



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS – I CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**JARBAS MACIEL SILVA**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO  
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPOSTA PELO JULGADO DO HABEAS  
CORPUS 126.292**

**Campina Grande  
2016**

**JARBAS MACIEL SILVA**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO  
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPOSTA PELO JULGADO DO HABEAS  
CORPUS 126.292**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para a obtenção do título de graduado.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientadora: Prof. Me. Elis Formiga Lucena.

Campina Grande  
2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586e Silva, Jarbas Maciel.  
Execução provisória da pena e a possível violação do princípio da presunção de inocência imposta pelo julgado do Habeas Corpus 126.292 [manuscrito] / Jarbas Maciel Silva. - 2016. 29 p.

Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

"Orientação: Profa. Me. Elis Formiga Lucena, Departamento de Direito Privado".

1. Princípios Fundamentais. 2. Execução Provisória. 3. Presunção da Inocência. I. Título.

21. ed. CDD 342.02

JARBAS MACIEL SILVA

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO  
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPOSTA PELO JULGADO DO HABEAS  
CORPUS 126.292

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação de  
Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, em cumprimento à exigência  
para a obtenção do título de graduado.

Área de concentração: Direito  
Constitucional.

Aprovada em: 28/05/2018.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Elis Formiga Lucena (Orientadora)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa (examinador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara (examinador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>2. CONTEXTO HISTÓRICO</b> .....	5
<b>2.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.</b> .....	5
<b>2.1.1. As funções clássicas dos direitos fundamentais.</b> .....	6
2.1.1.1. <i>Status passivo ou subjectionis</i> .....	6
2.1.1.2. <i>Status negativo</i> .....	6
2.1.1.3. <i>Status positivo ou status civitatis</i> .....	6
2.1.1.4. <i>Status ativo</i> .....	6
<b>2.1.2 Características dos Direitos fundamentais.</b> .....	7
2.1.2.1 <i>Historicidade</i> .....	7
2.1.2.2 <i>Universalidade</i> .....	7
2.1.2.3 <i>Inalienabilidade</i> .....	7
2.1.2.4 <i>Imprescritibilidade</i> .....	8
2.1.2.5 <i>Irrenunciáveis</i> .....	8
<b>2.1.3 Direitos fundamentais e suas dimensões (gerações)</b> .....	8
2.1.3.1 <i>Direitos de primeira geração (individuais ou negativos)</i> .....	8
2.1.3.2 <i>Direitos de segunda geração</i> .....	9
2.1.3.3 <i>Direitos de terceira geração</i> .....	9
2.1.3.4 <i>Direitos de quarta geração</i> .....	10
<b>3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.</b> .....	10
<b>4. O CONCEITO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	11
<b>5. A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O PROCESSO PENAL</b> .....	13
<b>6. A EXECUÇÃO PENAL E O DIREITO DE RECORRER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.</b> .....	14
<b>7. AS SUCESSÍVEIS MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A SUA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE IMPOSTA PELO HC 126.292.</b> .....	16
<b>8. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	23
<b>9. REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA</b> .....	25

## RESUMO

Nesta pesquisa busca-se analisar, por meio de um estudo jurisprudencial e doutrinário, o entendimento constitucional dado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 que estabeleceu a possibilidade de execução provisória da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância. Para isso, será analisada a formação gradual dos direitos fundamentais com suas principais funções, características e dimensões, dando ênfase ao princípio da presunção de não culpabilidade (presunção de inocência) consagrado no art. 5º inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, e também consagrado na convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 8º § 2º. A partir daí, passar-se-á à verificação da constitucionalidade da execução provisória no processo penal, priorizando, sobretudo, a análise do posicionamento jurisprudencial.

**Palavras Chave:** Princípios Fundamentais. Execução provisória. Presunção da Inocência.

### 1. INTRODUÇÃO

Ao julgar o *Habeas Córpus* 126.292 o Supremo Tribunal Federal declarou que a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Dessa forma, o pleno do STF entendeu que quando a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, expressa que ninguém será considerado culpado até que haja decisão condenatória transitada em julgado, tal dispositivo é sinônimo de duplo graus de jurisdição, não de trânsito em julgado.

Em uma sociedade excessivamente violenta e com um grau de infinidade de meios recursais cabíveis no ordenamento jurídico pátrio, existe uma tendência natural de que os processos penais se alonguem paulatinamente no tempo e assim se distanciem do trânsito em julgado, gerando assim uma considerável sensação de impunidade. Deste modo, a indagação que orienta o presente artigo em questão é se a Suprema Corte agiu de maneira incontestável em tal julgado e se a crescente criminalidade que assola o Brasil<sup>1</sup> pôde influenciar em uma possível alteração desse entendimento.

Na tentativa de responder tal indagação faremos uma análise do que foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292 que declarou a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-mapa-da-violencia-revela-que-116-brasileiros-morrem-todos-os-dias-por-arma-de-fogo/>

sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º inciso LVII da Constituição.

