

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO JÚNIOR

**SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA PELO
ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Recife
2019

JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO JÚNIOR

**SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA PELO
ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Simone de Sá Rosa
Figueiredo.

Recife
2019

Ficha catalográfica
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

A663s Araújo Júnior, José Marcos de.
Sobre a inconstitucionalidade da execução da pena pelo
esgotamento das vias recursais em segunda instância / José Marcos de
Araújo Júnior. – Recife, 2019.
53 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Simone de Sá Rosa Figueiredo.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia – Bacharelado em
Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia.

1. Direito Penal. 2. Execução da pena. 3. Princípio da presunção
de inocência. 4. Garantismo. 5. Análise jurisprudencial. I. Figueiredo,
Simone de Sá Rosa. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III.
Título.

34 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.2-331)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO JÚNIOR

SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA PELO
ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS EM SEGUNDA INSTÂNCIA

DEFESA PÚBLICA em, Recife, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

1º Examinador (a)

Recife
2019

Dedico este trabalho primeiramente a Deus - por ser essencial em minha vida, autor de meu destino - meu guia, socorro presente em todas as horas, à Virgem Maria, à minha Mãe Jane, meu Pai José Marcos e a minha noiva Andésia Aguiar, meus avós José Bonifácio (*in memoriam*), Ivaneide Albuquerque (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pois foi Ele que me sustentou sempre nos melhores e piores momentos de toda a minha vida. A Virgem Maria, sempre ao meu lado, tenho certeza, me clareando a mente e mantendo a minha cabeça erguida, para que com sabedoria, pudesse atravessar momentos indesejáveis com consciência.

Agradeço imensamente a todos da minha família, em especial ao meu avô José Bonifácio “Deca”, o qual mesmo não estando mais entre nós, foi ele que me encorajou sempre a questionar, sempre com respeito ao próximo, mas que não me limitasse ao que todos diziam. A minha querida mãe Jane Albuquerque, meu Pai José Marcos de Araújo, os quis sempre, da forma que podia, não mediram esforços para me proporcionar uma educação que transformasse e a minha irmã Janeyse, a eles sou eternamente agradecido.

Por último, mas não menos importante agradeço com todo o meu amor, a minha noiva Andésia Aguiar, com todo o seu carinho, amor e atenção se dispôs a aprender acerca do Princípio da Presunção de Inocência, a inconstitucionalidade da execução da pena, a saber quem é Ferrajoli, a sua Teoria do Garantismo Penal. Entendo que deve ser uma tarefa prazerosa, para quem é Neuropedagoga!

Aos meus queridos amigos: Débora Lopes, Erisson Gomes, Emily Miro e Aline Galdino, os quais levarei da faculdade para o resto da vida. Agradeço à Faculdade Damas da Instrução Cristã, pelos ensinamentos não só jurídicos, como moral e religioso.

Aos professores da graduação, que ao longo da minha vida acadêmica se dispuseram a sanar minhas dúvidas, me ajudando a adquirir conhecimento, possibilitando desse modo o meu crescimento pessoal e profissional, em especial a Professora Maíra Mesquita, primeiro por seu profissionalismo e segundo por me fazer se apaixonar pelo Processo Civil.

RESUMO

Desde que a presunção de inocência passou a ser prevista em inúmeros Tratados Internacionais, instalaram-se diversas discussões acerca da extensão desse princípio e as suas consequências. Hoje em dia, com o exponente aumento da criminalidade no país, a população passou a exigir políticas em busca de uma maior e mais rápida forma de punir, com a ideia de que tais medidas reduziram a impunidade. Sobre a execução provisória da pena, o Brasil esteve de frente a uma mudança jurisprudencial inoculada no Supremo Tribunal Federal, em que se discutia se era constitucional a execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância. Diante dessa questão, o presente trabalho de conclusão de curso se debruça sobre o julgamento do HC 126.292/SP, com direcionamento a compreensão do princípio constitucional da presunção de inocência. Primeiramente, realizou-se uma análise histórica dos princípios constitucionais criminais. Em seguinte, foi feita uma análise do Princípio da Presunção de Inocência em diversos ordenamentos jurídicos internacionais, bem como a sua recepção nas Constituições de 1824, 1934, 1937, Ai5, em 1968 e a atual Constituição cidadã de 1988. Por fim, apresentou-se uma análise do posicionamento da Suprema Corte nos julgamentos e sua linearidade em relação ao tema. Neste sentido, o objetivo geral de pesquisa repousa sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena pelo esgotamento das vias recursais em segunda instância. Através de método hipotético dedutivo, a presente pesquisa concluiu que a execução da pena ainda com recursos a serem julgados fere o Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, pois o princípio da presunção de inocência afirma que só haverá culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, em respeito à Constituição, notadamente ao art. 5º, inciso LVII, considera-se inconstitucional a execução provisória da pena fundada no esgotamento das vias recursais em segunda instância.

Palavras-chave: Execução da Pena. Princípio da Presunção de Inocência. HC 126.292. Análise Jurisprudencial. Garantismo. STF

ABSTRAC

Since the presumption of innocence came to be foreseen in numerous international treaties, there have been several discussions about the extent of this principle and its consequences. Nowadays, with the exponent increase of crime in the country, the population started to demand policies in search of a bigger and faster way to punish, with the idea that such measures would reduce the impunity. Concerning the provisional execution of the sentence, Brazil faced a jurisprudential change inoculated at the Federal Supreme Court, in which it was debated whether the execution of the penalty was constitutional after the confirmation of the sentence in the second instance. Given this issue, the present work of conclusion of the course focuses on the judgment of HC 126.292 / SP, aimed at understanding the constitutional principle of presumption of innocence. First, a historical analysis of criminal constitutional principles was undertaken. In the following, an analysis of the Principle of Presumption of Innocence was made in various international legal systems, as well as its reception in the Constitutions of 1824, 1934, 1937, Ai5, in 1968 and the present 1988 Citizen Constitution. an analysis of the Supreme Court's position in the trials and their linearity in relation to the issue. In this sense, the general objective of the research rests on the unconstitutionality of the provisional execution of the penalty for the exhaustion of the appeals in the second instance. Using a hypothetical deductive method, the present research concluded that the execution of the sentence still with appeals to be judged violates Article 5, item LVII, of the Federal Constitution of 1988, because the principle of presumption of innocence states that there will only be guilty after the the final judgment of a convicting criminal sentence. Therefore, in respect to the Constitution, notably to art. 5, item LVII, the provisional execution of the sentence based on the exhaustion of appeals in second instance is considered unconstitutional.

Keywords: Execution of the sentence. Principle of Presumption of Innocence. HC 126.292. Jurisprudential Analysis. Guarantee. STF.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	SISTEMAS PROCESSUAIS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	12
2.1	Sistema inquisitório.....	12
2.2	Sistema acusatório.....	14
2.3	Sistema adotado pelo Brasil.....	16
2.4	Direitos e garantias fundamentais individuais.....	18
2.5	Supremacia das normas constitucionais.....	19
2.6	Princípios Constitucionais Processuais Aplicáveis ao Sistema Penal.....	20
2.6.1	Princípio do Devido Processo Legal.....	21
2.6.2	Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	22
2.6.3	Duplo grau de jurisdição.....	23
2.6.4	Juiz natural.....	23
3	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
4	EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA EFETIVAÇÃO NO DIREITO COMPARADO.....	30
4.1	A recepção do Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Jurídico do Brasil ao longo das Constituições.....	33
5	DA IMPOSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTIDA NO ARTIGO 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	37
5.1	O cumprimento antecipado da pena no entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	38
5.2	Análise sobre a execução da pena antes do trânsito em julgado.....	44
5.3	Natureza do artigo 5º, LVII da Carta Magna: presunção de inocência como figura principal.....	46
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
	REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

Embora o tema central do presente trabalho de conclusão de curso seja a inconstitucionalidade da execução provisória da pena fundada esgotamento das vias recursais em segunda instância, é importante, antes do seu exame mais completo, uma análise acerca da teoria dos princípios, assunto de extrema importância para o ordenamento jurídico, diretamente no meio constitucional e processual.

Importante esclarecer que tal missão é extensa e árdua devido ao seu porte, tanto que muitos pensadores já trabalharam debruçados sobre o tema, mormente em relação aos seus conceitos e classificação, todavia sem chegarem a um comum acordo.

Princípio vem da palavra latina *principiu*, que significa: "começo, início, base, fundamento." Um dos primeiros juristas a abraçar o tema foi Luís-Diez Picazo.

Para este doutrinador, a noção de princípio vem da matemática especialmente da geometria onde indica as verdades primárias. Portanto, por estar intrínseco com a ideia de origem, então, chega-se a conclusão que os princípios estariam no princípio de tudo.

Uma das bases que amparam Ordenamento Jurídico brasileiro são os princípios, no que considera que todas as pessoas são inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal princípio encontra-se explícito na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LVII.

Superados esta parte, a pena privativa de liberdade por um grande espaço de tempo movimentou-se para a sua execução somente após o esgotamento da via recursal. Isto sobreveio porque no Brasil o trânsito em julgado é o limite da presunção de inocência.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP em 17 de fevereiro de 2016, por maioria dos votos, compreendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não era barreira para que a pena fosse executada, logo após a certificação da sentença condenatória proferida pela segunda instância. No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) mitigou a aplicação do inciso LVII do art. 5º da CF/88, decidindo, em síntese, que a execução de acórdão penal

condenatório proferido em grau de apelação, ainda que recorrível por REsp ou RE, não compromete o princípio da presunção de inocência

Contemplada esta questão, a presente pesquisa visa elucidar a importância do tema em relação à inconstitucionalidade da execução da pena ainda com recursos a serem apreciados. Por conseguinte, este trabalho destina-se ao condenado - o qual possui seus direitos garantidos na Constituição da República cerceados, com a prisão ante o não julgamento dos recursos e remédios constitucionais que lhe são incontestáveis, como também para a sociedade em geral.

