título condenatório penal,

existindo em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena.

Ao encerrar sua fundamentação, demonstrou sua preocupação com a consequente mudança da orientação jurisprudencial da Corte, declarando que:

[...] queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data vênica, me causa a maior estranheza. [...] Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (BRASIL, STF. HC. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, p. 98-101).

Por fim, elogiou todos os argumentos apresentados, e explanou que a Suprema Corte decidiu pela denegação da ordem requerida no aludido Habeas Corpus com a consequente revogação da liminar concedida, tema este, que será abordado no tópico a seguir.

5.4 A Decisão do Supremo Tribunal Federal

Após discorrer sobre o caso concreto e o voto dos ministros no Habeas Corpus 126.292/SP, passa-se a análise da decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal.

A mencionada decisão, ocorreu no dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do supracitado HC que determinou a denegação da ordem requerida no writ, com a consequente revogação da liminar concedida.

Na sessão plenária da Casa, restaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e o Presidente Ricardo Lewandowski, que votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, concluindo pela concessão da ordem requerida no habeas corpus.

Entretanto, por maioria de votos, a partir desse julgamento, passou a vigorar na Suprema Corte, a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição.

6.5 Jurisprudências Decorrente da Decisão da Suprema Corte

Demonstrada a nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, passa-se a análise de algumas jurisprudências decorrentes dessa decisão no âmbito dos tribunais brasileiros.

Conforme foi demonstrado, ao entender que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, a Suprema Corte modificou seu anterior entendimento.

Assim, a fim de averiguar o posicionamento dos tribunais em relação a esse novo entendimento, apresenta-se neste tópico, recentes decisões jurisprudenciais da Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunais de Justiça de Minas Gerais (TJMG), do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

Primeiramente, evidencia-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no HC de nº 133.150/RR, julgado em 14 de junho de 2016, visando demonstrar seu atual posicionamento em relação ao princípio da presunção de inocência. Veja-se sua ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA CONDENAÇÃO. IMPETRAÇÃO DENEGADA PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR REITERAÇÃO DO PEDIDO. LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DECIDIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.** 1. Impetração denegada pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na reiteração do pedido, está em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes. 2. **O Plenário desta Corte concluiu pela legalidade da prisão ora impugnada, em julgamento realizado após a decisão da apelação criminal pelo Tribunal de origem.** 3. Ademais, os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para as instâncias extraordinárias (art. 637 do CPP e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, este último revogado pelo novo CPC - Lei 13.105/15 - , o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos) **legitimam a execução provisória da pena, sem, com isso, acarretar qualquer afronta ao princípio da presunção da inocência (HC 126.292, Pleno, Teori Zavascki).** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, STF. AgR. RHC.133.150, Rel. Min. Teori Zavascki, 2016, grifo nosso).

Visto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, elenca-se, a título de demonstração da orientação da casa, um Habeas Corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 06 de outubro de 2016. Veja-se sua ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. **EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL**

FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO DA REDUTORA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016). 3. No caso, a jurisdição das instâncias ordinárias encontra-se encerrada, porquanto na fase de admissibilidade do recurso especial interposto pelo paciente, sendo possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. 4. Em relação à redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a sua aplicação demanda o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. No caso dos autos, é inviável a aplicação da referida redutora, tendo em vista os maus antecedentes do paciente. 5. Não havendo o redimensionamento da pena e esta permanecendo no quantum de 5 anos e 2 meses de reclusão, não há se falar em modificação para o regime aberto, bem como inviável a substituição por restritiva de direitos, em razão do não preenchimento do art. 44, inciso I, do Código Penal. 6. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, STJ. HC 369.137/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 2016, grifo nosso).

Por fim, elenca-se, a título de conhecimento do posicionamento dos Tribunais de Justiça, jurisprudências proferidas pelo TJMG, pelo TJRS e pelo TJDFT.