Por fim, verificaremos se é viável manter a premissa de que é constitucional a execução provisória da pena, alegando que a antecipação dela, ainda que não haja decisão condenatória transitada em julgado, não viola o princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO

### 2.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

A gradativa formação dos direitos fundamentais está relacionada com o *Estado constitucional civil dos tempos modernos*, que encontrou as suas configurações iniciais por ação da Revolução Americana e da Revolução Francesa. A expressão *direitos fundamentais* (*droits fondamentaux*) surgiu na França, em 1770, no movimento político e cultural que deu origem à *Declaração Universal do homem e do Cidadão*, de 1789. Apesar da não existência de um consenso acerca da distinção em relação aos *direitos humanos*, a distinção mais habitual na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o objetivo de assegurar e fomentar a dignidade da pessoa humana, abrangem direitos relacionados à liberdade e à igualdade, mas positivados em planos distintos. Enquanto os *direitos humanos* se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os *direitos fundamentais* são os direitos humanos proclamados e positivados na constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado<sup>2</sup>.

O caráter normativo e vinculante dos dispositivos consagradores de direitos fundamentais nem sempre foi reconhecido, outrora sendo considerados “simples promessas” ou “meras declarações solenes” revestidas apenas de valor moral

A Constituição brasileira de 1998 adota a expressão *direitos fundamentais* em referência aos direitos nela positivados (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais) e *direitos humanos* para designar os consagrados em tratados e convenções internacionais (art. 4º inciso II; art. 5º § 3º, e art. 109 V-A e § 5º da CRFB). São nestes dispositivos, com os direitos e

---

<sup>2</sup> NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. p. 378

garantias fundamentais, que se concentra a maior parte dos deveres impostos, não apenas às autoridades estatais, mas também aos membros da sociedade.<sup>3</sup>

Assim sendo, a nomenclatura utilizada no presente trabalho será aquela utilizada no direito interno, ou seja, *direitos fundamentais*. Tal nomenclatura é empregada também por Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins<sup>4</sup>. Isso porque a Constituição adota essa terminologia (Título II da CRFB).

### **2.1.1. As funções clássicas dos direitos fundamentais.**

A distinção das funções clássicas dos direitos fundamentais na *relação entre o particular e o Estado* foi feita por Georg Jellinek por meio dos conceitos de *status negativus*, *status positivus* e *status activus*. O *status* designa aí, respectivamente, um estado do *particular* perante o Estado, que se encontra conformado e garantido em diferentes direitos fundamentais. Clássico é também o entendimento de que determinados direitos fundamentais constituem garantias institucionais<sup>5</sup>.

2.1.1.1. *Status passivo ou subjectionis* — o indivíduo se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições. O indivíduo aparece como detentor de deveres perante o Estado.

2.1.1.2. *Status negativo* — o indivíduo, por possuir personalidade, goza de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos. Nesse sentido, podemos dizer que a autoridade do Estado se exerce sobre homens livres.

2.1.1.3. *Status positivo ou status civitatis* — o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação a seu favor.

2.1.1.4. *Status ativo* — o indivíduo possui competências para influenciar a formação da vontade do Estado, por exemplo, pelo exercício do direito do voto (exercício de direitos políticos).

Conforme leciona Marcelo Novelino (2014) dentre as diversas formas de descrever o que é um *status*, tem importância central sua caracterização como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”. Segundo a concepção de Jllinek, o *direito* tem como conteúdo o “ter” (Ex.: aquisição de um terreno diz respeito apenas ao “ter”). O *status*, por sua vez, tem como

<sup>3</sup> NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. p. 387

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p. 53. São Paulo: RT, 2007.

<sup>5</sup> PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. P. 68. São Paulo: ed. Saraiva, 2012

conteúdo o “ser” (Ex.: o direito de votar e o direito de livremente adquirir uma propriedade modifica o *status* de uma pessoa e com isso o seu “ser”

Sobre o tema, Robert Alexy esclarece:

“Nesse sentido, um *status* é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Como relação que qualifica o indivíduo, o status deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito”<sup>6</sup>

### ***2.1.2 Características dos Direitos fundamentais.***

Os direitos fundamentais possuem certas características particulares que os identificam com maior frequência e os distinguem dos demais direitos. Vejamos cada uma delas:

#### ***2.1.2.1 Historicidade***

Os direitos fundamentais são uma construção histórica, isto é, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. Logo, surgem e se desenvolvem conforme o momento histórico.

Como afirmava o saudoso professor Norberto Bobbio:

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”<sup>7</sup>.

#### ***2.1.2.2 Universalidade***

A existência de um núcleo mínimo de proteção à dignidade deve estar presente em qualquer sociedade, ainda que os aspectos culturais devam ser respeitados. Assim, Todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano.

