

# A (IN) COMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM A GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

THE (IN) COMPATIBILITY OF PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY WITH THE GUARANTEE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PROCEDURE

LA (IN)COMPATIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA PENA CON LA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO

## SUMÁRIO:

1 Introdução; 2. A Constituição da República Federativa de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito; 3. O modelo constitucional de processo; 4. Distinção entre regras e princípios e o conceito de “trânsito em julgado”; 5. Presunção de inocência: conteúdo e eficácia numa perspectiva constitucional; 6. A mudança de posicionamento do STF sobre a (i) legitimidade da execução provisória da pena a partir da análise dos julgamentos dos *habeas corpus* de n.º 84.068 e n.º 126.292/SP; 7. Considerações finais; Referências.

## RESUMO:

Objetiva-se investigar a execução provisória da pena no contexto da presunção de inocência e do processo constitucional democrático. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância jurídica e

Como citar este artigo:

COSTA, Fabricio, PINTO, Alisson. A(in) compatibilidade da execução provisória da pena com a garantia da presunção de inocência na perspectiva do processo constitucional brasileiro. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 38, 2022, p. 45-85

Data da submissão:  
27/10/2019

Data da aprovação:  
03/10/2022

1. Universidade de Itáúna - Brasil  
2. Universidade de Itáúna - Brasil

social, especialmente no que tange aos critérios racionais de interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, o qual prevê que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, análises críticas e interpretativas, demonstrou-se que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal contraria o modelo constitucional de processo ao admitir a prisão antes do trânsito em julgado.

#### **ABSTRACT:**

The objective is to investigate the provisional execution of the sentence in the context of the presumption of innocence and the democratic constitutional process. The choice of theme is justified due to its legal and social relevance, especially with regard to the rational criteria for the interpretation of article 5, item LVII, of the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil, which provides that no one will be found guilty before the final judgment. Through bibliographic and documentary research, critical and interpretative analyses, it was demonstrated that the current position of the Federal Supreme Court contradicts the constitutional model of process by admitting imprisonment before the final judgment.

#### **RESUMEN:**

El objetivo es investigar la ejecución provisional de la sentencia en el contexto de la presunción de inocencia y el proceso constitucional democrático. La elección del tema se justifica por su relevancia legal y social, especialmente en relación con los criterios racionales para la interpretación del artículo 5, cláusula LVII, que establece que nadie será declarado culpable antes del juicio final. A través de la investigación bibliográfica y documental, el análisis crítico e interpretativo, se demostró que la posición actual de la Corte Suprema contradice el modelo constitucional de proceso al admitir el arresto ante la cosa juzgada.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

Direito penal; Direito constitucional; Execução provisória da pena; Direitos fundamentais; Modelo constitucional de processo.

#### **KEYWORDS:**

Criminal Law; Constitutional right; Provisional execution of the sentence; Fundamental rights; Constitutional model of process.

### **PALABRAS CLAVE:**

Derecho penal; Derecho constitucional; Ejecución provisional de la sentencia; Derechos fundamentales; Modelo constitucional de proceso.

## **1. INTRODUÇÃO**

Constitui objetivo geral da presente pesquisa investigar os fundamentos jurídico-constitucionais utilizados como parâmetro para a compreensão da execução provisória da pena, correlacionando a temática proposta com a garantia constitucional da presunção de inocência e o modelo constitucional de processo. A escolha do tema proposto se justifica em virtude da sua relevância prática, jurídica e atualidade, haja vista que há inúmeras divergências no que tange à forma de interpretar o texto da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 quanto ao objeto do presente estudo.

Inicialmente desenvolveu-se uma análise crítica sobre os fundamentos trazidos pela CRFB/88 para legitimar juridicamente o Estado Democrático de Direito. A compreensão do modelo constitucional do processo, bem como o estudo da presunção de inocência no contexto da constitucionalidade democrática, foi de significativa relevância para a apresentação da existência de inúmeros aspectos teóricos importantes, os quais conduziram pontualmente o debate proposto. O estudo proposto fundase em análises construídas a partir da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne com os direitos dos condenados a penas privativas de liberdade quanto ao início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Visando robustecer criticamente o estudo proposto, desenvolveu-se pesquisa documental, especialmente focada na análise dos *habeas corpus* 84.068 e 126.292, visando compreender os argumentos e fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para, assim, esclarecer se tais argumentos se compatibilizam ou não com a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais.

