



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA E A ADMISSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Victor Hugo Isabel Pereira da Silva

Rio de Janeiro  
2016

VICTOR HUGO ISABEL PEREIRA DA SILVA

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA E A ADMISSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Artigo Científico apresentado como  
exigência de conclusão de Curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* da Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Neli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior  
Rafael Mario IorioFilho

Rio de Janeiro  
2016

# RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ADMISSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Victor Hugo Isabel Pereira da Silva

Graduado pela UniFOA – Centro Universitário de Volta Redonda. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** - o princípio da presunção de inocência é consagrado pela máxima de que “ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado”. Neste contexto, discute-se a admissibilidade execução antecipada da pena após acórdão penal confirmatória proferido pelo Tribunal em segunda instância. Analisar-se-á de forma crítica as manifestações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal a partir da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as possíveis incompatibilidades.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Execução Provisória da Pena. Acórdão Penal Condenatório. Trânsito em Julgado. Recurso de Apelação. Efeito Suspensivo.

**Sumário:** Introdução. 1. O Princípio da Presunção de Inocência. 2. Posição Superada Do Supremo Tribunal Federal (HC 84.078/MG). 3. Posição Atual Do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP) Conclusão. Referência.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o princípio constitucional da presunção de inocência e discute a mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Execução Antecipada da Pena. Procura-se trazer os argumentos que levaram a essa mudança de entendimento, bem como demonstrar que tal decisão foi eminentemente política.

Para tanto, será abordado, no primeiro capítulo, a origem histórica do princípio da presunção de inocência, o conceito e o conteúdo da presunção de inocência, bem como o princípio enquanto norma.

No segundo capítulo, será levantada a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 até 2009. Posteriormente, será analisado o julgamento do recurso de *Habeas Corpus* nº 84.078/MG pelo STF, julgamento esse responsável por pacificar controvérsia existente na própria Corte Constitucional, que entendeu que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada a título cautelar.

Por fim, no terceiro capítulo, será tratada a posição atual do Supremo Tribunal Federal, esse que recentemente foi chamado a reexaminar o tema e adotou posição diametralmente oposta da que havia anteriormente pacificado, posição essa que vem sendo questionada quanto à sua constitucionalidade, tendo em vista haver dispositivo constitucional expresso vedando o assunto.

O trabalho enfoca a divergência jurisprudencial sobre o tema, visto que a própria composição dos votos quando do julgamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal não se deu de modo unânime; pelo contrário, se deu em julgamento apertado por seis votos a quatro.

Trata-se de tema que se mostra relevante porque o princípio constitucional da presunção de inocência é um corolário da dignidade da pessoa humana. E mais, esse tema está intimamente ligado com a segurança jurídica e a sensação de impunidade, pois a sociedade preza por justiça.

Objetiva-se demonstrar que a decisão pela admissibilidade da execução antecipada da pena proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso Habeas Corpus nº 162.292 foi uma decisão eminentemente política.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica e comparada, de natureza exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação e escassa doutrina.

## **1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O Direito Penal e o Direito Processual Penal tratam de um dos bens jurídicos mais caros aos seres humanos, a liberdade. Por essa razão é que todo o processo deve ser pautado no princípio em que se passa a análise.

Em relação à Evolução histórica da presunção de inocência:

Os primeiros relatos sobre a presunção de inocência, chamada por alguns de estado de inocência, a que se tem notícia reporta ao direito romano, mais precisamente aos Escritos do Imperador Trajano entre 111 e 113 D.C.

No *digesto do Corpus iuris civilis* elaborado por ordem de Justiniano e publicado em 533 D.C., também estão presente referências iniciais acerca da presunção de inocência ao apontarem que é preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar a um inocente<sup>1</sup>.

Embora haja menções nas “Suma Teológica” de Tomás de Aquino<sup>2</sup>, tem-se por certo que a presunção de inocência tem marco histórico no art. 39 da *Magna Carta Libertatum* de 1215, ao dispor que “Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos seus bens, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, salvo pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.”<sup>3</sup>

Na Baixa Idade Média, com o estabelecimento da inquisição pelo Papa Gregório IX, a presunção de inocência até prova em contrário também fora ofuscado, até porque na estrutura de processo penal inquisitorial, afirma Nereu José Giacomolli, partia-se da culpabilidade do acusado e não de sua inocência.<sup>4</sup>

Pode-se, então, concluir que, em que pese menções à presunção de inocência tanto no direito romano quanto idade média, impossível era afirmar sua existência, primeiro porque era a presunção de culpa que animava os institutos processuais penais,

---

<sup>1</sup> DELMATO JUNIOR, Roberto. Desconsideração Prévia de Culpabilidade e Presunção de Inocência. *Boletim IBCCRIM*, ano 6, nº 70, Setembro/1998.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016

<sup>3</sup> “Nullusliber homo capiatur, velimprisonetur, autdisseisiatur, aututlagetur, autexuletur, autaliquo modo destruat, nec super eumibimus, nec supereummittemus, nisi per legale iudicium pariumsuorumvel per legem terre”.