Aqui, vale ressaltar que não se deve confundir tal característica - a universalidade – com a ideia de que os direitos fundamentais são absolutos. Pois estes podem ser limitados, sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. Logo, não são absolutos

#### ***2.1.2.3 Inalienabilidade***

Alienar significa transferir a propriedade. Via de regra, os direitos fundamentais não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados etc. Possuem uma eficácia objetiva, isto

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 255.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

é, não são meros direitos pessoais (subjctivos), mas são de interesse da própria coletividade. Por isso não se pode vender um órgão, mesmo com a concordância do doador-vendedor. Claro que existem exceções: por exemplo, o direito à propriedade é, por óbvio, alienável<sup>8</sup>.

#### *2.1.2.4 Imprescritibilidade.*

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, é dizer, não são perdidos pela falta de uso (prescrição). Assim, por exemplo, não é porque alguém passou 30 anos sem usar da liberdade de religião que terá perdido esse direito. Trata-se de uma regra geral, mas não absoluta, pois alguns direitos são prescritíveis, como é o caso da propriedade, que pode ser perdida pelo instituto da usucapião.

#### *2.1.2.5 Irrenunciáveis*

Geralmente, os direitos fundamentais são indisponíveis. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade. Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é a exceção. Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana.

### ***2.1.3 Direitos fundamentais e suas dimensões (gerações)***

Como é do conhecimento de todos, o ideário político dos revolucionários franceses de 1789 era resumido em uma grande palavra de ordem: “liberdade, igualdade e fraternidade”. Cada geração de direitos representa a conquista pela humanidade de um desses grandes postulados. A primeira geração, dos direitos individuais e políticos, corresponde ao ideal da liberdade; a segunda geração, dos direitos sociais, econômicos e culturais, atende ao princípio da igualdade; e a terceira geração, dos direitos de grupos de pessoas coletivamente consideradas, corresponde ao postulado da fraternidade.<sup>9</sup>

#### *2.1.3.1 Direitos de primeira geração (individuais ou negativos)*

Foram os primeiros a ser conquistados pela humanidade e se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição

---

<sup>8</sup> TRINDADE, João. Teoria geral dos direitos fundamentais. p. 8.

<sup>9</sup> CESAR, Rodrigo. PINHO, Rebelo. Teoria geral da constituição e dos direitos fundamentais. p. 99. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011

ao Estado de abuso do poder: o Estado não pode desrespeitar a liberdade de religião, nem a vida etc. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer. São direitos relacionados às pessoas, individualmente. Ex: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.<sup>10</sup>

#### 2.1.3.2 *Direitos de segunda geração*

Corresponde aos direitos de igualdade, abrangendo os direitos sociais e econômicos. São direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um *fazer* do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica. Esses direitos nasceram em razão de lutas de uma nova classe social, os trabalhadores. Surgiram em um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho. As primeiras Constituições a estabelecer a proteção de direitos sociais foram a mexicana de 1917 e a alemã de Weimar, em 1919. Exemplos de direitos sociais: salário mínimo, aposentadoria, previdência social, décimo terceiro salário e férias remuneradas.<sup>11</sup>

#### 2.1.3.3 *Direitos de terceira geração*

Envolvem os direitos de solidariedade ou fraternidade, voltados à proteção da coletividade. Tais direitos ocupam-se da preservação ambiental, da conservação do patrimônio histórico e cultural, da proteção dos direitos difusos do consumidor na sociedade de massa, da paz social e combate ao terrorismo, da utilização benéfica dos avanços tecnológicos, da preservação do patrimônio genético da humanidade, da luta pela universalização da democracia etc.

Os direitos de terceira dimensão são *direitos transindividuais*<sup>12</sup> destinados à proteção do gênero humano. Nas palavras de Celso de Melo, “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais.”<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> TRINDADE, João. Teoria geral dos direitos fundamentais. p. 12.

<sup>11</sup> CESAR, Rodrigo. PINHO, Rebello. Teoria geral da constituição e dos direitos fundamentais. p. 98. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011

<sup>12</sup> Os direitos transindividuais, de natureza indivisível, podem ser entendidos como aqueles de que “sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (direitos difusos) ou de que “seja titular grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. (direitos coletivo) (lei 8078/1990, art. 81, parágrafo único, I e II)

<sup>13</sup> STF – MS 22. 164/SP

#### 2.1.3.4 *Direitos de quarta geração*

O estágio de evolução humana é fonte de novas discussões jurídicas, cuja origem é a globalização. O enfrentamento de questões até então não debatidas, ligadas, por exemplo, à clonagem, informática, alimentos transgênicos, entre outros, tornou-se constante.

Com base no que até aqui foi exposto, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Assim sendo, tendo visto a formação gradual dos direitos fundamentais com suas principais funções, características e dimensões, analisaremos a partir de agora o princípio da presunção de inocência importante instrumento de proteção da liberdade e conseqüentemente da dignidade humana.