A temática da execução provisória da sentença penal condenatória

envolve uma grande discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência e a necessidade de equilíbrio com a atuação jurisdicional criminal. Com a decisão proferida no *HC* n. 126.292-SP, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento sobre o tema. Passou novamente a admitir o início do cumprimento da pena, mesmo estando pendentes recursos de caráter extraordinário. Com isso, reascendeu-se a discussão sobre o assunto, em razão de a questionada decisão possivelmente violar a garantia constitucional da presunção de inocência, ante a redação do art. 5, inciso LVII, da CRFB/88.

Pretende-se com a presente pesquisa discutir a relação entre a execução provisória da sentença penal condenatória e a garantia constitucional da presunção da inocência, tendo como paradigma o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, será analisada a supremacia da Constituição Federal e o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, bem como o modelo constitucional de processo. Analisar-se-á, ainda, a distinção teórica entre regras e princípios, assim como procurar-se-á dar o conceito de trânsito em julgado. Em seguida, a garantia da presunção de inocência será estudada sob a perspectiva dos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos e do ordenamento jurídico pátrio. Far-se-á, ainda, uma análise sobre as decisões do STF quando do julgamento do *HC* 84.068 e do *HC* n. 126.292-SP, a fim de demonstrar a mudança de posicionamento sobre o tema.

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, marcada pelo seu caráter garantista no que atine à efetividade dos direitos fundamentais, consagra, expressamente, em seu artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse sentido, a Constituição instituiu não somente direitos e garantias fundamentais, mas todo um sistema garantista de proteção. Significa dizer que o ordenamento jurídico pátrio, além de respeitar os requisitos formais que o legitimam, deverá ser coerente com os princípios e valores constitucionais a um só tempo. Nesse sentido, o garantismo se vincula à ideia de limitação do poder estatal, de modo a evitar ocorrências de arbitrariedades e garantir um sistema de proteção de bens e direitos, estendendo-se a todas as pessoas indistintamente, não apenas àquelas afetadas diretamente pelo poder punitivo do Estado.

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressu-

põe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5, inc. LVII da CRFB/88). Antes deste marco, o agente é presumivelmente inocente, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade. O encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. Não era outro o entendimento do STF que, por ocasião de julgamento do *HC* 84.078, em 5/2/2009, por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o *status* de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração de seus requisitos legais.

Ocorre que, em 2016, o Pretório Excelso revisita a matéria e, no bojo do *HC* 126.292/SP, passa a permitir a execução provisória da pena após o exaurimento do duplo grau de jurisdição, decisão essa carregada de fundamentos metajurídicos, solipsistas e axiológicos. Críticas não faltaram ao posicionamento adotado pelo STF no *HC* 126.292, principalmente por parte da doutrina que aponta a incompatibilidade da execução antecipada da pena com a garantia constitucional da presunção de inocência ou estado de não culpabilidade. Referido julgamento entendeu compatível com a Constituição a execução da pena após o esgotamento do duplo grau de jurisdição, sob argumento de que os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp) não são dotados de efeito suspensivo, razão pela qual a execução provisória não afronta a garantia constitucional da presunção de inocência.

A pergunta problema que delimita o objeto da pesquisa é a seguinte: a execução provisória da pena é legitimamente democrática sob o ponto de vista constitucional? Por meio da pesquisa bibliográfica e documental foi possível apresentar fundamentos teóricos para legitimar cientificamente o debate proposto, especialmente no que tange à (in) compatibilidade da execução antecipada da pena com a garantia fundamental da presunção de inocência na perspectiva do processo constitucional brasileiro. O método dedutivo foi utilizado para recortar a proposta de pesquisa, partindo-se de uma concepção macro analítica, qual seja, o modelo constitucional de processo, delimitando-se no estudo da (in) compatibilidade da

execução provisória da pena com o estado de não culpabilidade. A construção das análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas foi de essencial importância para viabilizar a abordagem crítica do objeto de pesquisa, levantando-se novas questões para o desenvolvimento de outras investigações.