À vista disso - e toda a repercussão geral -, a Teoria do Garantismo Penal e a presunção de inocência foram levadas em fundamentação para que houvesse a alteração da jurisprudência do STF, o qual não respeitou o trânsito em julgado para o início do cumprimento de pena em estabelecimento prisional posterior a condenação em segunda instância, mais ainda com recursos ainda para serem julgados?

Quanto ao problema exposto entende-se uma possível hipótese que a Egrégia Suprema Corte do Brasil, sabedor do adiamento que significa o acatamento da culpa definitiva após o trânsito em julgado, se filiou ao princípio da celeridade processual e, sendo assim, não respeitou o Princípio da Presunção de Inocência.

Outra hipótese sugerida seria a impossibilidade da conexão de matéria criminal, dada pelos Ministros do STF, levando em consideração o Código de Processo Civil, de 2015 que, em no título que versa sobre os recursos, ensina, no art. 1.029, § 5º, a possibilidade de pedir a concessão de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário diretamente ao tribunal superior respectivo; ao relator, caso já tenha sido distribuído o recurso ou; ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, caso o recurso tenha sido sobrestado.

Sob mecanismo legal o § 5º do art. 1.029 do CPC, aplicando-o ao diploma penal, rogando tal pedido em matéria criminal, a fim de garantir o efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Outro meio, caso seja indeferido o efeito suspensivo, especialmente o Habeas Corpus. Notadamente, não são respeitados o Código de Processo Civil, bem como a Carta Magna deste país.

Este trabalho possui objetivo geral, o qual é discutir a inconstitucionalidade da execução da pena pelo esgotamento das vias recursais em segunda instância,

existindo assim, cerceamento de direitos claramente constitucionais, engessados sob a égide de cláusulas pétreas, o qual leciona o dever de evitar a prisão do réu.

Elencar o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado na Constituição, em seu artigo 5º, inciso LVII, onde claramente está insculpido que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; e verificar a inconstitucionalidade da execução da pena pelo esgotamento das vias recursais em segunda instância.

A metodologia usada nesse trabalho é a descritiva, sendo o seu método analítico utilizando o dedutivo, pelo qual iremos analisar os princípios gerais capitaneadores do Direito, bem como doutrinas, revistas criminais e julgamentos dos Tribunais brasileiros e Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça.

O primeiro capítulo deste trabalho perfaz a entender o que são os princípios constitucionais, como eles são utilizados em nosso ordenamento jurídico, bem com o as garantias disponíveis para os cidadãos brasileiros. Porém, antes, será apresentado os tipos de sistemas penais existentes durante a história, fazendo com que situe-se onde e qual o sistema adotado no Brasil.

O segundo capítulo visa apresentar o Princípio da Presunção de Inocência, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico internacional e sua recepção no Brasil. Comparando as diferenças, se caso exista, entre presunção de inocência e não culpabilidade.

No terceiro, externaremos a impossibilidade de mutação constitucional do Art. 5º, inciso LVII da Constituição e como esta sendo o entendimento do STF acerca da Presunção de Inocência, bem como uma análise sobre a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O Estado é a única entidade dotada de poder soberano de punir, é ele o titular exclusivo do poder-dever de punibilizar. É importante, de início, expor a evolução dos sistemas jurídicos já existentes e seu constante relacionamento de ideia de poder.

Para adentrar nos tipos de sistemas processuais penais, faz-se importante definir o que seria sistema na seara do direito. No grego, sistema principia-se de *synítemi*, o qual refere-se a estar junto de; no latim, *sustematis*, *systema*, que em sua tradução seria reunião. Não obstante, sistema seria o gênero e sistema processual jurídico, uma de suas espécies.¹

Em seu livro, Marcos Zilli ensina observando sistemas em culturas processuais próximas a brasileira que a definição de sistema está intrinsecamente ligado a algo complexo e amplo, que não pode ser resumido a reunião de princípios, elementos e partes:

Partindo de um exame quanto aos pontos de similitude entre várias relações, podemos agrupá-las, de acordo com determinados critérios, em espécies de bolsões que nada mais serão do que os sistemas. Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias²

Os sistemas estão sujeitos a constantes mudanças, mas o mais independente, eles são representações constantes das lideranças vividas por aquele povo, naquela determinada época.

2.1 Sistema inquisitório

A origem do nome vem de Santa Inquisição – Tribunal Eclesiástico, cuja finalidade era julgar e punir os hereges, que com o final do Império romano,

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008, p. 28.

² ZILLI, Marcos. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.34.

moravam dentro dos feudos, portanto, são aqueles que desrespeitavam as ordens da Igreja Católica Apostólica Romana. Nesta época, o sistema penal estava profundamente interligado com a religião. Nele todos os poderes processuais estavam nas mãos de um só ator processual: o juiz.

Segundo Lopes Jr.,

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuições de poderes instrutórios aos julgadores, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois a mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesmo produziu.³

Neste sentido, o processo penal inquisitório tinha como traço forte o poder nas mãos do juiz que perfazia todas as searas do julgamento, sendo ele mesmo o acusador e o julgador, sem que tivesse espaço para a ampla defesa, o contraditório, muito menos a presunção de inocência. Indo além, o procedimento adotado neste tipo de sistema era secreto, sem nenhuma publicidade, tudo era muito escuro.

O juiz era o gestor, toda a iniciativa probatória encontrava-se nas mãos de uma só parte, o juiz-ator: o ativismo judicial. Não existia paridade de armas. Violando o princípio *neprocedat index ex officio*, pois o juiz não pode atuar de ofício, sem que antes exista uma invocação.

Assim, o contraditório e a ampla defesa não existiam. Não era assegurado ao acusado nenhum patrocínio, estava ele fadado ao fracasso em prisões ou até mesmo à morte.

No momento histórico em que instituía o período inquisitório, predominava o entendimento da presunção de culpa, perfazendo quase que impossível a absolvição. Manzini, penalista italiano, que ainda possui grande prestígio entre os criminalistas atuais, sorria dos que defendiam a presunção de inocência, ele afirmava que não existia lógica racional, afirmando que não existe uma ação penal contra quem seria presumidamente inocente.⁴

Para Manzini, “absurdamente paradoxal e irracional” na “pretendida presunção de inocência⁵”

³ LOPES JR., Aury, **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 7.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.25.

⁵ BRASIL. **Presunção de Inocência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-01/celso-de-mello-ministro-do-supremo-stf-garantiu-presuncao-de-inoc>. Acesso: 19 mai. 2019.

Claramente, imputavam o princípio da culpa antecipadamente, ou seja, ninguém aponta culpado que é digno de inocência.

O sistema inquisitório perdurou até o início do século XIX, momento este que surgiu a Revolução Francesa, onde trouxe consigo a valorização de outros elementos, e o mais importante foi o homem, junto com esse movimento revolucionário, sobreveio os movimentos filosóficos que acabaram, entretanto, repercutindo no processo penal, renovando aos poucos as fases do sistema inquisitório.

Ficando claro que, trouxe para si, o Estado, o poder de resolver conflitos, bem como de penalizar aqueles tidos como infratores. Portanto, simplificando, dessa forma o sistema inquisitório - o primeiro sistema processual efetivo - que possuía como centro de tudo o Juiz, o qual era o responsável por reunir todas os atores processuais: autor, réu e julgador. Toda matéria fática e probatória, estavam nas mãos do juiz, sem margem para outro componente.

2.2 Sistema acusatório

Historicamente, o sistema acusatório teve origem com a expansão do império romano, com o início das premissas republicanas, onde foi importante, com a evolução da sociedade da época o desenvolvimento de um sistema mais completo, onde pudesse, com a produção de provas uma investigação de crimes mais complexos. Surgindo dessa forma um sistema mais amplo e que abarcasse um maior número de envolvidos.

Com o crescente número de violência e aumento populacional, e concomitantemente o de crimes, ficou impossível que o juiz pudesse de forma isolada, conduzir todo o mecanismo processual, abrindo, dessa forma, necessariamente os componentes do processo.

Segundo Almeida Júnior,

O aumento do número de causas e a dificuldade de processá-las nas grandes assembleias acarretaram a necessidade de se delegar as funções jurisdicionais do Senado ou do povo para tribunais ou juízes em comissão, órgãos jurisdicionais inicialmente temporários, que levavam o

nome de questões, constituídos por cidadãos representantes do povo romano (*iudicesiurati*) e presidido pelo pretor (*quaesitor*).⁶

O sistema acusatório onde já se encontrava remido pela desconcentração de todos os poderes nas mãos de um único personagem: o juiz, neste momento histórico já existe uma cristalina separação de funções das pessoas que compõem o processo penal.

Foi no reinado de Henrique II que o Sistema Acusatório passou a tomar suas formas mais refinadas, por volta dos anos de 1.660 que aconteceu *otrial by jury*, pelo que foi dividido o tribunal em duas etapas: a primeira consistia em admitir ou não a acusação e a segunda perfazia o direito material violado ao caso.

O representante do rei, equivalente ao juiz-presidente, “não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa.”⁷

Com os ensinamentos de Aury Lopes, o qual ensina que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”.