### **3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Cesare Beccaria, em 1764 na sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, já advertia que "um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada."<sup>14</sup>

Conforme anuncia Tourinho Filho (2012) Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente adquiriu força como um princípio fundamental aos direitos humanitários em 1789, durante a Revolução Francesa, que proveio na expedição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, expressando em seu artigo 9º que "Todo acusado é declarado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". Em 1948, o princípio da presunção de inocência foi inserido no artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que difundiu ao mundo direitos e garantias a serem sustentados por todas as nações.

---

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

No ordenamento jurídico pátrio, tal princípio foi pela primeira vez introduzido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro 1988, inserindo-o no título dos direitos e garantias fundamentais, previsto em seu artigo 5º, inciso LVII, com a seguinte redação: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Vale ressaltar que até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal.<sup>15</sup> As cortes superiores da época consolidavam entendimentos jurisprudenciais de que a presunção de inocência havia sido introduzida ao ordenamento constitucional brasileiro pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual o Brasil era parte signatária por força do artigo 153 §36, da Constituição de 1967/69, que discorria o seguinte texto:

“Art. 153, § 36 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

#### **4. O CONCEITO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Desde logo, convém frisar que a nomenclatura do princípio ora em análise ainda é tema de discussão por parte da doutrina. Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que naqueles costuma-se referir à presunção de inocência, conforme expresso no art. 8º, § 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assim dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Portanto, uma vez que a convenção faz menção à inocência, o ideal é dizer que ela trata do princípio da presunção de inocência. Neste caso, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa a pessoa é presumida inocente. Assim, Convenção Americana de Direitos Humanos assegura o duplo grau de jurisdição, sendo a culpa legalmente comprovada com a prolação de acórdão condenatório no exercício do duplo grau de jurisdição, sendo este, portanto, o limite temporal da presunção de inocência. Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu art. 5º inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Como em nenhum momento a CRFB faz menção à inocência, a doutrina fala em presunção de não culpabilidade, o qual deve vigorar

---

<sup>15</sup>Nesse sentido: STF, Turma, HC 67.707/RS, Rei. Min. Celso de Mello, DJ14/08/1992.

até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo este, portanto, seu limite temporal.

Em resumo, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, tal presunção se dá enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa. Logo, o princípio da presunção de inocência, segunda a CADH incidirá até o exercício do duplo grau de jurisdição, prevista de maneira expressa em seu art. 8º, § 2, conforme vimos. Entretanto, a Constituição Federal, todavia, 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. Percebemos então que a CRFB é mais benéfica. Assim, por ter um caráter mais amplo, o teor da Carta Magna deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável.

Embora a terminologia seja diversa, ambos os princípios possuem a mesma ideia. Segundo Badaró, não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.<sup>16</sup>

Posta assim a questão, a presunção de inocência ou da não culpabilidade, como alguns preferem dizer, é um princípio norteador do Direito brasileiro, expressamente previsto, não somente na Constituição em seu artigo 5º, inciso LVII, mas também no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no artigo 8º, inciso 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 14, inciso 2, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que versa sobre direitos e garantias humanitárias, do qual o Brasil é parte signatária.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

<sup>17</sup> CIPRIANO, Bruno Rafael. Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13841&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841&revista_caderno=22)>.

Vale ressaltar, em última instância, que esses tratados internacionais possuem nível hierárquico supralegal, porém, infraconstitucional pelo fato de serem tratados ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº45. De acordo com o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal. Por esse motivo, a Emenda Constitucional nº45 acrescentou o § 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, explicitando que novos tratos que versassem sobre direitos humanitários teriam força de norma constitucional.<sup>18</sup>

Assim sendo, conforme nos ensina o eminente processualista Renato Brasileiro tal princípio 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).<sup>19</sup>

## 5. A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O PROCESSO PENAL

Conforme no ensina o conceituado constitucionalista Marcelo Novelino (2014), o princípio da supremacia não disponibiliza nenhum critério interpretativo específico, mas deve ser considerado como premissa para a interpretação quando o ordenamento for encabeçado por uma Constituição rígida. Neste caso, toda interpretação normativa vai ter como pressuposto a superioridade jurídica e axiológica da Constituição. Em razão da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico incompatível com a Lei Maior pode ser considerado como válido<sup>20</sup>. A missão do judiciário de defender a supremacia da constituição tem papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de contenção do poder.<sup>21</sup>

Neste sentido, faz-se imprescindível observar que, dentro do sistema jurídico, o processo penal funciona não apenas como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), mas também desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do

<sup>18</sup> CIPRIANO, Bruno Rafael. Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13841&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841&revista_caderno=22)>.

<sup>19</sup> BRASILEIRO, Renato. Manual de processo penal. p. 50, Rio de Janeiro. Ed: Impetus, 2011.