<sup>4</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p 90.

e segundo porque o aparato punitivo estatal à época guardava relação com o direito penal do inimigo.<sup>5</sup>

Somente com o início da Idade Moderna e com as críticas apresentadas pelo iluminismo é que a presunção voltou a ser reafirmada em sua essência, tendo em vista que o ser humano passa a ser visto como única fonte legítima do poder do Estado.

A primeira aparição da presunção de inocência em texto legal ocorreu no art. 8 da Constituição da Virgínia em 1776, constando logo depois nos arts. 7 e 9 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.<sup>6</sup>

De fato, a consagração legal da presunção da inocência acarreta nova perspectiva sobre o processo penal, no sentido de que esse deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade.

Superadas as discussões dogmáticas das escolas penais italianas e passada a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), todas as nações compreenderam a necessidade de criação de bases ético-sociais para a convivência pacífica de todos os povos e de todos os seres humanos. Nesse anseio foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU, onde foi declarada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH.

Esse diploma que visava a uma maior observância à dignidade da pessoa humana, deu à presunção de inocência reconhecimento global como uma garantia do devido processo, ao prever em seu art. 11.1. Posteriormente, a presunção de inocência passou a ser tutelada em outros inúmeros documentos de proteção aos direitos humanos, tais como, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental de 1950 (art. 6.2)<sup>7</sup>, Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966 (art. 14.2); Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8, I e II); Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1990 (art. 6, II) e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (art. 48).

Esses diplomas internacionais de tutela aos direitos humanos serviram de inspiração para os legisladores constitucionais de inúmeros países, caso em que o estado de inocência passou a ser inseridos nas Cartas Constitucionais, a exemplo da

---

<sup>5</sup> DE MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 576.

<sup>7</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 90.

Constituição Italiana de 1947 que previa no art. 27.2 que “o acusado não será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória”.

No Brasil, as Constituições anteriores à atual, não previam expressamente a presunção de inocência, em que pese existência de título específico aos Direitos e às Garantias Individuais. Certo é que o rol dos direitos e garantias previstas era meramente exemplificativo, fato que não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados.

Após o regime militar instituído, sentiu-se a necessidade de romper com o ideológico fascista e os paradigmas autoritários anteriores, notadamente com a perspectiva de que o Estado e sua defesa eram mais importantes que o respeito ao cidadão.

Consubstanciado no movimento de civil denominado “Diretas Já” que buscavam a redemocratização do país, foi instalada Assembleia Nacional Constituinte para elaboração de uma nova Carta Política que revalorizasse o cidadão frente ao Estado.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 15 de outubro de 1988, fora incorporado expressamente no ordenamento jurídico vigente o estado de inocência no art. 5º, LVII, no título dos direitos e das garantias fundamentais, dispondo que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Quanto ao conceito e o conteúdo da presunção de inocência:

Não se encontra na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de maneira exata, a expressão “presunção de inocência”, o que não significa dizer que tal não seja um direito fundamental, visto que essa se encontra inscrita como direito e garantia fundamental do cidadão no sistema constitucional brasileiro, conforme leciona Maurício Zanoide de Moraes<sup>8</sup>, caso em que é necessário utilizar-se de uma interpretação sistemática e doutrinária-comparativa para extrair do referido disposto presunção de inocência”<sup>9</sup>

Ressalta-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado.

---

<sup>8</sup> DE MORAES, op. cit., p. 212.

<sup>9</sup> Ibid, p. 213.

Em 1992, o Brasil depositou a carta de adesão à Declaração Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e promulgou o Decreto-Lei nº 678, incorporando tal legislação internacional ao nosso ordenamento, essa que previa em seu art. 8.2. que “Toda pessoa acusada de praticar delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Veja que é possível identificar no ordenamento vigente duas normas que *a priori* abordariam a mesma presunção, mas que, diante da diversidade terminológica, partem de premissas, em tese, contraposta.