Veja-se a ementa proferida na Apelação Criminal de nº 1.0079.15.024423-8/001, pelo TJMG, em 13 de setembro de 2016:

APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - INVIABILIDADE - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO INTEGRA O TIPO PENAL - SÚMULA 231 DO STJ - INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS A PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO - POSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO - HC 126.292/SP DO STF - RECURSO NÃO PROVIDO. DETERMINADO O INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO DA PENA. 1. A ausência de redução da pena provisória, na segunda fase da dosimetria da pena, com fulcro na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, não significa que o Julgador não reconheceu as atenuantes, mas apenas que estas não são capazes de reduzir a pena provisória aquém do limite mínimo fixado na norma penal incriminadora. 2. As circunstâncias atenuantes e agravantes não possuem o condão de ultrapassar o limite mínimo e máximo previsto em abstrato pelo legislador, uma vez que não integram o tipo penal. 3. A expedição de mandado de prisão e/ou de guia de execução, após a prolação de Acórdão Condenatório por este Egrégio Tribunal de Justiça, com a finalidade de iniciar a execução da pena imposta, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, neste momento processual, encerrada está a possibilidade de reexame da matéria fático-probatória, encontrando-se formada a culpa do agente. (MINAS GERAIS, TJ. Ap. 1.0079.15.024423-8/001, Rel. Des. Rubens Gabriel Soares, 2016, grifo nosso).

Veja-se a ementa proferida pelo TJRS, ao julgar Habeas Corpus de nº 70071314538, em 19 de outubro de 2016:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE AFIRMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constitucionalidade da execução provisória da pena foi assentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC n. 126.292-SP** e, mais recentemente, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, **restando afastada a alegada afronta à presunção de inocência.** ORDEM DENEGADA. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. HC. 70071314538, Rel. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, 2016, grifo nosso).

Veja-se a ementa proferida pelo TJDFT, ao julgar o Habeas Corpus de nº 20160020128074, em 02 de junho de 2016:

HABEAS CORPUS. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA. I - Em atendimento à nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada no julgamento do HC n. 126.292/SP, após a confirmação da sentença condenatória pelo tribunal de segunda instância, quando se encerra a apreciação dos fatos e das provas, é possível o início do cumprimento da pena. Ou seja, encerrados os recursos ordinários, é possível a prisão, ainda que esteja pendente o julgamento de um extraordinário. II - Ordem denegada. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, TJ. HC. 20160020128074, Rel. Des. WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, 2016, grifo nosso).

Assim, pela apreciação das jurisprudências colecionadas acima, conclui-se que as instâncias ordinárias e extraordinárias, modificaram seu entendimento em relação ao princípio da presunção de inocência elencado pela Constituição Federal, a fim de possibilitar a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa forma, percebe-se que o judiciário brasileiro, passou a assegurar ao acusado no processo penal, sua presunção de inocência até que se comprove sua culpa pela decisão condenatória de segunda instância recursal.

9 CONCLUSÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, teve como objetivo averiguar a constitucionalidade da recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, sob a ótica do princípio da presunção de inocência.

No aludido julgamento, conforme foi demonstrado no presente estudo, ocorreu uma alteração no entendimento da Suprema Corte ao reconhecer que a execução provisória de acordo penal condenatório, sujeito a recurso especial e extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

O entendimento vigente até o mencionado julgamento era de que a execução antecipada da sentença penal condenatória seria incompatível com o mencionado princípio.

Entretanto, como na visão da maioria dos Ministros da Casa, a manutenção da sentença penal condenatória pela segunda instância recursal encerra a análise dos fatos e das provas que assentam a culpa do condenado, e sob o argumento de que os recursos destinados as instâncias superiores – recurso especial e recurso extraordinário – não possuem efeito suspensivo, e por isso não é necessário que durante a sua tramitação o acusado permaneça em liberdade, os ministros decidiram que após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição é possível executar-se antecipadamente a pena sem comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência.