<sup>20</sup> NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. p. 173. São Paulo. Ed: Método. 2014.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, p. 155-156.

devido processo legal)<sup>22</sup>. Assim, estando o princípio da presunção da inocência expresso no texto constitucional como uma garantia fundamental e sendo ele um princípio norteador do processo penal, as Leis infraconstitucionais e todos os atos praticados no sistema jurídico brasileiro devem estar de acordo com este princípio sob a pena de serem declarados inconstitucionais pelo controle de constitucionalidade<sup>23</sup>

## **6. A EXECUÇÃO PENAL E O DIREITO DE RECORRER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

O teórico Renato Brasileiro (2011) afirma que a partir do momento em que alguém pratica a conduta delituosa prevista no tipo penal, surge para o estado o direito de punir que até então estava no plano abstrato e, a partir daquele momento se transforma no *jus puniendi in concreto*. Tal pretensão punitiva, deve ser compreendida como o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Contudo, essa pretensão punitiva deve ser aplicada de acordo com os ditames constitucionais e respeitando os princípios fundamentais e a dignidade da pessoa humana. É daí que sobressai a importância do processo penal, pois funciona como instrumento do qual se vale o Estado para a imposição de sanção penal ao possível autor do fato delituoso<sup>24</sup>.

Ainda segundo Renato Brasileiro (2011) a persecução penal é composta por três fases essenciais: a primeira é a instauração de um inquérito policial, tido como um procedimento administrativo destinado à colheita de elementos de informação quanto à existência do crime e quanto à autoria ou participação, afim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo; a segunda consiste na propositura de uma ação penal entendida como um direito público subjetivo de se pedir ao Estado – juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto, fazendo assim respeitados princípios constitucionais previstos nos incisos XXXV (princípio da inafastabilidade da jurisdição), XXXVII e LIII (princípio do juiz natural) e, por fim, o inciso LIV (ninguém será privado dos seus bens e de sua liberdade sem o devido processo legal), do artigo 5º, da Constituição Federal; e a terceira fase é a da execução penal,

---

<sup>22</sup> JUNIOR, Aury Lopes. Direito processual Penal, p. 185, São Paulo. Ed: Saraiva, 2012

<sup>23</sup> CIPRIANO, Bruno Rafael. Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13841&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841&revista_caderno=22)>.

<sup>24</sup> BRASILEIRO, Renato. Manual de processo penal. p. 59, Rio de Janeiro. Ed: Impetus, 2011.

que se inicia com a condenação do acusado, por meio de uma sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º inciso LVII da CRFB).<sup>25</sup>

O trânsito em julgado de sentença penal condenatória ocorrerá, somente, quando esgotadas todas as possibilidades de recursos no âmbito do poder judiciário, ou quando o réu, pelo decurso do prazo, perde o direito de recorrer de uma decisão condenatória.

Neste diapasão, o direito de recorrer é inerente ao duplo grau de jurisdição, entendido este como a possibilidade de a decisão ser reapreciada por outro órgão de hierarquia superior, em regra. Para o conceituado doutrinador, Ministro Gilmar Mendes (2012), o duplo grau de jurisdição “não dá direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção (coisa julgada)”<sup>26</sup>.

É importante observar que o sistema processual penal brasileiro caminha de forma vagarosa, pois conta com um número quase que interminável de recursos os quais são utilizados, não raras as vezes, de forma eminentemente protelatória fazendo com que contribuam de forma expressiva para a lentidão que impera em nosso sistema judiciário procrastinando o trânsito em julgado das sentenças condenatórias

Ao exercer o constitucional direito de recorrer, deve o acusado ser tratado de acordo com o que estabelecido pelo princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade), do qual derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento. Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. Como regra de tratamento, ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado. O princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, ou seja, a restrição à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória só deve ser admitida a título de medida cautelar, e desde que presentes seus pressupostos legais.

---

<sup>25</sup> BRASILEIRO, Renato. Manual de processo penal. p. 60, Rio de Janeiro. Ed: Impetus, 2011.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de direito constitucional, p.497, São Paulo. Ed: Saraiva, 2012

Após finalmente cessar os direitos recursais, e assim, transitar em julgado a sentença condenatória, o Estado adquire o Direito a executar a sua pretensão punitiva (*jus puniendi*), por meio da execução penal. No Brasil, a execução penal é regulamentada pela Lei 7.210/84 e tem seu objetivo disposto no artigo 1º, que dispõe, *in verbis*: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”<sup>27</sup>.

## **7. AS SUCESSÍVEIS MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A SUA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE IMPOSTA PELO HC 126.292.**

Desde a promulgação da Constituição da República em 1988 até meados do ano de 2009, sempre prevaleceu o entendimento de que seria possível a execução antecipada da pena, desde que o réu fosse condenado por um tribunal de segundo grau, pois segundo a Suprema Corte os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, conforme dispunha o art. 637 do Código de Processo Penal. Senão vejamos:

Art. 637 - O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Sobre o tema, aliás, era firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, conforme notamos no julgamento do HC 91675/PR do ano de 2007 de relatoria da Min. Carmen Lúcia:

STF: “(...) A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo”.