O que se tem hoje é a predominância do entendimento de que “presunção de inocência”, fórmula positiva), e “presunção de não culpabilidade”, fórmula negativa, são terminologias equivalentes. Afirma Nereu José Giacomolli:

Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados. Diferenciá-las é afastar o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência.<sup>10</sup>

Comparando, ainda, o disposto na Constituição Federal de 1988 com o disposto na Declaração Americana sobre Direitos Humanos, Pacto São José da Costa Rica, percebe-se que aquela estende a referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que essa o faz tão somente até a comprovação legal da culpa, o que poderia dar margem a uma suposta não aplicação da presunção antes do trânsito em julgado se já comprovada a culpa.

Todavia, o que se entende é que o teor do art. 8.2 da Declaração Americana sobre Direitos Humanos<sup>11</sup>, Pacto São José da Costa Rica, deve ser interpretado em

---

<sup>10</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 93/94.

<sup>11</sup> Art. 8.2 da Declaração Americana sobre Direitos Humanos: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d.. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Comissão Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 11 jul 2017.

conjunto com o art. 29, b do mesmo diploma<sup>12</sup>, de modo a se afirmar que os direitos contidos nesse diploma não devem ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação da norma mais ampla, qual seja, a Constituição Federal de 1988, caso em que o disposto nessa deve prevalecer, pois mais favorável.

Das disposições sobre a referida presunção no ordenamento jurídico, pode-se constatar que há um conteúdo endoprocessual e um conteúdo extraprocessual. Do conteúdo endoprocessual pode-se extrair duas regras fundamentais, quais sejam, regra probatória, também denominada de regra de juízo, e a regra de tratamento.

O conteúdo endoprocessual da presunção de inocência enquanto regra probatória significa que incumbe a acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do imputado, ou como diz Nereu José Giacomolli “de afastar o estado de inocência em todas as dimensões processuais, autoria, existência de delito, suficiência de provas a dar suporte a um juízo condenatório, bem como as exigências de determinadas espécies de pena e sua dimensão, e não à defesa. Isso de fato, não retira a possibilidade de a defesa provar no processo”.<sup>13</sup>

Com relação ao conteúdo endoprocessual da presunção de inocência enquanto regra de tratamento, o estado de inocência se destina ao magistrado e ao órgão acusador, mas direcionado ao imputado, isso porque, como afirma Nereu José Giacomolli, o imputado “não pode ser tratado como se já fosse culpado e nem como um objeto do processo, mas sim como um ser humano e sujeito processual”.<sup>14</sup> Essa regra se estende a todos os suspeitos, acusados e condenados.

Já o conteúdo extraprocessual que se extrai do estado de inocência é no sentido de proteção externa à imagem, dignidade e privacidade do suspeito, acusado ou condenado, cuja publicidade abusiva, segundo Aury Lopes Jr., incrementa a estigmatização pelo procedimento, pelo fato de estar sendo investigado, preso, processado ou condenado.<sup>15</sup>

Embora se mostre como um princípio de rico conteúdo, perceptível é a pouca efetividade desse princípio constitucional em nossa realidade nacional, a ponto de ser

---

12 Artigo 29 da Declaração Americana sobre Direitos Humanos. Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados. Ibid.

<sup>13</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 95.

<sup>14</sup> Ibid, p. 95.

<sup>15</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal em conformidade constitucional*. V.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 47/48. Nessa mesma linha, GIACOMOLLI, op. cit., p. 95.

chamado por René Ariel Dotti<sup>16</sup> de mito. Chega-se a essa conclusão por dois problemas: a existência de um Código de Processo Penal com influências fascistas que rejeita a presunção de inocência e a inércia legislativa na elaboração de um novo Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição.<sup>17</sup>

Nessa esteira, como o referido princípio deve ser verificado em cada instante da persecução penal, é o Poder Judiciário, muitas das vezes, quem acaba por dar a devida relevância a esse preceito fundamental.

O que se pode observar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é que, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, esse já vinha se manifestando acerca da presunção de inocência, que embora não fosse uma norma expressa, era decorrente de outros direitos e garantias do regime e dos princípios do sistema constitucional.<sup>18</sup>

Com a consagração da Carta Política de 1988, e diante da previsão expressa do princípio da presunção de inocência, a Suprema Corte, na mesma linha que já vinham se manifestando, só que agora de maneira mais convicta, passa a repelir qualquer comportamento estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal ou civil por mera suspeita.