Todavia, o dispositivo que assegura o referido princípio, consoante o que foi explanado ao longo desse trabalho, está elencado na norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro - a Constituição Federal - em seu artigo 5º, inciso LVII, garantindo que ninguém poderá ser considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, da simples leitura desse preceito constitucional, verifica-se que o estado de inocência atribuído pela Carta Magna, perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, ao “interpretar” essa norma constitucional, os ministros da Suprema Corte, determinaram que ninguém será considerado culpado, até a condenação em segundo grau de jurisdição. Contrariamente ao previsto na Carta Política Brasileira, que garante que o acusado não pode ser reputado como culpado até que a decisão condenatória transite em julgado e não até que a decisão de segunda instância seja proferida.

Sendo assim, a mudança na orientação jurisprudencial da Suprema Corte modifica a compreensão de um dispositivo constitucional que não permite interpretações devido a

literalidade de seu texto. Uma vez que a garantia da presunção de inocência é assegurada pela Constituição Federal até o trânsito em julgado da condenação.

A presunção de inocência é uma garantia de todo acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, logo, resta evidente que não se trata de uma garantia aplicável somente até o julgamento do recurso de apelação pela segunda instância recursal.

Desde modo, por mais que se alegue que a decisão da segunda instância recursal encerra a análise dos fatos e das provas que fundamentam a condenação do acusado, essa decisão ainda não transitou em julgado, portanto permanece passível de modificação.

Pois o marco constitucional da presunção de inocência vincula ao trânsito em julgado da condenação a comprovação da culpa do acusado, portanto somente neste momento que se pode considerar alguém culpado, motivo pelo qual, é incabível concluir que a culpa está provada após a decisão de segundo grau.

Pode-se dizer assim, que a Carta Magna Brasileira, com clareza solar, protege o status de inocente atribuído ao acusado até que a decisão condenatória transite em julgado, instituindo assim, que esse é o marco temporal apto a descaracterizar o estado de inocência concedido.

Ademais, depreende-se da leitura da referida norma constitucional que o veredito condenatório só poderá ser executado após o julgamento de todos os recursos cabíveis no processo penal. Pois, fica subentendido que enquanto houver recurso pendente de julgamento, ao acusado deve ser assegurado seu status de inocente.

Assim, infere-se que a Constituição Federal ao instituir o princípio da presunção de inocência determinou que a privação da liberdade aguarde o julgamento dos recursos cabíveis, pois o marco temporal final de aplicação do princípio da presunção de inocência é o trânsito em julgado da condenação.

Portanto até o julgamentos dos recursos - especial e extraordinário - pelos tribunais superiores deve-se manter a situação de inocência do acusado. E ainda que se negue efeito suspensivo a esses recursos, isso não modifica o limite final expressamente estabelecido pela Constituição Federal para se afastar o estado de inocência- o trânsito em julgado - logo, este não é um argumento legítimo para sustentar a execução provisória da pena.

Assim, é impossível aceitar o argumento adotado pela maioria dos Ministros do Casa, no julgamento do HC 126.292/SP, ao determinar que a presunção de inocência não vigora mais até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme se depreende da leitura do artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República e da interpretação do artigo 283 do Código de Processo Penal, mas só até a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição.

Além do mais, conforme foi demonstrado no presente estudo, nem mesmo o Congresso Nacional pode alterar a Constituição Federal a fim de abolir a garantia fundamental da presunção de inocência, pois este princípio constitui uma cláusula pétrea da Carta Magna. Logo, se o Constituinte derivado não pode modificar o texto constitucional para se que se execute provisoriamente a pena do acusado, conclui-se que muito menos a Suprema Corte pode fazê-lo, pois as regras do ordenamento jurídico brasileiro só são passíveis de alteração pelo Poder Legislativo.