Nesse mesmo sentido, por exemplo, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.12.2004:"

STF: “(...) EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: Confirmada a condenação, em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos, eventualmente

---

<sup>27</sup> CIPRIANO, Bruno Rafael. Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078. In: **Âmbito Jurídico**, RioGrande, XVI, n. 118, novo 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13841&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841&revista_caderno=22)>.

cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão”.

Contudo, no ano de 2009, em outra decisão o Supremo Tribunal Federal alterou essa orientação até então vigente. Trata-se do *lide case* 84.078, neste julgado em *Habeas Corpus* a Suprema Corte afirmou que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 é clara ao estabelecer em seu art. 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até que haja decisão condenatória transitada em julgado”. Dessa forma, a hermenêutica constitucional, segundo o Egrégio Tribunal, não permite outra interpretação do dispositivo constitucional. Assim sendo, o princípio da presunção de não culpabilidade não vigora apenas até o exercício do duplo grau de jurisdição, conforme havia decidido anteriormente a Corte Suprema, mas sim até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Com esta decisão o Tribunal responsável em garantir a supremacia constitucional declarou a inconstitucionalidade do art. 637 do Código de Processo Penal. Senão vejamos:

**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. (STF, pleno, HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/09 – grifo nosso).**

Vale ressaltar que o indivíduo, mesmo com tal decisão, pode ser preso durante o curso da persecução penal, mas tão somente se presentes uma das hipóteses que autorizam a prisão cautelar estabelecida de maneira expressa no art. 312 do Código de Processo Penal, que dispõe, *in verbis*: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da

lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie”.

Este entendimento vigorou até o dia 17 de fevereiro de 2016 quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, entendeu que a possibilidade da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Isso porque a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância encerra a análise dos fatos e provas que sustentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Até mesmo porque os recursos extraordinários ao STF ou ao STJ comportam exclusivamente discussão acerca de matéria de direito.

No caso específico, um cidadão foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo qualificado (artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do CP), com direito de recorrer em liberdade. A defesa então apelou para o TJ/SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra ele. No HC ao Supremo, a defesa alega que o Tribunal decretou a prisão sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, tendo em vista que o magistrado de primeiro grau permitiu que o réu recorresse em liberdade<sup>28</sup>.

Em fevereiro deste ano, o ministro Teori Zavascki deferiu liminar para suspender a prisão preventiva decretada pelo TJ/SP. Na decisão, o relator destacou que, conforme decidiu o plenário do STF no HC 84078, de relatoria do ministro Eros Grau (aposentado), conforme já vimos, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, “é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no artigo 312 do CPP incidem na espécie”. E, no caso, conforme explicou o ministro, o fundamento adotado pelo TJ/SP diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup>Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045STF+muda+jurisprudencia+e+permit e+execucao+da+pena+apos+condenacao>

<sup>29</sup>Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045STF+muda+jurisprudencia+e+permit e+execucao+da+pena+apos+condenacao>

O relator do processo, ministro Teori Zavascki, levantou a questão, no que foi prontamente seguido pelos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. A ministra Rosa Weber abriu a divergência, dizendo que não se sentia preparada para enfrentar a questão e mudar a jurisprudência da Corte. Na sequência, os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes acompanharam o relator<sup>30</sup>.

É sabido que toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada refletindo assim, um espelho de tudo o que ocorreu no processo viabilizando uma avaliação do que até ali se desenvolveu. Neste sentido, analisaremos as fundamentações do relator do processo, ministro Teori Zavascki, sobre a admissão da execução antecipada da pena imposta pelo *Habeas Corpus* 126.292:

Inicia o relator a sua fundamentação afirmando que deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também a sociedade.

Aqui devemos tomar cuidado nas relativizações dos princípios sob o argumento de atender ao apelo popular, uma vez que na exploração da criminalidade pela mídia não é incomum encontrarmos injustiças. Logo, aceitar o clamor social como justificativa para a relativização de garantias constitucionais seria dar a imprensa o poder ilimitado que repercutiria diretamente na persecução penal por parte do Estado.

Em virtude disso, Aury Lopes Junior (2012) nos ensina que que:

“(…) a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção da inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 778).

Prossegue, o eminente ministro Teori Zavascki, em sua fundamentação afirmando que é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob este aspecto, a própria responsabilização 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 facta probatória. Assim, não há porque se procrastinar o início da execução

---

<sup>30</sup>Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045STF+muda+jurisprudencia+e+permit+e+execucao+da+pena+apos+condenacao>

da pena, afirma o relator, pois se houve, em segundo grau de jurisdição, um juízo de incriminação do acusado fundado em fatos e provas insusceptíveis 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. Sendo assim, se o acusado já exerceu o direito ao duplo grau e aquela condenação foi confirmada ou proferida pela primeira vez por um tribunal de segundo grau deve-se dar início a execução provisória da pena.