Em vista disso, o Estado, com o intuito garantidor de manter a fração das funções, cria um órgão intitulado de Ministério Público. Este órgão teve origem com procuradores do rei. Será o órgão ministerial, assim, o responsável pela propositura da ação penal quando pública. Mantendo-se a iniciativa da ação penal privada, ou a dependente de representação, nas mãos do particular.⁸

Pode-se dizer que as principais características desse sistema acusatório estão na separação das funções: acusar, julgar e defender, não estando mais nas mãos do juiz. Existe agora a publicidade dos atos, como também o contraditório e a ampla defesa e principalmente a presunção de inocência. Tem-se primordialmente, o réu como pessoa detentora de direitos, sendo ele possível agora de produzir provas, como as outras partes processuais também. Existindo neste momento o sistema de provas de livre convencimento motivado, onde o juiz deve motivar cada decisão.

⁶ ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 30 apud Malan, Diogo; SAAD, Marta, 2019.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

Existem, porém, críticas a esse sistema, qual seja, a inércia do juiz, que retira todas as provas nas mãos do juiz, terá ele que julgar apenas com o que lhe é ofertado, contando agora com “as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado.”⁹

No sistema de convencimento livre ou da persuasão racional, o juiz é obrigado a informar os motivos que levaram aquela decisão em detrimento dos de outra. É uma forma encontrada para evitar que o juiz tome decisões às cegas, sem que haja fundamento racional e jurídico para que ele tomasse tal iniciativa, evitando, conseqüentemente recursos.

Para alguns doutrinadores como Eugênio Pacelli, Paulo Rangel e Hélio Tornaghi, ela está na separação das funções de acusar, defender e julgar¹⁰. Porém, esta não é uma posição firme na doutrina. Joaquim Canuto, para ele, a decisão que o juiz fundamenta no processo, em colaboração com outros meios típicos, define o sistema acusatório puro e afasta de vez o inquisitório.

2.3 Sistema adotado pelo Brasil

No Brasil, o sistema acusatório, apareceu no momento em que os cidadãos perceberam que eram detentores de seus direitos políticos, civis e, sobretudo, sociais.

Como ensina Schineider:

Por um lado, poder-se-ia sugerir que o caso brasileiro apenas reproduz o modelo ocidental, já que o sistema acusatório surge igualmente junto à conquista de direitos civis e políticos, o pilar social parece ter sido o fator determinante para essa transformação¹¹.

⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 350-360.

¹⁰ LOPES JR, Aury. op. cit., p. 129.

¹¹ SCHINEIDER, Gabriela; CALLEGARI, André Luís. A relação histórica entre o processo de aquisição de direitos e o sistema acusatório no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 149, ano 26. p. 195-226, São Paulo: Ed. RT, nov. de 2018.

Em um país em crescimento, onde a sua população passa por um forte processo de acesso ao Ensino Superior, os direitos sociais, mostra-se como condição necessária para a garantia de direitos civis, políticos e sobretudo sociais.

Os relatos afirmam que não foram superados todos os traços de inquisitorialidade no processo penal do Brasil, carece de esforços em busca de concretizar os direitos civis.

Continua Schneider:

A evolução dos sistemas de processo penal parece estar diretamente relacionada ao processo de transformação das Constituições e da garantia histórica de direitos pela população, especialmente vinculados à síntese entre direitos civis, políticos e sociais estabelecidos no Estado Democrático de Direito¹²

Jacinto Coutinho corrobora, junto com Aury Lopes, que

A prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase¹³

Neste sistema, a imparcialidade do juiz não se sustenta, pois, o mesmo colhe provas antes mesmo da acusação, por conseguinte este é o papel do Ministério Público, o defensor da lei.

O sistema adotado pelo Brasil possui características, como é apontada por “uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”¹⁴ Sendo dessa forma ele inicialmente secreto, e posteriormente unificador de todos os princípios.

¹² SCHNEIDER, Gabriela; CALLEGARI, André Luís. **A relação histórica entre o processo de aquisição de direitos e o sistema acusatório no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 149, ano 26. p. 195-226, São Paulo: Ed. RT. 2018.

¹³ LOPES JR, op. cit., p. 130

¹⁴ CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 83.

2.4 Direitos e garantias fundamentais individuais

Em 1988, foi promulgada no Brasil a nova Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã, nome dado por Ulysses Guimarães, naquele momento sendo então presidente da Câmara dos Deputados, sendo aquela atual Constituição uma forma de ser barreira a atrocidades dos direitos perdidos em Cartas Magmas anteriores.¹⁵ Desta forma uma forma de garantir uma igualdade entre os cidadãos.

Os direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição estão capitaneados no título II, os quais estão divididos em cinco partes. A diferenciação entre direitos e garantias devem ser trazidas pois o direito são as normas de interesse individual do cidadão, e as garantias seria o anteparo do Poder do Estado de atender os interesses individuais devidamente reconhecido pela norma.¹⁶

Para Moraes:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre, igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social¹⁷

Foi muito importante o surgimento de garantias individuais, pois era grande a necessidade de amparar a liberdade individual de cada um frente ao Estado senhor soberano, uma disputa antes desigual, que carecia de defesa.

O art. 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura que as garantias individuais não podem sequer ser matéria para emenda constitucional, portanto, as garantias não podem ser de nenhuma maneira ser relativizadas. Segundo Delmanto, as garantias não podem ser analisadas com visão relativa, muito menos restritiva, posto que elas não podem nem mesmo ser objeto de Emenda à Constituição.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, pp. 89-90.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, P. 47.

¹⁷ MORAES, R. D. **Estudo Comparado De Direitos Fundamentais**. Rio Claro: Centro Universitário Clarentiano, 2015.

No mesmo tocante continua explicando que existem riscos a proporcionalidade pode trazer riscos a soberania da Carta Magna de qualquer país Democrático e de Direito.¹⁸

Para Ada Pelegrini Grinover, explica que as garantias fundamentais não são apenas benéficas às partes, mas sim, aspiram o interesse público, que este seja jamais silenciado, com o devido processo legal. Portanto, a violação de determinados dispositivos constitucionais são atos nulos e sem valor nenhum jurídico.¹⁹

Os direitos fundamentais, fonte legítima e verdadeira de direitos e obrigações, públicas e privadas, deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, parece que já indiscutivelmente envolvida na cultura, necessita de se vincular a aplicação do Direito, e, assim, do processo penal justo, os quais são ensinados nos art. 5º, 6º e 7º, da Constituição da República do Brasil.

2.5 Supremacia das normas constitucionais

Sempre haverá uma hegemonia da Constituição da República sobre o ordenamento jurídico, pois as normas ditas infraconstitucionais devem estar de acordo com o que está entabulado na Carta Maior do país.

O Direito - com seus vários ramos -, em especial ao Direito Processual Penal e Direito Penal, sujeitam-se a Constituição, pois segundo Mirabete “é encontrado na Constituição o aparelho judiciário, que gerencia a atividade jurisdicional, se entabula as atividades jurisdicionais, onde são localizados as garantias individuais, se registram os casos de imunidade, etc.”²⁰

Já para Nucci quando estiverem em confronto normas de caráter constitucional, as tidas pelo legislador originário como *Cláusulas Pétreas*, taxando neste rol a garantia de presunção de inocência que futuramente será questionada, devem permanecer intactas diante de outras normas elencadas na Constituição.

¹⁸ 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, pp 444-5, mai. 2005.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades do Processo Penal**. 8. ed. rev. Atual. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2004, p.29-30.

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo; Atlas, p. 44.

Perpassando, dessa forma, a impressão de que os direitos e garantias fundamentais são considerados superiores a outras normas constitucionais.²¹

Mostra-se o mecanismo que a Constituição deu à área do Direito Processual Penal, em ênfase as normas que regulamentam as garantias ao indivíduo que é criminalmente acusado em desproporcional processo em que ficam sob a égide das forças do Estado.

Destaca-se a excelsa importante verificada na Carta Magna do Brasil, no tocante de seu valor garantista, vez que suas normas levam a um sistema jurídico como um todo a proteger seus cidadãos de exequíveis atos arbitrários possivelmente praticados pelo Estado.

2.6 Princípios Constitucionais Processuais Aplicáveis ao Sistema Penal

Os princípios constitucionais são as regras que dirigem o ordenamento jurídico, hermenêutica e aplicação de normas, dando a este o fato de unidade ao sistema jurídico como um todo.

Para Paulo Rangel “os princípios que capitaneiam o direito processual penal constituem como base de construção de toda dogmática jurídica processual”. Aduz, ainda, que são grandes as vezes que os princípios resolvem conflitos no curso do processo penal.²²

Os princípios constitucionais notadamente de grande relevância ao âmbito criminal são: Princípio do devido processo legal, Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, Princípio do Juiz Natural, Princípio da Publicidade, Princípio da Verdade Real, Princípio da Vedação de Provas Ilícitas, e Princípio da Presunção de Inocência.

²¹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo de execução penal**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2005, pp. 65-8.

²²RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Ver. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1.

2.6.1 Princípio do Devido Processo Legal

Entabulado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil ensina que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Já é por todos os operadores do direito entendido como uma garantia fundamental intrínseca a todos os cidadãos brasileiros, repassando a incapacidade da prisão em estabelecimento prisional ou de seus bens sem que antes se obtenha um processo regido por todos os termos legais.

O doutrinador Couture, muito bem ensina que “O due of process law constitui no direito de uma pessoa não ser privada de liberdade e de seus bens, sem a garantia que é estabelecida nas formas do processo justo.”²³

No devido processo o Estado, na figura de juiz, deve prestar a tutela jurisdicional em consonância com o ordenamento jurídico e os princípios.

Seguindo o entendimento Alexandre de Moraes²⁴ o processo tem o objetivo principal o contraditório e a ampla defesa, os quais serão indispensáveis aos litigantes, em processos judiciais ou administrativos.

Para Nucci²⁵ o devido processo legal constitui uma receita de direitos e garantias fundamentais que constitui a trilha a ser obedecida pelo Estado Democrático de Direito.