## **2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988 COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O texto e os fundamentos garantistas trazidos pela CRFB/88 evidenciam a preocupação e interesse do legislador constituinte em sistematizar a proteção integral da dignidade humana no contexto da efetividade dos direitos humanos consagrados internacionalmente. Implementou-se o modelo constitucional do processo, visto não mais como mero instrumento para o exercício da jurisdição, mas como *locus* discursivo de efetividade dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte, como medida hábil a tornar viável as premissas trazidas pelo Estado Democrático de Direito. A CRFB/88 é um marco importantíssimo na conturbada história do nosso país, pois inaugura uma nova era jurídica, marcada pelo máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais. “Ela é, sem dúvida, a mais democrática já produzida entre nós” (CLÈVER, 2019).

Erígida após um longo período autoritário, ela cumpriu fielmente a sua missão de redemocratizar o país, afastando peremptoriamente a opressão outrora suplantada pelo regime militar. As novas premissas jurídicas, de cunho humanista, garantista e que privilegiam a dignidade humana, constituem o grande desafio dos profissionais e pesquisadores da ciência do Direito, especialmente no que atine à efetividade normativa buscada a partir do texto constitucional.

Efetivar as proposições legislativas do texto constitucional constitui um desafio diuturno, pois visa evitar que o texto seja uma mera proposta simbólica de manutenção das estruturas de dominação e segregação de sujeitos que ainda continuam invisibilizados pela sociedade e direito brasileiro, como é o caso dos condenados à pena privativa de liberdade. Segundo Flávia Piovesan (2019), a CRFB/88 é a baliza que conduziu o Brasil ao regime democrático, abrindo significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, sendo uma das constituições mais modernas do

mundo no tratamento da matéria.

Nesse contexto, ela emerge com o fito de implementar e sistematizar a democracia brasileira, criando-se um Estado Constitucional por excelência, que tem como prisma o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Esse viés democrático da CRFB/88 só foi possível porque ela foi erigida num ambiente plural, que, em meio as divergências acerca das suas bases, optou acertadamente por trazer um rol extenso de direitos e garantias fundamentais. Segundo José Afonso da Silva (2018), é denominada constituição cidadã porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. Considera-se cidadão aqueles sujeitos que podem efetivamente gozar de todos os direitos fundamentais previstos expressamente no plano constituinte, rompendo-se as amarras simbólicas de uma legislação ideológica que propõe apenas alterações que ficam adstritas ao plano normativo.

Nesse diapasão, a Constituição Federal da República do Brasil de 1988 é o vetor que irradia e imanta o ordenamento jurídico com suas regras e princípios de caráter democráticos. Por essa razão, é possível concluir que ela é, sem dúvidas, a lei maior do Estado, atuando como um verdadeiro limitador do poder público em face dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, ela é o fundamento da democracia brasileira. Com efeito, compreender a supremacia da Constituição e o fenômeno da constitucionalização dos direitos constitui tema essencial para a análise da (in) compatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio do estado de não culpabilidade. Nesse sentido é a doutrina de José Afonso da Silva (2018, p.77):

“[...] é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental”.

Significa dizer que a constituição se coloca no vértice do ordenamento jurídico pátrio, validando os atos estatais, na medida em que com ela sejam compatíveis. “Justapõe-se ao princípio da supremacia da Constituição outro princípio adotado pelos constitucionalistas especificamente

como interpretativo de seu texto, o chamado princípio da força normativa da Constituição” (DIAS, 2010, p.117). Nessa perspectiva, o reconhecimento da supremacia da Constituição em face dos demais atos editados pelo Estado, fazem com que a CRFB/88 assumam papel singular e atue como verdadeiro paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>. A supremacia da CRFB/88 decorre, necessariamente, da luta pela preservação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Essa tendência ocorre principalmente após as duas grandes guerras mundiais e a ratificação pelos Estados Nacionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH). Na mesma linha, para Flávia Piovesan (2019, p.123) o término da segunda guerra mundial faz surgir críticas aos ordenamentos jurídicos insensíveis à valores éticos, e complementa:

“É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana.”