Em seu voto, afirmou o Min. Gilmar Mendes:

“O que estou colocando é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem constitucional, mas suscetível de ser conformado, tendo em vista inclusive as circunstâncias de Processual Penal”, por isso entendo que, nesse contexto, não se há de considerar que a prisão após a decisão do tribunal de apelação seja considerada violadora desse princípio”.

A nosso sentir, baseando nosso entendimento em lições pretéritas do Min. Celso de Mello, com a *devida máxima vênia* ousamos discordar de tal fundamento pois, a presunção constitucional de inocência impede que o Estado trate como se culpado fosse aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. A prerrogativa judiciária da liberdade – que possui extração constitucional – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimentos de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (art. 5º, LVII da CRFB) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional de estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> STF HC 100.430-AC. Rel. Min. Celso de Mello

Para Delmanto, as garantias fundamentais não admitem interpretação restritiva, bem como relativização, tendo em vista, principalmente, que elas sequer podem ser objeto de emenda constitucional. São as denominadas cláusulas pétreas (art. 60, §4, da CF). Adverte o mesmo quanto aos perigos da relativização dos direitos e garantias fundamentais, sob o argumento de que “nada é absoluto”, o que colocaria em risco a própria soberania do texto constitucional.<sup>32</sup>

Todavia, como bem nos lembra a jurista Maria Lúcia Karan, tal garantia não impede que alguém seja submetido à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A própria Constituição Federal prevê casos em que é possível o réu sofrer os efeitos da condenação antes do decreto condenatório, como nas hipóteses flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI da CRFB/88). A razão pela qual não ofende o princípio constitucional reside no fato de que a prisão antes do acórdão ou sentença condenatória se dá apenas em situações excepcionais e atendidos os requisitos da cautelaridade<sup>33</sup>, conforme previsto no art. 283 CPP, *caput*, senão vejamos:

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.

Em sua fundamentação conclui o relator afirmando que a jurisprudência que assegurava a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou da prescrição da pretensão executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou acórdãos recorríveis. Conforme observamos no teor do art. 117, inciso IV do código penal, *in verbis*: O curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Aqui, de fato, os recursos extraordinários não vinham sendo buscados para se discutir as teses constitucionais, por meio do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal ou para se discutir as teses infraconstitucionais por meio de Recurso Especial ao Superior

<sup>32</sup> DELMANTO, Roberto Júnior; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A Dignidade da Pessoa Humana e o Tratamento dispensado aos acusados no processo penal. Revista dos Tribunais, ano 94, v.835, p.444-5, mai.-2005

<sup>33</sup> KARAN, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.11, p.167-70, 2005.

Tribunal de Justiça, mas sim para procrastinar o trânsito em julgado, sabedores que são os advogados e defensores do que último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou acórdãos recorríveis. Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso afirmou que é a impossibilidade de execução imediata da pena que resulta na “interposição sucessiva de recursos protelatórios, o que evidentemente não é uma coisa que se queira estimular, advogados criminais não podem ser condenados, por dever de ofício, a interpor infundáveis recursos. Isso é um trabalho inglório, e aqui a crítica não é aos advogados, é ao sistema conforme vimos”.<sup>34</sup>

Contudo ousamos discordar, pois como já vimos, e tomando por base as lições de Renato Brasileiro (2012), deriva do princípio constitucional da presunção de inocência, a regra de tratamento, a qual afirma que, ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado. O princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, ou seja, a restrição à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória só deve ser admitida a título de medida cautelar, e desde que presentes seus pressupostos legais. Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado<sup>35</sup>.

Essa também é a lição do Relator eminente Ministro Eros Grau no STF – HC 84.078 – MG Julgado em 05-02-2009:

“ A nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”

Prossegue o Ministro Eros Grau em seu voto:

“A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando

<sup>34</sup> <http://www.conjur.com.br/2016fev17/supremopassapermitirprisadepoisdecisaosegundograu>

<sup>35</sup> BRASILEIRO, Renato. Manual de processo penal. p. 54, Rio de Janeiro. Ed: Impetus, 2011.

desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão” (STF – HC 84.078 – MG – Relator o eminente Ministro Eros Grau – Julgado em 05-02-2009)

Logo, podemos observar que, não por outro motivo, até a decisão do julgado do *Habeas Corpus* 126.292 no Supremo Tribunal Federal prevalecia o entendimento que, a despeito de os *recursos extraordinários* não serem dotados de efeito suspensivo enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não é possível a execução da pena privativa de liberdade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, cuja decretação está condicionada à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP. Portanto, entendemos que a ampla defesa engloba todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implica, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 o qual vem trazendo tamanha discussão no meio jurídico, não se pode negar que tal decisão atende aos interesses do Ministério Público<sup>36</sup> e também do próprio Poder Judiciário<sup>37</sup>, basta olharmos que foi aplaudida pelas associações dos dois órgãos, pois, convenhamos, quando se assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado para se executar a pena há uma distância muito grande entre a data do fato e este trânsito em julgado, fazendo com que a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, a configuração da prescrição sejam interpostos.