Ressalta-se decisão proferida pela Suprema Corte, na qual deixou firmada “diretriz da mais alta significação na exegese do princípio constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado antes que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível”<sup>19</sup>:

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Em relação ao princípio enquanto norma:

---

<sup>16</sup> DOTTI, René Ariel. O mito da presunção de inocência. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 136, mar., 2004, p.9, apud DE MORAES, op. cit., p. 337.

<sup>17</sup> DE MORAES, op. cit., p. 337.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

Pode-se constatar que a presunção de inocência, seja pelo conteúdo normativo-axiológico, seja pela estrutura normativa, seja pela forma de aplicação, se apresenta no ordenamento como uma norma-princípio. Isso se dá porque quanto ao conteúdo normativo axiológico, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo, como afirma Maurício Zanoide de Moraes, uma decisão político-ideológica.<sup>20</sup>

No que diz respeito à sua estrutura normativa, a presunção de inocência também se caracteriza como princípio por prescreve, segundo Moraes, “fins e estados ideais a serem alcançados”, um “dever ser”, e que caberá ao intérprete decidir e cumprir.<sup>21</sup>

Já, quanto à forma de aplicação, a presunção de inocência também se identifica como uma norma-princípio porque o seu texto normativo impõe limites à restrição da liberdade do imputado se inexistente sentença penal condenatória definitiva, visando à tutela do direito de ir e vir.

É bem verdade que a presunção de inocência é um direito garantido a seu titular e, enquanto norma-princípio, essa representa uma norma a ser cumprida dentro da maior eficácia possível, o que não significa dizer que ela não tenha que ser respeitada e promovida pelos agentes (públicos e privados), mas sim que isso deva acontecer na maior medida possível.<sup>22</sup>

## **2 – POSIÇÃO SUPERADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 84.078/MG)**

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, apesar de não haver uma posição efetivamente consolidada.

Perceber-se tal prevalência, primeiro do HC 68.726<sup>23</sup> – Rel. Min. Néri da Silveira realizado em 28/6/1991 em que a Suprema Corte assentou que a presunção de

---

<sup>20</sup> DE MORAES, op. cit., p. 273.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid, p. 274.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68.726. Relator: Ministro Néri da Silveira. Apud. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68.841. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em:

inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.

Segundo do HC 74.983<sup>24</sup>, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997, em que o Pleno do STF reiterou e asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”.

E, terceiro, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP<sup>25</sup> (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP<sup>26</sup> – Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999 –, mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Todavia, conforme afirmado, até 2009, o Supremo Tribunal Federal não tinha uma posição consolidada sobre a execução provisória ou antecipada das penas; pelo contrário, o que mais se via eram ementas de acórdãos totalmente opostos, verificando uma verdadeira discrepância.

Em fevereiro de 2009, o STF, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Em outras palavras, rechaçou-se a possibilidade de execução provisória ou antecipada de pena, seja privativa de liberdade seja restritiva de direitos, visto que orientação em sentido diverso transgrediria, de

---

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751629/habeas-corporus-hc-68841-sp>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 74.983. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700029/habeas-corporus-hc-74983-rs>>. Acesso em: 11 jul. 2017

25 Redação revogada do art. 594 do Código de Processo penal. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art594](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art594)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.366. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703469/habeas-corporus-hc-72366-sp>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

modo frontal, a presunção constitucional de inocência. Nessa linha, segue a ementa do referido julgado<sup>27</sup>:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art.637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. [...]

Em máximo respeito às ideias de um direito e processo penal democrático e garantista, entendeu-se que o mero fato de os recursos extraordinários e especial não gozarem de efeito suspensivo não implica dizer que a execução da pena pode ser antecipada; não existe a menor possibilidade de executar a pena antes de condenação judicial definitiva, essa que só se configura após o trânsito em julgado.

Com isso, o STF conformou a validade da interpretação do art. 637 do Código de Processo Penal<sup>28</sup> com o princípio constitucional da presunção de inocência, consagrando, assim, que esse princípio impõe uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

28 Art. 637 do Código de Processo penal: O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Nesse momento, então, ficou vencida a tese de que seria possível o cumprimento de pena privativa de liberdade antes da sentença penal condenatória transitado em julgado, ou seja, de que seria possível a execução antecipada da pena ante a regra constante do art. 27, §2º da Lei n.º 8.038/90<sup>29</sup> que afirma que os recursos extraordinário e especial serão recebidos só no efeito devolutivo; e com base na afirmação de que tal medida não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência, até pelo fato de que não há princípios constitucional e direitos fundamentais absolutos.