Em ensinamento similar Tourinho Filho:

O devido processo penal, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, inteligência física, liberdade e igualdade.²⁶

Assegura-se ao princípio do devido processo penal, como o basilar do processo penal justo, pois dele se ramifica em outros princípios, notadamente importantes, os quais se seguidos fielmente, deixarão de existir irregularidades no processo, constrangimento e violência.

²³ J. COUTURE, 1941 apud TOURINHO FILHO, 2015, p. 26.

²⁴ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 18 ed. São Paulo, Atlas, 2005, p. 93.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: 2016, p. 33.

²⁶ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 26.

Para Nucci²⁷, o devido processo legal deve ser olhado sob ângulos, o aspecto processual, ligando-se a possibilidade do acusado produzir provas, demonstrar sua defesa, apresentar ao magistrado sua inocência, por sua vez tem-se o órgão acusador, que faz a figura da sociedade, com a prerrogativa de convencer o juiz, através de provas lícitas, a validade da sua pretensão condenatória.

Para o mesmo doutrinador, tem o lado material, intrinsecamente ligado ao Direito Penal, posto que ninguém poderá ser levado a julgamento sem que antes exista um tipo penal já devidamente catalogado no Código Penal brasileiro, bem como orientado pelos princípios constitucionais garantidores de afastamento de acusações infundadas pelo Estado.

O processo penal é o protocolo, pelo qual, a parte mais fraca da relação processual tem seus direitos resguardados, frente ao Estado- punidor.

2.6.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão intrinsecamente juntos, primordialmente, no que se fala em requerimento probatório, servindo para ambos os participantes do processo: Estado e cidadão.

É uma garantia disponibilizada, principalmente, ao cidadão em frente ao aparato penal que detêm o Estado. Encontra-se enraizado no interesse público da confecção de um processo penal equitativo e sem margens para injustiças.

Pelas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório e a ampla defesa, então, só passariam a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos, como também que a oportunidade da resposta possa se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simetria de paridade.²⁸

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: 2016, p. 96.

²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. São Paulo: DelRey, 1992, p.127.

Este é um dos princípios mais salutares ao processo penal, sendo um quesito de validade ao processo, pois na sua não observação é passível até nulidade absoluta, se não oportunizado ao acusado.

Constata-se que o contraditório e a ampla defesa disponibilizam as partes, no momento de sua ciência de uma ação penal, o direito salutar de participar do processo, principalmente na parte de produzir provas e sustentar suas razões, antes de qualquer decisão jurisdicional (CF, art.5º, LV) estando na fase de bilateralidade processual, fazendo com que as partes, em relação ao magistrado, não sejam antagônicos, mas sim colaboradores necessários para o deslinde.

2.6.3 Duplo grau de jurisdição

Os juízes são vítimas de erros, são seres humanos. Pensando nisso, o Estado criou os órgãos recorrentes, para analisar casos de possíveis erros.

Pelas vias recursais, existe a possibilidade de revisão, das causas já julgadas pelo magistrado do primeiro grau. Este princípio não se encontra de forma literal nos textos legais.

O duplo grau de jurisdição decorre da própria estrutura do Poder Judiciário, confiando-se ele a Lei Maior brasileira, nos artigos 102, II, 105, II e 108, II, autorizando a competência recursal aos órgãos da justiça, expressamente aos tribunais, no artigo 93, III, dando a eles o órgão do Poder Judiciário de segundo grau.

2.6.4 Juiz natural

Encontra-se no art. 5º, inciso LIII, da Carta Maior, discorrendo acerca: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Seguindo o dispositivo tem-se garantia da existência de um juiz imparcial, fazendo com que inexista os tribunais de exceção.

Leciona Capez²⁹

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

Significa dizer que todos têm direito a garantia constitucional de serem submetidos a julgamentos somente por órgãos do Poder Judiciário, dotados de todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição da República. Juiz natural é, portanto, aquele que previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investidos de garantias que lhe são asseguradas.

No tocante aos tribunais de exceção e retirada da causa ao órgão competente, segundo Fernando Scarance³⁰, tem-se três divisões, vejamos:

Só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição Federal, ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato, e entre juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Olhar o artigo 564, inciso I, do CPP, que observa a nulidade dos atos realizados por juiz incompetente. Observa-se que em ao olhar de Nucci³¹ “eventuais alterações de competência, válidas para todos, não possam ser aglutinadas e aplicadas” pois é constituído juízos de exceções ao princípio do juiz natural contido na Lei de organização judiciária e no Código de Processo Penal.

Portanto, os tribunais de exceções, os quais desrespeitam os princípios do devido processo penal, não correspondem às normas que vigoram no ordenamento jurídico.

³⁰ FERNANDO SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 135.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: 2016, p. 96.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

No Ordenamento Jurídico brasileiro mais especificamente, o princípio da presunção de inocência, está descrito no artigo 5º, inciso LVII da CRFB/1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É de fácil percepção que no texto, a adoção de tal princípio foi seguida pelo constituinte, tendo como base normas aplicadas em vários Tratados Internacionais, os quais o Brasil é signatário.

Todo indivíduo infrator, respeitando-se o devido processo legal e o contraditório, terá grandes chances de ser punido, pois o nosso Estado pátrio tem o interesse de punir os que cometem atos atentatórios ao nosso ordenamento jurídico, no entanto, o direito de punir do Estado deve respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, e da liberdade individual.

O direito e as garantias individuais previstos em nossa constituição devem necessariamente ser respeitados, devendo a presunção de inocência prevalecer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

As fontes de tal princípio nos remetem ao século XVIII, época em que a presunção da inocência se colocava como uma das regras básicas do iluminismo durante a Revolução Francesa, dando resultado ao surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual apregoa que todo o acusado se presume inocente até ser declarado.

No que diz respeito ao alcance das regras e princípios, Walber Agra ensina que:

Enquanto o alcance dos princípios é definido segundo uma decisão política, em que, de acordo com as forças sociais, o seu sentido será elasticado ou restringido, o espaço para decisões políticas na atuação das regras é diminuto, concentrando-se no momento de sua criação. Como tem aplicação mais restrita, sem poderem propiciar um alto grau de diminuição ou extensão no seu alcance, o espaço elaborativo na subsunção é muito reduzido³².

³² AGRA, Walber de Moura. Op. cit. p. 91.

Na grande maioria das nações a culpabilidade já é declarada em dois graus de jurisdição, no entanto, este não foi o entendimento adotado pelo nosso constituinte quando da CRFB/1988.

O princípio da não culpabilidade em nosso ordenamento ficou subordinado ao trânsito em julgado da ação, contudo, a execução da pena sem declarar de forma definitiva sua culpabilidade já é possível mesmo sem se esgotarem todos os recursos impetrados, mas todo acusado será presumido inocente enquanto não for declado de forma definitiva a sua culpabilidade.

Nossa Corte suprema, guardiã da Constituição Federal vem exercendo seu papel na garantia de direitos previsto na Carta Magna, direitos de várias proporções, que dão a nossa sociedade a igualdade, a justiça, o desenvolvimento entre outros, tendo a Carta Magma o reconhecimento internacional como sendo cidadã, pois de forma harmônica tem em seu texto garantias que visam sempre soluções que garatam a paz bem como entre as nações.

O Devido Processo Legal e a ampla defesa é fato para o início do cumprimento da pena, devendo prosseguir com as normas e leis balizadas com a nossa constituição, devendo sempre o processo ser justo e dentro da lei, no qual o Estado sempre deve trabalhar de forma jurisdicional tendo na Carta Magna sua principal inspiração.

O Princípio da Presunção de Inocência no processo é o mais importante atributo da justiça, devendo o acusado ser merecedor ao tratamento como inocente até o término do processo, assegurando ao Estado exercer uma justiça real, justa.

A Suprema Corte tem o dever garantir o comprimento do *jus puniendi* do processo, possui também essa é função institucional Imprescindível. Então, o resgate da jurisprudência, atribuindo aos recursos especiais e extraordinários, apenas efeito devolutivo, e dessa forma harmonizando os Princípios da Presunção de Inocência e a atividade da finalidade jurisdicional penal do Estado, como o relator Teori Zavascki descreve em suas próprias palavras:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de 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 criminal³³.

Antes do julgamento dos Habeas Corpus 126.292 em fevereiro de 2016, o entendimento da nossa Suprema Corte, que em votação e por maioria, entendia que a pena privativa de liberdade só poderia ser executada após transitar em julgado sentença penal condenatória, ou seja, enquanto tramitavam os recursos de defesa nos tribunais superiores o acusado não poderia ser preso, salvo nos casos das prisões cautelares previstas no sistema penal brasileiro.

Em nosso país, o princípio da não culpabilidade surgiu com maior precisão com a CF/88, tendo sido inserido no título dos direitos e garantias fundamentais, estando assegurado no inciso LVII, do artigo 5º, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, nas palavras de Paulo Rangel³⁴: “Assim, para parte da doutrina qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado somente deve ser adotada se revestida de caráter cautelar e, portanto, se extremamente necessária.”

A nossa Carta Magna inovou ao vincular a culpa do agente infrator ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, posto que as Constituições passadas não possuíam tal previsão em suas composições.

O entendimento majoritário da suprema corte, é que a decisão que autoriza a prisão após condenação em segunda instância não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, pois o juízo de primeiro grau e o tribunal de segunda instância se debruça sobre toda a matéria fática probatória, ou seja, os elementos levados ao conhecimento do julgador o capacitam com quase a certeza absoluta a decidir sobre a autoria e materialidade do crime, não cabendo aos tribunais superiores a reanálise de matéria.