Outrossim, nessa perspectiva de respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a CRFB/88 traz em seu arcabouço uma série de regras e princípios, referendados em textos doutrinários como direitos fundamentais, todos voltados à primazia da dignidade da pessoa humana. A esse fenômeno atribui-se o nome de constitucionalização dos direitos, que em suma, se resume a conferir feição constitucional aos direitos básicos dos indivíduos. A importância acerca do tema assenta-se justamente na concepção da supremacia da constituição, o que impede, explícita ou implicitamente, que referidos direitos fiquem ao alvedrio do Estado. É nesse contexto propositivo que se torna importante destacar que “três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente” (SARLET, 2004, p. 75).

Com base nessas premissas é possível se aferir um revigoramento da constitucionalização dos direitos, levada a efeito principalmente pelo

caráter supremo do texto constitucional. Não por outra razão, em virtude do reconhecimento da supremacia constitucional e do fenômeno da constitucionalização dos direitos, a criação, interpretação e aplicação das leis devem estar em estrita obediência às disposições aventadas pelo texto constitucional. Aos poderes constituídos cabe, no exercício da atividade legiferante e interpretativa das leis, primar pelo pressuposto da superioridade jurídica da constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado (BARROSO, 2019).

Ressai dessa ideia que, a carta nacional é fundamento do Estado Democrático de Direitos, devendo, em virtude da sua supremacia e do fenômeno da constitucionalização dos direitos, que todos os atos editados pelos poderes públicos estejam em fina sintonia com as suas disposições, ou, quando possível, que se dê interpretação conforme, a fim de revestir de validade as normas jurídicas infraconstitucionais. É a partir dessas colocações que se torna viável afirmar que

“a ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente na nossa Lei Fundamental” (SARLET, 2004, p. 81).

José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p.89), a seu turno, reitera a supremacia constitucional em face dos atos editados pelos poderes constituídos:

“O problema do conflito entre a lei fundamental do Estado, que decorre da superioridade das normas constitucionais sobre leis ordinárias, decretos e atos administrativos, que devem acomodar-se aos limites traçados pelas constituições e a defesa dos direitos individuais contra os excessos do poder público, constitui tema fundamental para corrigir os diversos excessos de atuação da atividade estatal em nossos dias.”

Anote-se que, em virtude do fenômeno da constitucionalização dos direitos, a constituição, suprema por excelência, atua como a coluna dorsal de todo o ordenamento jurídico, limitando os excessos estatais em face dos direitos fundamentais dos indivíduos. Por derradeiro, a reafirmação da supremacia constitucional só é possível a partir de uma jurisdição

constitucional que atue em prol da preservação dos direitos e garantias fundamentais referendados na Lei Maior, tidos aqui como fenômeno da constitucionalização dos direitos, tema do próximo tópico.

### 3. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A compreensão do processo enquanto *locus* de discursividade ampla e isomênica dos pontos controversos que integram a demanda coincide com o advento do modelo constitucional de processualidade democrática. A primeira premissa a ser levada em consideração quando se discute e analisa o processo no contexto da constitucionalidade democrática é perceber que se trata de instituição voltada a implementação dos direitos fundamentais expressamente previstos no plano constituinte e instituinte, além da imprescindibilidade de ruptura com as amarras decorrentes da discricionariedade e do protagonismo judicial. É por isso que se torna relevante ressaltar que “o drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma juízes em legisladores” (STRECK, 2012, p. 93), ou seja, “e, para além disso, esse poder discricionário propicia a criação do próprio objeto do conhecimento, típica manifestação do positivismo” (STRECK, 2012, p. 93). Colocar o magistrado em posição hierarquicamente superior as partes, conferindo-lhe ampla liberdade para decidir a partir de argumentos solipsistas, metajurídicos e axiológicos, constitui um meio de sucumbir o projeto da constitucionalização do processo enquanto instituição democrática.