### **3 – POSIÇÃO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP)**

O Supremo Tribunal Federal, por seis votos a quatro, mudou o entendimento consolidado no HC 84.078/MG e passou a entender que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal<sup>30</sup>.

O tema do julgado – HC 126.292/SP – estava relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

O Ministro Relator Teori Zavascki, que proferiu o voto vencedor entendeu que:

os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do

---

29 **Art. 27** - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. BRASIL. Lei dos Recursos Extraordinário e Especial. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265339/artigo-27-da-lei-n-8038-de-28-de-maio-de-1990>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

30 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.<sup>31</sup>

Ponderou, o relator, que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”.

Assim, os recursos de natureza extraordinária não teriam, segundo o eminente ministro, finalidade específica de examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, pois destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo, o que não impediria a execução antecipada/provisória da pena.

O Min. Luís Roberto Barroso, acompanhando o voto do Min. Relator, acrescentou que:

A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

- (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;
- (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);
- (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9prhs>. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+1>

A divergência foi aberta pela Min. Rosa Weber, que foi seguida pelos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, oportunidade em que esse afirmou que “A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos”.

Há sobre a decisão uma relevante questão controvertida, qual seja, autoridade e legitimidade do STF para relativizar texto expresso da Constituição Federal e a possibilidade de negar um dispositivo constitucional no seu sentido literal mais elementar, básico e inequívoco.

O STF é o guardião da Lei Maior e não o seu dono. Seu papel não é sujeitar o texto da Constituição em benefício das preferências político-pragmáticas dos integrantes da Corte. O STF é limitado pelos mesmos elementos limítrofes que valem para o Legislativo, o Executivo, o restante do Judiciário e para todos os cidadãos da República.

Dessa maneira, equivocou-se o STF, pois deixou o direito e a Constituição Federal de lado para fazer política judiciária. Tanto foi uma decisão eminente política que o Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto, mencionou que:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.<sup>33</sup>

---

26296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9prhs. Acesso em: 09 maio 2017.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9prhs>. Acesso em: 09 maio 2017.

Veja que os julgadores restringiram a amplitude do direito constitucional à presunção de inocência, em manifesta violação do postulado cardeal do processo penal de um Estado Democrático de Direito, bem como ignoraram solenemente as suas funções contramajoritárias.

Assim, questões como a necessidade de restabelecimento da credibilidade das instituições, a tutela da ordem pública e o combate à famigerada impunidade, fundamentos manejados pelos ministros, são determinantes retórico-políticos que, ao longo da história, deram azo ao surgimento de correntes de política criminal lastreadas em modelos repressivos de amplificação de danos sociais, econômicos e penais.

Assim, por ter proferido uma decisão puramente política, essa se tornou marcante não somente pelos resultados prático-jurídicos que dela advirão, mas pelo seu potencial simbólico perante uma sociedade iludida por promessas penais.

## CONCLUSÃO

A decisão do STF foi equivocada porque passou a ideia de que o ativismo judicial também pode ser usado para distorcer o sistema político em prol do conservadorismo e de forças reacionárias sem maior interesse em direitos e garantias individuais.

A forma correta pela qual o tema deveria ter sido levantado, não era por meio de uma decisão judicial, mas sim pela via legislativa, por meio de emenda constitucional.

É bem verdade que o princípio da presunção de inocência é uma garantia consagrada no art. 5º, inciso LVII da CF/88<sup>34</sup> que representa uma "cláusula pétrea" por força do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição<sup>35</sup>. O referido dispositivo constitucional veda a deliberação sobre emenda constitucional apta a abolir direitos e garantias fundamentais. Todavia, entender que um réu pode ser preso depois de ser condenado em duas instâncias não é uma "abolição" da presunção de inocência, mas sim estabelecer critérios de aplicação para o fato elementar de que esta norma, assim como nenhuma outra, pode ser aprioristicamente absoluta.

---

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

35 Ibid.

## REFERENCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 144. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144voto.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126296%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 68.841. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751629/habeas-corpus-hc-68841-sp>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 74.983. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14700029/habeas-corpus-hc-74983-rs>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 72.366. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703469/habeas-corpus-hc-72366-sp>>.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei dos Recursos Extraordinário e Especial. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265339/artigo-27-da-lei-n-8038-de-28-de-maio-de-1990>>.

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

DELMATO JUNIOR, Roberto. Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*, ano 6, nº 70, Setembro/1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal em conformidade constitucional*. V.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.