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, consiste no direito de não ser declarado culpado enquanto não houver sentença transitada em julgado, com as garantias do devido processo legal, no qual o acusado tenha feito uso de todos os meios de prova admitidos para sua defesa.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, em : 17/02/2016, Rel. Min. Teori Zavascki, p. 4-5.

³⁴ 32 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

No mundo todo, ao longo dos anos, vem sendo demonstrada uma grande preocupação em proteger alguns direitos e garantias fundamentais, principalmente as que versem sobre direitos humanos, e a condição de inocente do indivíduo é um direito universal, que deriva da dignidade da pessoa humana. A ofensa a esse preceito vai de encontro à dignidade da pessoa humana, dado que anulam direitos.

A condição de se considerar inocente foi positivada em nosso ordenamento e também em outros institutos alienígenas, de modo que se parte do pressuposto que é um direito universal.

O princípio da presunção de inocência assegura junto com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os direitos e garantias fundamentais, que estão inscritos na constituição.

Paulo Mascarenhas nos dá uma boa definição da presunção de inocência:

Da presunção da inocência se infere que não pode haver a inversão do ônus da prova. Ao estado, a quem compete à formalização da denúncia, cabe a produção das provas necessárias para tanto, asseguradas ao acusado a ampla defesa e o estabelecimento do contraditório.³⁵

A constituição assegura ao acusado o direito de provar em juízo a sua inocência, garantindo sua ampla defesa bem como o contraditório.

O princípio da presunção de inocência possui grande destaque protetor, pois o princípio é derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, contudo juristas e doutrinadores divergem na interpretação quanto a sua utilização quando da prisão após condenação em segunda instância, e em poucos anos tal entendimento na Suprema Corte vem sendo modificado.

Este princípio gera uma obrigação de abstenção ou omissão, de caráter limitador, um verdadeiro não abuso, traduzido na impossibilidade de satisfação do direito penal objetivo senão após o regular trânsito em julgado da decisão condenatória.

Existe a necessidade de defender o próprio indivíduo dos abusos costumeiros e de abusos das autoridades constituídas, as quais levaram vários Estados a firmarem posicionamento contundente a afastar a ilegalidade.

³⁵ MASCARENHAS, Paulo. **Manual de direito constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

Assim, entende-se que no processo penal, como regra, o réu deverá ser investigado e processado em liberdade, sendo que o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção, pois assim entende alguns doutrinadores. O acusado poderá, então, utilizar-se de todas as ferramentas e garantias processuais que lhe são dispostas, permitindo e garantindo, assim, a ampla defesa.

A nossa constituição adotou uma expressão negativa, pois como já exposto, no artigo 5º, LVII, não há afirmação de que o indivíduo será presumidamente inocente, mas há uma proibição de considerá-lo culpado antes do fim do processo penal.

Aparecem discordâncias em relação à nomenclatura do princípio da presunção de inocência no dispositivo constitucional. Alguns afirmam que presunção de inocência e não culpabilidade são conceitos diversos, como leciona Paulo Rangel:

Não podemos adotar a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. [...] Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.³⁶

Por vezes a Presunção de Inocência, ou também chamado de Princípio da não culpabilidade, se consagrou como preceito fundamental, sendo consignado tanto na nossa Carta Magna, como em documentos internacionais em que o Brasil é participante.

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. P. 25.

4 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA EFETIVAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

O capítulo em questão traz em seu bojo o histórico do Princípio da Presunção de Inocência como importante alvo Constitucional, bem como a sua efetivação no ordenamento jurídico de alguns países do mundo, sua recepção no Brasil e sua imutabilidade.

Ensina Luigi Ferrajoli que o Princípio da Presunção de Inocência é submetido ao processo penal, e também ponderado pela submissão à jurisdição, o qual demarca as diretrizes necessárias para conseguir chegar ao fato tido culpável, como também serve para condenar o agente infrator, se for o caso. Contudo, o acusado não pode ser considerado culpado, nem em hipótese alguma ser acelerado o cumprimento de pena e o fato não tenha chegado ao trânsito em julgado de uma sentença.

É expresso o que o legislador constituinte brasileiro adotou a presunção de inocência da Constituição da Itália artigo 27.2: “O imputado não é considerado culpado senão até a condenação definitiva”. Enquanto a Constituição brasileira afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Denota que não se utilizou da expressão “inocência” para se falar da garantia processual.

Entretanto, para alguns a Constituição de 1988, utilizou a presunção de inocência, para outros, a atual Constituição se debruça sobre a da não culpabilidade. Existem aqueles que pontuam que a Constituição no inciso LVII, do art. 5º não existe diferença.

Não existe diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As palavras ‘inocente’ e ‘não culpável’ são variantes semânticas de um mesmo conteúdo. É inútil a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é inútil do ponto de vista processual.³⁷

A Presunção de inocência corresponde a uma técnica à não culpabilidade prévia, pois para aquele que está sendo imputado de algum crime, não deve ser

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal - Tomo I**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16

considerado inocente ou culpado, para que exista desse modo um regular desenvolvimento do processo. Para isso, só após o trânsito em julgado que se afirmaria a certeza de ser aquele o autor de tal infração penal, sendo agora considerado culpado. Chamada de técnica à não consideração prévia de culpabilidade.³⁸ A Constituição brasileira consagra a presunção de inocência.

Em favor dos inocentes, o princípio da presunção de inocência, perfaz uma opção garantista. Este princípio representa um guia à instrução da prova: fazer a acusação provar a culpa, servindo, também, como defesa social, protegendo o agente dos juízos arbitrários estatais e defendendo a credibilidade do sistema criminal de um Estado Democrático.³⁹

Ricardo Alves Bento⁴⁰ mostra a aplicação do princípio nos variados sistemas jurídicos, sua aplicação e suas consequências, a título de resultados legais, entre o princípio de presunção de inocência e a não culpabilidade. Em Portugal, todo arguido ou acusado, se presume inocente, pois conforme art. 32.2 da Constituição portuguesa, como se encontra naquela Constituição a garantia fundamental de um julgamento em um curto espaço de tempo⁴¹.

Art. 31.2 da Constituição da República de Portugal: Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado em mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Na Espanha, também na Europa, em sua Constituição, visualiza a presunção de inocência como uma das várias garantias do processo penal justo, como também um processo com um tempo rápido para seu julgamento, sem muitos desvios, e da ampla defesa.

Art. 24.2 da Constituição da Espanha: Ao mesmo tempo, todos têm direito ao Juiz comum predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, a ser informado das acusações feitas contra eles, a um processo público, sindicâncias e garantias, a usar os meios relevantes de prova para

³⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal**, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 320

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441

⁴⁰ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 53-88.

⁴¹ PORTUGAL. Constituição (1974). **Constituição de Portugal**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 15 nov. 2019.

sua defesa. , não declarar contra si mesmos, não se confrontar e a presunção de inocência.⁴²

Seguindo o mesmo pensamento, emoldura a Constituição da República da Colômbia, no seu art. 29 afirma que toda pessoa é declarada inocente até que seja observada o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, porém, ainda lhe ofertada outras garantias processuais e materiais.⁴³

Art. 29 da Constituição da Colômbia: O devido processo deve ser aplicado a todos os tipos de processos judiciais e administrativos. Nada pode ser julgado segundo as leis preexistentes ao ato imputado, perante o juiz ou tribunal competente e com observância da plenitude as formas de cada julgamento. Em matéria penal, a lei permitida a favorável, mesmo que posterior, será aplicada preferencialmente ao restritivo ou desfavorável. Presume-se que toda pessoa é inocente até que seja considerada culpada. Quem é sindicado tem direito à defesa e assistência de um advogado escolhido por ele, ou oficiosamente, durante a investigação e processo; a um processo público sindicalizações injustificadas; apresentar evidências e contestar aqueles que estão perto dele; contestar a condenação e não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. A evidência obtida como uma violação do devido processo é nula.

A presunção de inocência é sempre alvo de grandes debates, possuindo, em seu entendimento diversas interpretações conforme o momento da história.

No século XIX, existia divergência entre pensamento iluminista e os pensadores positivistas, os quais defendem um sistema criminal mais severo levando a defesa social em detrimento dos direitos do indivíduo. Pensava no coletivo, sem pensar no pessoal.

O pensador Francisco Carrara,⁴⁴ que é dos pensadores mais respeitados da Escola Clássica, afirmou que a presunção de inocência é uma das maiores garantias processuais, para o pensador, o Estado deveria prestar a preferência a tutela dos direitos individuais, com o intuito de impedir que o processo penal seja uma arma poderosa nas mãos dos juízes.

⁴²ESPAÑA. Constituição (2003). **Constituição da Espanha**. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s> . Acesso em 04 nov.2019.

⁴³COLÔMBIA. Constituição (1991). **Constituição Política da Colômbia** <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>. Acesso em 04 nov.2019.

⁴⁴ CAMARGO, Monica Ovinskide. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: Conflito entre Punir e Liberdade. São Paulo: Ed. Lumen, 2015, p.34.

4.1 A recepção do Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Jurídico do Brasil ao longo das Constituições

Há na doutrina brasileira uma inquietação acerca da posição adotada pelo princípio da presunção de inocência dentro da Carta Magna. Deve isso pelo simples fato de ter o princípio da presunção de inocência esta apenas ele capitaneado no art. 5º, LVII, da Constituição da República do Brasil de 1988, sendo assim, não expressa clareza, mas que, de forma fidedigna não se verifica a culpabilidade do acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A Constituição do Brasil nem sempre se referenciaram ao princípio da presunção de inocência. A Constituição de 1824, criada por Dom Pedro I, de forma muito simples e sem muito fundamento tratou a questão, nela não designou o início da formação da culpa, muito menos se esta seria determinada:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada da prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.⁴⁵

É importante informar também que a Constituição de 1981 repetiu a mesma posição da Constituição anterior. Art.72. § 14: ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idônea, nos casos em que a leia a admitir.⁴⁶

A Constituição brasileira de 1934, em sua época, não falou sobre a formação da culpa, apenas ficou no ponto da prisão em flagrante e a possibilidade de liberdade provisória, pagando fiança:

Art. 113: Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou

⁴⁵BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccviii_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 20 out.2019.