“O pressuposto básico de um Estado Democrático de Direito é que os sujeitos do diálogo estejam no mesmo plano jurídico de argumentação e debate” (COSTA, 2016, p. 30), ou seja, “quando o Estado se coloca em posição superior aos sujeitos do diálogo, impondo soberanamente sua decisão, fica comprometida a legitimidade democrática dos provimentos estatais” (COSTA, 2016, p. 30). É justamente nesse contexto crítico-analítico que se verificam as bases do processo constitucional democrático, visto como um espaço de amplo debate isonômico dos pontos controversos da demanda. Ou seja, todos os sujeitos que integram esse espaço processual devem ter as mesmas oportunidades de argumentação fática e jurídico-constitucional, possibilitando igualdade no direito de todos influírem na construção discursiva do mérito processual do provimento final. Foi por isso que “a consagração e constitucionalização das instituições

processuais instigaram a reflexão jurídica no sentido de não se admitir mais a jurisdição como meio do exercício do poder estatal, mas sim, como um direito fundamental de movimentar incondicionalmente o Estado na apreciação das pretensões levadas até ele” (COSTA, 2016, p. 79).

Insta destacar que Rosemiro Pereira Leal afirma que “infere-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular)” (LEAL, 2009 p. 86). Com relação ao tema constitucionalização do processo, Fabrício Veiga Costa (2012, p. 198) assim pontua:

“O movimento da constitucionalização do processo e da jurisdição coincide com a desconstrução teórica da ideologia que sedimentou uma hermenêutica que se desenvolveu basicamente a partir da sabedoria inata do julgador, dando lugar à hermenêutica constitucional e democrática dos direitos fundamentais, centrada em critérios objetivamente jurídicos e utilizados como parâmetro ao discurso processualizado e à aplicabilidade do princípio da fundamentação das decisões judiciais, como reflexos do devido processo legal (ressalta-se que o devido processo legal deve ser compreendido como o prolongamento do processo constitucional e de suas extensões procedimentais).”

Não existe qualquer cizânia doutrinária quando se trata de definir a constituição como a viga mestra que orienta o processo. A partir desse ponto, exsurge a ideia de uma teoria geral do processo constitucional que se sobrepõe aos demais ramos do direito processual comum. Assim é que Grinover, Cintra e Dinamarco afirmam que:

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, grifo nosso).

“é necessária uma maior aproximação entre os constitucionalistas e os estudiosos do processualismo científico, com o objetivo de estudar com maior aprofundamento e de forma integral as matérias que correspondem

a zonas de confluência entre ambas as disciplinas e que têm relação direta com a função do órgão jurisdicional” (NUNES; BAHIA, 2009, p. 89). Embora os apontamentos teóricos trazidos por Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco enalteçam as bases constitucionais do direito processual, é importante ressaltar que os referidos autores ainda continuam filiados à escola que compreende o processo como instrumento da jurisdição, mantendo o magistrado em posição hierarquicamente superior às partes, possibilitando-lhe o direito de decidir mediante a utilização de argumentos metajurídicos e axiológicos, não rompendo com a máximas preconizadas pela discricionariedade e protagonismo judicial.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugura a base hermenêutica que orienta e regula todos os ramos do direito, notadamente o processo, que passa a ser visto como garantia fundamental dos indivíduos em face do Estado legislador, administrador e juiz. Nesse passo, o processo tem passado por transformações marcantes que o afastaram do formalismo da velha praxe, para o reforço de sua posição como garantia constitucional (BARACHO, 2006). A compreensão de um modelo constitucional de processo decorre do fato de a Constituição ser a lei máxima do Estado e que todos os ramos do direito devem se amoldar aos ditames por ela estabelecidos. Nesse sentido, a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias (BARACHO, 2006). Comungando das mesmas ideias, para Ronaldo Brêtas o processo constitucional deve ser entendido como:

“[...] a principiologia metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de várias direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais” (BRÊTAS, 2018).