Contudo, entendemos que o texto da Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LVII, é claro quando expressa que todo cidadão é presumidamente inocente até o trânsito em julgado, logo, não se poderia fazer é, como nos parece ter acontecido, deixar de lado a hermenêutica constitucional para reconhecer que há uma inércia do Poder Legislativo o qual não possui interesse em modificar a legislação penal pra diminuir a quantidade exorbitante de recursos de modo a antecipar o momento do trânsito em julgado e dessa forma adotar a orientação nesse sentido.

Assim sendo, não restam dúvidas que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente adotou a presunção da inocência como garantia constitucional que proíbe que o acusado seja

<sup>36</sup> <http://www.ampeb.org.br/?p=8300>

<sup>37</sup> <http://acmag.org.br/2016/02/nota-publica-sobre-a-execucao-da-sentenca-condenatoria-antes-do-transito-julgado/>

considerado culpado e, por conseguinte, sofrer os efeitos da condenação, antes o trânsito em julgado da sentença condenatória. É, pois, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito<sup>38</sup>.

A Constituição Federal de maneira expressa veda a antecipação do juízo condenatório. Não pairam dúvidas de que a execução provisória da pena, decorrente da interposição de recurso ao grau extraordinário, é inconstitucional e viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o acusado é compelido a cumprir a reprimenda penal antes de ser ter uma pena definitiva. Evidente, portanto, a confusão entre acusado e condenado<sup>39</sup>.

A supremacia da Magna Carta impõe que todas as situações jurídicas se adaptem aos princípios constitucionais, assim sendo, a exigência de o réu começar a cumprir a pena antes mesmo da sentença condenatória definitiva não pode persistir, visto que oposta à harmonia e coerência do próprio ordenamento jurídico pátrio.

Em suma, a presunção de inocência é uma garantia fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e não permite o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

### ABSTRACT

In this research we seek to examine, through a case study and doctrinaire, the constitutional understanding given by the Supreme Court in the trial of the Habeas Corpus 126,292 that established the possibility of provisional enforcement of the penalty after judgment was confirmed on appeal. To do so, shall be considered the gradual formation of fundamental rights with its main functions, features and dimensions, giving emphasis to the principle of presumption of guilt not (presumption of innocence) enshrined in art. 5 subsection LVII of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and also enshrined in the American Convention on human rights in its art. 8 § 2. From there, going to the verification of the constitutionality of provisional enforcement in criminal proceedings, prioritizing, particularly, the analysis of judicial placement.

**Keywords:** Fundamental Principles. Provisional enforcement. Presumption of innocence.

---

<sup>38</sup> [www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf)

<sup>39</sup> Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf)

## 9. REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.**

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.**

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

**BRASIL.** Constituição Federal (1998). Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal.** Rio de Janeiro. Ed: Impetus, 2011.

CESAR, Rodrigo. PINHO, Rebello. **Teoria geral da constituição e dos direitos fundamentais.** São Paulo. Ed. Saraiva. 2011.

CIPRIANO, Bruno Rafael. Considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e a possível sensação de impunidade imposta pelo julgado do habeas corpus 84.078. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em:

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13841&revista\\_caderno=22](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13841&revista_caderno=22).

DELMANTO, Roberto Júnior; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **A Dignidade da Pessoa Humana e o Tratamento dispensado aos acusados no processo penal.** Revista dos Tribunais, ano 94, mai.-2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais,** São Paulo: RT, 2007.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-mapa-da-violencia-revela-que-116-brasileiros-morrem-todos-os-dias-por-arma-de-fogo/>.

Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045STF+muda+jurisprudencia+e+permite+execucao+da+pena+apos+condenacao>.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016fev17/supremopassapermitirprisao depoisdecisao segundo grau>.

Disponível em: <http://www.ampeb.org.br/?p=8300>.

Disponível em: <http://acmag.org.br/2016/02/nota-publica-sobre-a-execucao-da-sentenca-condenatoria-antes-do-transito-julgado/>.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual Penal**, São Paulo. Ed: Saraiva, 2012.

KARAN, Maria Lúcia. **Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.11, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de direito constitucional**, São Paulo. Ed: Saraiva, 2012

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**.

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: ed. Saraiva, 2012

TRINDADE, João. **Teoria geral dos direitos fundamentais**.