⁴⁶ Ibidem.

detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que relaxará se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora. Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.⁴⁷

Este tema também se encontra na Constituição de 1937, sendo esta decretada pelo presidente Getúlio Vargas, já na era do Estado Novo, assumindo uma posição extremada aos garantimos fundamentais, sendo uma época de árida ao processo penal garantidor de direitos.

Art.123: A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.⁴⁸

Contudo, com participação do Brasil na Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi que este Princípio obteve notória importância. Naquela época, o Brasil tinha acabado de promulgar o Código de Processo Penal, o ano de 1942, este com caráter essencialmente repressivo.⁴⁹

Mônica Ovinski Camargo, fala que o Processo Penal naquela época deixou de lado a presunção de inocência, colocando em patamar superior um absurdo direito individual que atentam contra o bem comum, posto isso o Princípio da Presunção de Inocência foi deixado de lado.

Em 1968, com a tomada do poder pelos militares, com a instituição do Ato Institucional de número 5, o AI 5, o Estado tornou-se mais silente a proteção da presunção de inocência.

Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvindo o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

⁴⁷BRASIL. Constitucional (1934). **Constituição do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 19 nov.2019.

⁴⁸Idem. Constitucional (1937). **Constituição do Brasil de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

⁴⁹ CAMARGO, Mônica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O Conflito entre Punir e Libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.100.

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

- I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II – suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III – proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;
- IV – aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada.⁵⁰
 - b) Proibição de frequentar determinados lugares;
 - c) Domicílio determinado.

Chegando o fim da ditadura a nova constituição de 1988, que trouxe consigo o regime democrático no país, assegurando o e exercício de direito e garantias individuais, assim trazendo a liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e a justiça. Como ensina Eugênio Pacelli:

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação de lei penal, mas além e mais que isso que se mudasse em garantias individuais. O processo penal justo deve sempre observar a desigualdade material que ocorre no processo penal.

A Constituição da República Federativa de 1988 surge como uma reação ao período de Ditadura Militar, o qual teve supressão de direitos e liberdades. Na nova Constituição, os direitos fundamentais ganharam grande apressamento, incluindo a proteção do cidadão e de direitos. Foi neste período que o Princípio da Presunção de Inocência passou a integrar o Ordenamento Jurídico brasileiro.

O doutrinador Gomes Filho aponta que o Princípio da presunção de inocência, se comporta como uma norma comportamental acerca do acusado, sabendo que são ilegítimos efeitos negativos que possam ocasionar a imputação, antes de sentença penal condenatória, ou seja, toda antecipação de medida que seja punitivista, viola o princípio fundamental da presunção de inocência.

Portanto, não há em nenhuma escala de poder que se distancie da presunção de inocência⁵¹.

O Princípio da presunção de Inocência, com concordância do Brasil ao que preceitua o entabulado artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens,

⁵⁰ BRASIL. Constituição (AI 5). **Ato institucional 5**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 19 Nov.2019

⁵¹ MORAIS, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 356-357.

foi um desrespeito, posto que nenhuma outra Constituição Federal brasileira respeitava tal Princípio.

Por meio do Decreto Legislativo número 27, de 1992. Em seu artigo 8º, inciso I, prevê que todo aquele que é acusado de alguma prática delitiva tem o direito a que se presuma a sua inocência até que não se comprove legalmente a sua culpa.

Com relação ao Decreto Legislativo e a Constituição de 1988, Antônio Magalhães afirma:

As duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia. [...] diante da duplicidade de textos que afirmam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.⁵²

Sendo assim, referendando o que se encontra escrito no artigo 5º, §2º, que expressa:

Art. 5º, §2º: Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁵³

Inferindo assim, que o Princípio da Presunção de Inocência, juntamente com a atual Constituição Federal de 1988, expressam garantias mostrados pela Declaração das Nações Unidas, consolidada de forma cristalina que o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁵²GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**. AASP. N.º 42. Abril de 1994. p. 31

⁵³BRASIL. Constituição (1988). **Constituição do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

5 DA IMPOSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTIDA NO ARTIGO 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O Princípio de Presunção de Inocência, que em razão da sua fundamental importância, não pode ser relativizado. Insta afirmar que o no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, afirma que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", a Magna Carta não prevê uma otimização do sistema processual.

Pelo contrario, o uso do substantivo ninguém, afirma a estrutura lógica que ordena a garantia de um direito que é definitivo, como se encontra no artigo 5º, inciso III da Constituição, onde "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei" é uma regra diretiva de tratamento e comportamento, que coaduna com a liberdade do individuo diante do Poder punitivo do Estado.

O direito brasileiro tem levado vulgarizar o Constituição, como explica o professor Gustavo Badaró, usando mais corriqueiramente o princípio da proporcionalidade, que tem "como mecanismo para flexibilizar direitos e garantias que a Constituição assegura no processo penal".⁵⁴

O Jurista Winfried Hassemer assegura que o emprego de ponderação é incompatível com o processo penal e deve ser rejeitado no que representa pelas suas consequências.

O processo penal, com suas formalidades, em seu objeto principal é a proteção do individuo. [...] O processo penal em um âmbito jurídico é um tipo de procedimento no qual o método da ponderação não resulta em nada adequado e que, se empregado, com o tempo, pode ter efeitos devastadores.⁵⁵

Para o professor Geraldo Prado:

O nosso modelo de sistema constitucional de devido processo penal, não admite em hipótese alguma a equiparação, igualdade, entre direitos e garantias fundamentais do acusado e os deveres do Esdo de repressão ao delito.⁵⁶

⁵⁴ Badaró, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Processo Penal** 2 Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 43.

⁵⁵ HASSEMER, Winfried. ***Critica al derecho penal de hoy***. Universidad Externado de Colombia: 2002, p. 838.

⁵⁶ PRADO, Geraldo. **O trânsito em julgado da decisão condenatória**. IBCCRIM: Boletim – 277 – Dezembro/2015. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria. Acesso em 28 Out.2019

A presunção de inocência sempre foi uma regra de direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil, conseqüentemente no Ordenamento Jurídico do Brasil, tendo nela uma determinação definitiva, clara e inafastável.

Neste sentido e com muita clareza o Ministro Eros Grau, em julgamento do HC 95.009-4/SP:

[...] E assim se dá o esvaziamento do quanto construimos ao longo de séculos para fazer, de súditos, cidadãos. [...] A interpretação sistemática da Constituição a conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar. **Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede de processo penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a supressão. A nos afastarmos disso, retornaremos a barbárie.**⁵⁷ (Grifos nossos).

Relativizar essa importante garantia, afronta violentamente o Estado Democrático de Direito.

5.1 O cumprimento antecipado da pena no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Em acórdão decidido em 17 de fevereiro de 2016, o pleno do Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento sobre o Princípio da Presunção de Inocência, o qual já havia um entendimento linear desde 2009.

Nesse entendimento, estava firmado que a execução da pena só poderia acontecer com o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, seguindo a égide do artigo 5º, LVII da Carta Magna e do artigo 283, *caput*, do regimento processual penal.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal votou acolhendo o início do cumprimento da pena logo depois do julgamento em segunda instância, sendo assim prontamente após julgamento de órgão colegiado. Dessa forma a Suprema Corte brasileira passava a relativizar o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

⁵⁷ STF. HABEAS CORPUS: HC 95. 009-4/SP. Relator: Ministro Eros Graus. DJ: 17/02/2011. **STF**, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=4697570>. Acesso em 08 nov.2019.

Observando as decisões do Supremo Tribunal Federal, aproximadamente entre os anos de 2009 e 2015, é notório a manutenção dos julgados.

Constata-se:

[...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. [...] **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 [...]. 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. (HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. em **05/02/2009**). (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência. (HC 102.111/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Ricardo Lawandowski, julgado em **16/11/2010**). (grifo nosso).

[...] Execução provisória da pena. Impossibilidade. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. (HC 107.547/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em **17/05/2011**). (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG [...], passou a entender que o **princípio da presunção de inocência obsta a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação** se inexistentes motivos cautelares a embasar. Embora não seja essa a praxe em outros países, inclusive berços históricos da presunção de inocência como os Estados Unidos e a França, o precedente deve ser prestigiado. (HC 112.926/MG, Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em **05/02/2013**). (grifo nosso).

[...] O posicionamento da Suprema Corte, há muito conhecido, é de **que ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**. (HC 123.235/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 21/10/2014). (grifo nosso).

Cabe observar que nenhuma pena pode sofrer execução definitiva sem que a sentença condenatória haja transitado em julgado. (HC 131.610MC/DF, Decisão Monocrática, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em **01/12/2015**). (grifo nosso).

Porém, em 2016 a Corte Suprema do Brasil, mudou o seu entendimento acerca da matéria.

Decisão histórica aconteceu em 2016, no HC 126.292, julgada em 17/02 daquele ano, no qual foi levado em discussão o ato do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou seguimento ao recurso interposto pela defesa, e determinou, assim, o início da execução da pena.

O HC foi impetrado pela defesa de Márcio Rodrigues Dantas, que recebeu uma pena privativa de liberdade de 5 anos e 4 meses em regime inicialmente fechado, por praticar o crime tipificado no artigo 157, §2º, I e II do *Codex Penal*.

Na época do fato, os advogados de defesa interpuseram recurso de apelação, sendo-lhe negado provimento por aquele Tribunal.