Portanto, o processo deve ser visto como mecanismo constitucional à disposição dos indivíduos, pelo qual limitam-se as práticas incisivas do Estado no que tange ao aviltamento dos direitos e garantias fundamentais. Como supramencionado, a Constituição estabelece a baliza que orienta o processo na atualidade. A questão central cinge-se em estabelecer o marco

inicial da aproximação entre processo e constituição, formando-se o que a doutrina e a jurisprudência consignaram a chamar de processo constitucional, ou modelo constitucional de processo.

Anota-se que essa aproximação entre processo e constituição ocorreu após a segunda guerra mundial e da ratificação pelos Estados nacionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ocasião na qual os Estados reconheceram os princípios e normas voltadas a proteção dos direitos do homem. Como consequência, diversos Estados Nacionais inseriram em suas Constituições institutos de direito processual, a exemplo da Itália em 1948, Alemanha em 1949, França em 1952, Portugal em 1976 e Espanha em 1978, todos voltados à proteção dos direitos e garantias da dignidade da pessoa humana. No Brasil, notadamente com o advento da CRFB/88, foram inseridos verdadeiros princípios processuais, tendentes a salvaguardar os direitos e garantias dos indivíduos. A partir desse ponto, José Alfredo de Oliveira Baracho (2006) apregoa o surgimento de um genuíno modelo constitucional de processo que se sobrepõe às normas processuais comuns.

Nesse passo, a reafirmação do processo constitucional decorre necessariamente da aproximação cada vez maior entre estudiosos da Constituição e do processo científico. Não por outra razão, sintetizam Dierle Nunes e Alexandre Bahia que:

“é necessária uma maior aproximação entre os constitucionalistas e os estudiosos do processualismo científico, com o objetivo de estudar com maior aprofundamento e de forma integral as matérias que correspondem a zonas de confluência entre ambas as disciplinas e que têm relação direta com a função do órgão jurisdicional” (NUNES; BAHIA, 2009, p. 89).

Esse fato tem que ser visto com bons olhos, o que denota o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre todo o sistema de direito, nos seus mais variados pronunciamentos. A essa tendência de constitucionalizar os direitos, atribui-se o fato da CRFB/88, mais que qualquer outra, trazer um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, além de disposições atinentes ao direito civil, empresarial, penal e, notadamente processual. Destarte, quer se queira atualmente trabalhar em juízo com o direito ou quer se queira simplesmente estudá-lo, dificilmente será possível fazê-lo no Brasil sem se reportar à Constituição (NUNES; BAHIA,

2009). Essa tendência de constitucionalização do processo, se torna mais evidente, e não menos complexo, a partir de um longo catálogo de direitos traduzidos no texto constitucional como direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a CRFB/88, além do fenômeno da constitucionalização dos direitos, dá ao processo (civil, penal ou administrativo) uma nova roupagem, que invariavelmente o aproxima cada vez mais do Estado Democrático de Direito. À guisa de exemplo do caráter constitucionalizante dos direitos, menciona-se: dignidade da pessoa humana (1º, III) garantia da presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade (5º, LVII); juízo natural (5º, XXXVII); acesso à justiça (5º, XXXV, LXXIV); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); motivações das decisões (93, IX), dentre outros. Como se nota, com o advento da CRFB/88, todo o direito processual brasileiro mudou, obrigando todos os profissionais do direito que realizem uma filtragem ou releitura constitucional do processo.

Corroborando essa assertiva, o art. 1º do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) preleciona que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa tendência socializante do processo, além da absorção dos preceitos constitucionais pelos códigos e legislações extravagantes, a aplicação e interpretação das leis passam a ser guiadas pela ideia da filtragem ou releitura constitucional do processo. O processo adquire uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas (MENDES; BRANCO, 2018). Nesse sentido, para FERNANDES (2012), o íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional.

O processo, como mecanismo de efetivação das disposições da Constituição é a instituição apta e necessária para a preservação das regras e princípios constitucionais. Essa aproximação ocorre a partir do reconhecimento da supremacia da Constituição e da tendência de se constitucionalizar os direitos fundamentais dos indivíduos.