Ressalta-se ainda que o Supremo Tribunal Federal, não pode “elaborar” uma nova definição jurídica do marco final do princípio da presunção de inocência, criando assim, um novo conceito de trânsito em julgado.

Pois por mais que a Suprema Corte ocupe o papel de guardião da Constituição Federal, cabendo-lhe a importante função de interpretá-la, não cabe aos ministros reescreve-la.

Ademais, cumpre evidenciar que a decisão do Plenário da Suprema Corte não goza de efeito vinculante, contudo, conforme foi demonstrado no tópico acima esse atual entendimento está sendo seguido pela grande maioria dos tribunais brasileiros.

Dessa maneira e por tudo que foi exposto, verifica-se que essa decisão relativiza o direito constitucional à presunção de inocência, agredindo assim, o Estado Democrático de Direito e às Regras Constitucionais e Processuais Vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Concluindo-se assim, que o posicionamento adotado pela Suprema Corte, ofende o princípio constitucional e infraconstitucional da presunção de inocência, sendo assim, constata-se a inconstitucionalidade dessa decisão, pois, de acordo com tudo que foi explanado neste trabalho, a Carta Magna brasileira é clara ao estabelecer que ninguém será considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado, sendo este postulado uma cláusula imutável da Constituição, é impossível sua alteração pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Código de Processo Penal. In: ANGER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito RIDEEL**. 22.ed. São Paulo: RIDEEL, 2016. p. 409-452.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição Federal. In: ANGER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito RIDEEL**. 22.ed. São Paulo: RIDEEL, 2016. p. 19-93.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (1969). Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). In: ANGER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito RIDEEL**. 22.ed. São Paulo: RIDEEL, 2016. p. 1982-1989.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: ANGER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito RIDEEL**. 22.ed. São Paulo: RIDEEL, 2016. p. 1942-1943.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 369.137/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65520109&num_registro=201602109538&data=20161014&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 324.273/RJ. Relator: Min. Leopoldo de Arruda Raposo. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50236120&num_registro=201501169961&data=20150911&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 313.021/SP. Relator: Min. Gurgel de Faria. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=43422493&num_registro=201403439093&data=20150202&tipo=0>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 271.316/SP. Relatora: Min^a. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30546413&num_registro=201301700079&data=20130823&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 105.879/PE. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1395698>>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 97.523/SP. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601605>>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 22 out 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus: 133.150/RR. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11254728>>. Acesso em: 22 out 2016.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 20160020128074. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=945681>. Acesso em: 22 out 2016.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em 20 out 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. 1**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de Inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. 2016. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/wp->

content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf >. Acesso em: 20 out 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: jus podivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Criminal: 1.0079.15.024423-8/001. Relator: Des. Rubens Gabriel Soares. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0244238-21.2015.8.13.0079&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 22 out 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 0498822-97.2015.8.13.0000. Relator: Des. Octavio Augusto de Nigris Boccalin. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0498822-97.2015.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 out 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NETTO, Menelick de Carvalho; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal**. 2016. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-adc-43-prisao-antes-transito.pdf> >. Acesso em: 20 out 2016.

PAULO, Vicente; MARCELO, Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 70071314538. Relator: Des. Honório Gonçalves da Silva Neto. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70071314538&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 22 out 2016.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Sentença: 0009715-92.2010.8.26.0268. Juiz: Lucas Pereira Moraes Garcia. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0009715-92.2010.8.26.0268&cdProcesso=7GYX8PHF70000&cdForo=268&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5GRUDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=7wtT9DnE5aWgpyspbMyPfc07DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv6AoWedTNcsognFUendyqRX01dIp92%2BGHI0iHgKwVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYofPU%2FeEIUqFft67N%2Ffw5omAgui%2Bj1GAU9sVfTmPol9eEAquwTAc6vjw%2BMDRgVqgICg%3D%3D>>. Acesso em: 20 out 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. 1. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

[s.n.] **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. 2016.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 20 out 2016.