Contudo, liminarmente o Superior Tribunal de Justiça, deferiu o pedido:

As informações processuais relacionadas aos recursos interpostos pela defesa contra o acórdão da apelação confirmam o trânsito em julgado da condenação do ora recorrente, motivo pelo qual fica mantida a decisão que julgou prejudicado o presente writ⁵⁸

Diante do fato, a defesa tentou uma alteração no entendimento do STF, com a qual demonstrou o seguinte:

- (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF;
- (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva;
- (c) que a prisão foi determinada —após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo e, ainda, —sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado;
- (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.

O Ministro Relator Teori Zavascki, em seu voto, afirmou que o debate sobre a matéria era pertinente:

O alcance do princípio da presunção da inocência aliado à 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.⁵⁹

⁵⁸ STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM HABEAS CORPUS: AgRg no HC no 313.021/SP. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik DJ: 08/08/2017. **STJ**, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751477782/agravo-instrumento-em-habeas-corpus-sp-2016-0148705-6?ref=serp>. Acesso em 15 nov. 2019.

⁵⁹ STF. HABEAS CORPUS: HC126. 292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. **STF**, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=4697570>. Acesso em: 08 nov. 2019.

Em voto proferido e meio de fundamentação, o Ministro Zavascki, enalteceu o HC 126.292/SP, p. 9-10) “os recursos ainda suportados no STJ e STF, recurso especial e extraordinário, possuem, âmbito de conhecimento restrito à matéria de direito.”

Observa-se:

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.⁶⁰

Resumidamente:

A manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena. Segundo Zavascki, a presunção da inocência impera até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, e o réu passa, então, a presumir-se culpado.⁶¹

Continua, em seu voto, a mencionar outros Ordenamentos Jurídicos, em sua maioria países europeus: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Espanha, França, Portugal, Espanha e um país da América Latina, a Argentina. Mencionando o voto da Ministra Ellen Gracie:

Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), —em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema.⁶²

Observando a chance de existir possíveis erros no duplo grau, levantou que (ZAVASCKI, HC 126.292/SP, P.19) “Existirá sempre, estratégias com o intuito de proibir consequências danosas para o condenado, se for possível, suspendendo, a execução da provisória da pena.” As Medidas Cautelares, com isso, (ZAVASCKI, HC

⁶⁰ STF. HABEAS CORPUS: HC126. 292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. **STF**, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=4697570>. Acesso em: 08 nov.2019.

⁶¹ GARCEZ, William. **A Presunção de Inocência na Visão do STF: O Julgamento do HC 12.292**. Disponível em: <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-julgamento-do-hc-126292>. Acesso em: 15 nov.2019.

⁶² STF. HABEAS CORPUS: HC126. 292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. **STF**, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=4697570>. Acesso em: 08 nov.2019.

126.292/SP, p.19) “Habeas corpus compõe as vias processuais aptas para controle aos direitos fundamentais que decorrem da condenação do acusado.”

Conclui seu voto (ZAVASCKI, *HC 126.292/SP*, p. 19) “a execução provisória de acórdão penal condenatório realizado em fase apelatória, ainda sujeito a recurso, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.”

O Ministro Luís Roberto Barroso, seguindo o mesmo entendimento do Ministro Relator Zavascki, afirma que a impossibilidade do cumprimento de pena em estabelecimento prisional após segunda instância. Ocasionalmente, para o referido Ministro consequências para o sistema criminal.

Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios [...]. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal [...] Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.⁶³

Segue afirmando, que o cumprimento de pena no Brasil, não se inicia do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas sim de existir uma ordem judicial fundamentada e escrita.

Esclarece:

O inciso LVII define que —ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, logo abaixo, o inciso LXI prevê que —ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.⁶⁴

Também seguindo o mesmo entendimento os Ministros Dias Toffoli, Edson Fachin, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

A Ministra Rosa Weber, ciente que existe um abuso no uso dos recursos, não alterou o entendimento firmado pelo STF acerca do Princípio da presunção de inocência e o artigo 5º, LVII da Carta Magna e do artigo 283, *caput*, do regimento processual penal, sob o fundamento do Princípio da segurança jurídica. Sendo assim, a Ministra divergiu do voto do Ministro Relator.

⁶³ STF. HABEAS CORPUS: HC126. 292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. **STF**, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=4697570>. Acesso em 08 nov.2019.

⁶⁴ Ibidem.

Porém, o Ministro Celso de Mello, iniciou destacando que o princípio da presunção de inocência é uma conquista histórica para todos os homens de bens contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

O Min. Celso Mello, conhecido por sua posição garantista, em seu voto, citou vários documentos internacionais que embasaram a sua posição. Seguiu afirmando que a execução da pena antes do trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu.

Os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski seguiram o mesmo entendimento.

Assim, o novo entendimento foi firmado pela maioria dos votos da Corte Magna do Brasil. Sem que tivesse nenhuma sustentação oral, deixando toda a comunidade jurídica sem possibilidade de participação.

Assim, afirma Castro:

Sob o os ombros da mídia e da população que acreditou na divulgação daquele resultado como sendo uma forma de combate à corrupção, como se fosse uma tentativa quase heróica do tribunal de colocar fim à impunidade do país, de dar uma suposta efetividade à lei penal, podemos observar que o Supremo, naquele momento, foi muito além do que poderia ter ido.⁶⁵

Continua sua critica:

Sem coerência no julgamento dessa questão do afastamento da presunção de inocência. Há muito pouco tempo atrás o Supremo havia feito um julgamento histórico na ADPF 347, onde condenou o Estado brasileiro pelo "Estado de Coisas Inconstitucional", demonstrando para o país inteiro a sua preocupação com a miserabilidade, com a situação de flagelo institucional que se abate sobre os presídios brasileiros e, principalmente, é evidente, sobre aqueles que têm o infortúnio de ir para o cárcere.⁶⁶

Por 7 votos a 4, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mudou radicalmente a sua posição garantista, possibilitando a execução da pena logo após a decisão que condena em decisão colegiada em segunda instância.

⁶⁵ CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. **Não é só o Futuro de Lula que está em Jogo Quando Discutimos a Prisão Antecipada**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/kakay-nao-futuro-lula-jogo-prisao-antecipada>. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁶⁶ Ibidem.

5.2 Análise sobre a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Como se sabe, o artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual traz cristalino:

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.

A redação do artigo supracitado é o resultado de mudanças feitas pelo Congresso no ano de 2011, com o intuito de atravessar ao código de processo penal os direitos constantes no art. 5º, incisos LVII e LXI da Carta Magna do Brasil.

A mudança na lei, todavia, é cisão de um grande movimento de adaptação do processo penal - o qual foi concedido ainda na ditadura, especificamente na penúltima ditadura militar – a Constituição da República Cidadã de 1988. Pode-se dizer que também foi de uma forte esquematização, diálogo, entre os Poderes Legislativo e Judiciário, em comum acordo, para uma constitucionalização do Código de Processo Penal.

Essa comunicação se deu com o Legislativo, no ano de 2008, realizou uma relevante reforma no Código Processual Penal, reduzindo a diferença entre a Lei e a Magna Constituição. Especificamente os art. 408, § 1º, e 594, do Código Processual Penal, os quais possibilitavam as prisões automáticas.

Foi diante disso que o Legislativo apresentou as reformas de 2008, que ao passo do julgamento do HC n.84.078, em 2010, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela não constitucionalidade da execução antecipada da pena. Diante disso, o Congresso Nacional criou a Lei 12.403 de 2011, que foi a redação adotada no artigo 283 do CPP, que revogou o art. 393, I, do mesmo Código.

A execução antecipada da pena sem que haja o exaurimento dos recursos foi debatida pela Suprema Corte devido a validade de dispostos do Código de Processo Penal que iam a mão diferente do que ordenava a presunção de inocência contido no art. 5º. LVII da Constituição Federal de 1988. Ao criar a lei, foi deixado claro pelo competente legislador qual seria a intenção dada ao Código de Processo Penal, esgotando as chances hermenêuticas, quais sejam: a execução da pena só após o julgamento de todos os recursos.

Não obstante, ao julgar o HC 126.292 de 2016, o STF decidiu pela maioria, quebrar todo o entendimento que no passado foi levantado, em total desacordo com o texto constitucional, assegurando.

HC 126.292. 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.⁶⁷

É muito triste a posição adotada pela suprema corte, pois volta aos findos anos 88 e 2008. Tornando um retorno a majoritária e tradicional posição⁶⁸ contudo, o não justificado retrocesso desconsidera a vontade soberana do povo.

A matéria voltou a ser debatida no ARE 964.246 e nas ADCs 43 e 44. Restando sempre infrutífero os direitos do cidadão comum. Em julgamento do HC 152.752, no STF, 6 dos 11 Ministros se colocaram no entendimento que consideram inconstitucional o início do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, como é capitaneado e ensinado no art. 5º, LVII da Constituição de 1988.

É nesse campo de debate que existe a probabilidade, diversa do que ensina a Constituição Federal, de executar a pena antes que todos os recursos sejam julgados. Nesse contexto que existiram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43,44 e 54.

A matéria constitucional acerca do princípio da presunção de inocência, entabulado magistralmente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, com o texto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

⁶⁷STF. HABEAS CORPUS : HC126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 16/05/2016. **STF**, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em 08 nov.2019.

⁶⁸ Idem. HABEAS CORPUS: HC 152.752. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 02/02/2018. **STF**, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em 08 nov. 2019.

Todavia, para uma análise constitucional do art. 283 do Código de Processo Penal, supõe compreender a forma e o conteúdo dos artigos 5º, LVII e LXI.