No item seguinte será demonstrada a diferença entre regras e princípios, bem como discorrerá sobre o conceito de trânsito em julgado. Com efeito, a distinção entre regras e princípios é de suma importância para o trabalho proposto, considerando que do ponto de vista estritamente jurídico-constitucional-normativo um dos argumentos favoráveis de maior peso para a execução antecipada da pena é o de que a garantia da presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi veiculada por norma-princípio, ou seja, que exige a ponderação (ou balanceamento, se preferirmos) com outros direitos ou bens constitucionais. Do mesmo modo é extremamente relevante definir “trânsito em julgado”. Isto porque, se considerar que o inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 se trata de uma regra e, portanto, não se submete a um juízo de ponderação, ao menos não (para os que admitem a possibilidade de superação das regras) no sentido habitual atribuído aos princípios, um aspecto que restaria é discutir o que se pode legitimamente entender por trânsito em julgado.

#### **4. DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E O CONCEITO DE “TRÂNSITO EM JULGADO”**

Normas jurídicas são proposições legais ou constitucionais que trazem comando genéricos ou específicos utilizados como parâmetro para a interpretação, aplicação e integração do ordenamento jurídico brasileiro. A aplicabilidade das referidas normas deve ser baseada em critérios racionais e hermeneuticamente jurídicos, considerando-se que admitir a utilização de critérios metajurídicos, solipsistas e axiológicos como referenciais para a interpretação das normas jurídicas poderá fortalecer o protagonismo judicial, enaltecendo a discricionariedade do julgador e, assim, gerar insegurança jurídica, em absoluta contrariedade ao modelo constitucional de processo.

A distinção entre regras e princípios constitui a estrutura de uma teoria normativo-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. Alexy entende que, como as regras, os princípios são normas jurídicas, mas, diferentemente das regras, eles são normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível. Em sua concepção:

“Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também jurídicas (...). De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível” (ALEXY, 1993, p. 73).

Nesse contexto propositivo é possível afirmar que as regras são normas jurídicas que trazem comandos normativos específicos, direcionados, cuja interpretação jurídica não deve ser oscilante e casuística, já que a proposição deve ser interpretada, na medida do possível, levando em consideração a literalidade do que foi proposto no âmbito legislativo. Os princípios são normas jurídicas que trazem comandos mais amplos, cuja interpretação casuística e fática deve ser construída a partir da racionalidade democrática, levando-se em consideração, especialmente, a normatividade preconizada pela constitucionalidade democrática. Por isso, se torna relevante evidenciar que os princípios:

“não contêm mandados definitivos, mas somente prima facie. Do fato que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio requer deste caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser ultrapassadas por outras razões opostas (...). Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma determinação do âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 1993, p. 77).

Em sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy tenta compreender, nos moldes de uma teoria argumentativa do direito, como se deve resolver o conflito de princípios jurídicos ou, mais precisamente, a colisão ou tensão entre princípios jurídicos, o que lançará luzes sobre a diferença quanto ao tipo de validade dos princípios e das regras. Segundo ele, o Tribunal Constitucional Alemão fala não em contradição, mas de tensão entre princípios, no sentido que nenhum dos princípios em conflito goza simplesmente de primazia perante outro (ALEXY, 1993). Mas é preciso en-

tender o que significa essa expressão do Tribunal Constitucional Alemão. Para Alexy, significa que uma possível colisão entre princípios jurídicos existe quando, aplicadas separadamente, as normas principiológicas que se encontram nessa situação conduzem a resultados incompatíveis, quer dizer, a dois juízos de dever-ser jurídico contraditórios (ALEXY, 1993).

Exatamente por isso a solução do conflito entre princípios difere da solução do conflito de regras: o último tem existência em abstrato, enquanto o conflito entre princípios só tem existência, e portanto, solução, no caso concreto. Por conterem determinações do âmbito fático e jurídico, duas regras em conflito não podem ser simultaneamente válidas, a não ser que seja inserta uma cláusula interpretativo-argumentativa de exceção em uma delas (ALEXY, 1993). Os princípios conflituosos, ao contrário, não deixam de ser ambos válidos por serem conflituosos, o que significa que a validade dos princípios, ao contrário da validade das regras, não depende da validade de outras normas de mesmo grau.