5.3 Natureza do artigo 5º, LVII da Carta Magna: presunção de inocência como figura principal.

A execução antecipada da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, que nega o a normatização do artigo 283 da Carta de Processo Penal, se sustenta da proposta de sopesamento de princípios, a qual foi desenvolvida pelo alemão Robert Alexy no interior da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Erroneamente há uma transformação do pensamento do Autor para o Ordenamento Jurídico brasileiro, seguido de uma leitura rasa, incompleta e parcial. Chegando, em resultados imprecisos e incoerentes.

Para o Jusfilósofo Robert Alex, em seu modelo geometricamente criado, afirma que existe uma distinção geométrica entre regras e princípios.

Segundo Alexy:

A estrutura de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.⁶⁹

Para Alexy, existe uma diferenciação entre princípios e regras, esta acontece pela grau de fundamentalidade⁷⁰. O doutrinador afirma que há uma diferença de ordem qualitativa.

Nessa percepção os princípios possuem mandamentos de otimização, como afirma Alexy.

Caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas das possibilidades jurídicas.⁷¹

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

⁷⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Regras e princípio: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 608-630, 2003.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

As regras são normas que tem em sua matéria mandamentos engessados. Não podem ser objeto de ponderação. Se uma regra vale, então ela deve ser satisfeita, devendo fazer aquilo que nela contém, nem mais nem menos.

Sabendo da impossibilidade de mutação constitucional, no tocante ao Art. 5º, inciso LVII, existe tramitando na mesa Câmara dos Deputados o Projeto de Lei para autorizar a execução provisória da pena de prisão aos réus com condenação criminal confirmada por órgão colegiado em julgamento de segundo grau.

Para esse Projeto de Lei PL 5932/2019, cuja intenção é modificar o Art. 283 do Código de Processo Penal, garante que este artigo não se confunde com a presunção de inocência, podendo ser o mesmo alterado por simples lei ordinária. Propondo com a mudança a execução provisória da pena, após confirmação da condenação, após acórdão de 2º grau, o que representa o respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a realização da pesquisa, foi possível algumas considerações a respeito da execução antecipada da pena e a diminuição do princípio fundamental da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal em apreço ao *Habeas Corpus* 126.292.

A Magna Carta de 1988 enumera um dileto número de direitos e garantias ditas como fundamentais aos brasileiros, e por serem esses direitos superiores, as normas infraconstitucionais devem em seu conteúdo formal e material ter consonância com esse taxativo rol.

Diante disso, os princípios constitucionais são como régua estabelecida pela Constituição como parâmetros de aplicação e interpretação, dando o caráter de unicidade ao Ordenamento Jurídico do Brasil.

O Código de Processo Penal, diante de sua previsão, confere aquele que está sendo acusado algumas garantias intransferíveis, como o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência e entre outros consagrados princípios de base penal.

O princípio constitucional da presunção de inocência, que é o centro desta pesquisa, do qual se encontra regimentado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual leciona que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Baseado neste princípio, é extraído que não se pode determinar que alguém seja culpado antes de decorrido o devido processo legal, e por causa disso, de nenhuma forma iniciar o cumprimento de pena definitiva em estabelecimento prisional. Não há outra interpretação a este princípio sob os fundamentos do Estado Democrático e de Direito.

O Código de Processo Penal regula dois tipos de prisão: prisão processual, também chamada de prisão cautelar e a prisão sansão. A prisão cautelar é aceita, perante o Ordenamento Jurídico, e caráter excepcional, pois ela é regida por alguns quesitos previstos no Código processual penal, porém, a sua maior finalidade seria a garantia do regular transcurso do processo.

A prisão sansão é medida usada quando já existe uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, sem que haja cabimento a interposição de nenhum recurso. Sendo assim, vislumbra-se o poder punitivista do Estado.

A Suprema Corte, desde a promulgação da Constituição de 1988 perfaz vários entendimentos acerca da presunção de inocência. Em 1991, pacificou que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução da pena quando o acórdão do segundo grau mantivesse a sentença do primeiro grau.

Porém, em 2009, entenderam a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, neste caso feria o princípio da presunção de inocência.

Em 2016, especificamente em fevereiro, dia 17, o STF mudou completamente seu entendimento acerca da matéria. Afirmando que existindo sentença em 1º grau, poderia existir a execução da pena, ainda que com recursos a serem julgados. Entendiam que o princípio da presunção de inocência não poderia bloquear a execução da pena.

E em recente discussão sobre o princípio da presunção de inocência e da Constituição do Brasil, os ministros da Suprema Corte decidiram pela inconstitucionalidade da execução da pena antes inconstitucionalidade da execução da pena pelo esgotamento das vias recursais em segunda instância.

O Princípio da Presunção de Inocência, norma-garantia a qual estabelece limites ao Estado, evitando abusos e violações de direitos durante o processo criminal, garantindo ao acusado que sua culpa somente lhe será atribuída após trânsito em julgado, sendo esse que estabelece ao Estado dar início a execução da sanção penal. A pena privativa de liberdade é cumprida num ambiente degradante.

São raros os estabelecimentos prisionais que não possuem problemas como superlotação, condições sanitárias subumanas, violências dos mais diversos gêneros, dentre outras irregularidades.

É a partir dessas situações que o Estado repassando a estadia, diante da ineficiência na prestação de serviços, mesmo em confinamento, o crime acaba por fazer o papel estatal, trazendo segurança, assistência à família do preso, e fornecendo o básico de alimentação e higiene.

A sociedade não ajuda na transformação da política criminal brasileira, que enaltece o encarceramento em massa, em especial de afrodescendentes e hipossuficientes. Para a sociedade em sua grande maioria, bandido bom é bandido morto, e se não for possível, ao menos seja este trancafiado pois o delinquente deve pagar pelo crime cometido. Sendo a justiça retributiva.

A população, inflamada pela mídia, grita pela redução da criminalidade, que não se observa em outra solução senão a prisão. Todavia, essa pressão pública acaba refletindo em decisões dos poderes da República.

Com a relativização do Princípio da Presunção de Inocência, o réu que se encontra em no meio de um processo criminal, já que não houve o trânsito em julgado, deverá iniciar o cumprimento de uma pena que ainda pode ser discutida, não só a pena fixada, mas sim sua culpabilidade

Embora vários sistemas judiciais internacionais permitam o cumprimento da pena em decisão de segunda instância, atentando-se ao duplo grau de jurisdição, o Brasil possui condição expressa na Constituição Federal de permitir, somente, o cumprimento da pena após trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que ocorrerá quando não for mais possível à interposição de recursos. Mesmo a Constituição não tendo deixado brechas para entendimentos diversos, o e Suprema Corte deste país conseguiu mudar a interpretação sob o tema permitindo o cumprimento da pena logo após recurso ordinário.

Garantir a efetividade da justiça frente a crescente descrença para com o sistema jurídico brasileiro, pois as várias possibilidades de recursos acabam por garantir a impunidade. Diante dessa decisão, o Supremo conseguiu voltar a o seu entendimento que é inconstitucional a execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional, ainda com recursos a serem julgados após a segunda instância.

Portanto, o inciso LVII do art. 5º garante o princípio da presunção da inocência, um princípio essencial e permanente de qualquer Estado constitucional descendente da tradição democrática e liberal ocidental. E pelo exposto, alterá-lo é inconstitucional, como a execução provisória da pena ainda com recursos a serem julgados em sede de STJ e STF.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. Regras e princípio: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 608-630, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008, p. 28.
- ALMEIDA JÚNIOR, 1959, **Sistemas penais**. São Paulo: RT, 2009, p 35.
- Badaró, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Processo Penal** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 43.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 255.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 350-360
- BRASIL. **Presunção de Inocência**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-01/celso-de-mello-ministro-do-supremo-stf-garantiu-presuncao-de-inoc>. Acesso: 19 mai. 2019.
- _____. Ato institucional 5. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em 19 Nov. 2019
- CAMARGO, Mônica Oviski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O Conflito entre Punir e Libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.100.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.
- CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. **Não é só o Futuro de Lula que está em Jogo Quando Discutimos a Prisão Antecipada**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/kakay-nao-futuro-lula-jogo-prisao-antecipada>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- COUTINHO; CARVALHO. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 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, p 44, mai. 2005.
- FERNANDO SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 135.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**. AASP. N.º 42. Abril de 1994. p. 31

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 1992, ed. DelRey p.127

GARCEZ, William. **A Presunção de Inocência na Visão do STF**: O Julgamento do HC 12.292. Disponível em: <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-julgamento-do-hc-126292>. Acesso em: 15 nov.2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades do Processo Penal**. 8. ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29-30.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Universidad Externado de Colombia: 2002, p. 838.

LOPES JR., Aury, **Direito processual penal**. Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 7.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo; Atlas, 2012, p. 44.

MORAES, R. D. **Estudo comparado de direitos fundamentais**. Rio Claro: Centro Universitário Clarentiano, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo de execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 65- 68.

PORTUGAL. Constituição (1974). **Constituição de Portugal**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 15 nov. 2019

PRADO, Geraldo. **O trânsito em julgado da decisão condenatória**. IBCCRIM: Boletim – 277 – Dezembro/2015. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria. Acesso em 28 Out.2019

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Ver. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1.

SCHNEIDER, Gabriela; CALLEGARI, André Luís. A relação histórica entre o processo de aquisição de direitos e o sistema acusatório no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. Vol. 149, ano 26. p. 195-226, São Paulo: Ed. RT, nov. de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, PP. 89-90.

STF. HABEAS CORPUS : HC126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 16/05/2016. **STF**, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em 08 nov.2019.

_____. HABEAS CORPUS: HC 152.752. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 02/02/2018. **STF**, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em 08 nov. 2019.

ZILLI, Marcos. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.