É evidente que princípios que, no caso concreto, estão em conflito, não podem ser aplicados simultaneamente (ou pelo menos na mesma intensidade). Segundo Alexy (1993, p. 79):

“Quando dois princípios entram em colisão (...), um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa.”

Significa dizer que o conflito de regras se dá na dimensão da validade, e o de princípios na dimensão do peso (ALEXY, 1993). A ideia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista uma hierarquização. Não se trata de uma hierarquização absoluta, mas de uma hierarquização tendo-se em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de ponderação dos princípios envolvidos na situação. A ponderação, como concebida por Alexy, refere-se a qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui mais peso no caso concreto (ALEXY, 1993). Como já se disse, essa precedência não é absoluta. Ao contrário, trata-se, como entende o autor, de uma precedência condicionada, cuja determinação consiste em que, tomando-se em conta o caso, indiquem-se

as condições sob as quais um princípio precede a um outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente (ALEXY, 1993).

A grande questão que deve ser esclarecida no que atine a aplicabilidade dos princípios diante de um determinado caso concreto são os critérios utilizados para a sua interpretação. Ou seja, a racionalidade crítica, fundada em critérios objetivamente jurídicos, deve ser a viga mestra para afastar o protagonismo e a discricionariedade judicial, especialmente quanto à forma como um determinado princípio deverá ser visto e aplicado diante de um caso concreto.

Feita a distinção entre regras e princípios, passa-se a discorrer sobre o conceito de trânsito em julgado. Ora, se regras por definição não se submetem a um juízo de ponderação, ao menos não (para os que admitem a possibilidade de superação das regras) no sentido habitual atribuído aos princípios, como já dito acima, um aspecto que restaria é discutir o que se pode legitimamente entender por trânsito em julgado. Ainda que se possa aduzir que se cuida de uma definição legal, já que a Constituição assegura a sua blindagem como garantia fundamental sem enunciar uma definição, o conceito haverá de estar em sintonia com a Constituição, ademais de ser interpretado – mormente em sede criminal e em caso de condenação à pena privativa de liberdade – de modo extensivo, ou seja, reforçado, já que do contrário se estaria a romper com o critério de que restrições a direitos e garantias devem ser restritivamente interpretadas.

A coisa julgada surge para dar segurança às decisões judiciais, que, num dado momento precisarão se tornar imutáveis. Estabelece a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – que a coisa julgada (ou caso julgado) é a decisão judicial de que não cabia mais recurso (art. 6º, § 3º, Decreto-lei nº 4.657/42). Todo processo judicial é iniciado para solucionar um impasse social e deve terminar com a prolação de uma decisão final, seja uma sentença ou um acórdão. A partir de determinado momento, esta decisão proferida tornar-se-á imutável, gerando a pacificação e a segurança que se almejam. Tendo esgotados os recursos ou não tendo sido nenhum interposto, diz-se que a decisão transitou em julgado (NEVES, 2013).

A noção jurídica acerca do trânsito em julgado funda-se na premissa da exauriência argumentativa no plano processual, utilizada como refe-

rencial para permitir a imutabilidade e a indiscutibilidade de uma decisão judicial de mérito, não se admitindo sua modificação via recurso em razão da segurança jurídica expressamente prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da CRFB/88. Proibir a modificação de decisão judicial transitada em julgado, através da via recursal, além de tornar viável a implementação do princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, assegura ao acusado o direito de não sofrer qualquer privação de liberdade arbitrariamente imposta pelo Estado antes de ter todas as suas provas e argumentos jurídico-constitucionais apreciados pelo poder judiciário. Interpretar o texto constitucional contrariamente à lógica racional preconizada pelo Estado Democrático de Direito constitui um meio evidente de utilização do processo como instrumento de presunção de culpa do acusado antes mesmo do trânsito em julgado. Somente existe Estado de Direito se as decisões do poder judiciário puderem, num determinado momento, adquirir estabilidade e gerar segurança às partes e à sociedade. Tanto é assim que a CRFB/88 determina que a lei respeitará a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Conforme Pacelli (2017), objetiva-se, também, exercer um controle sobre o Estado-acusação, diante das graves consequências que derivam da existência de uma imputação formalizada, atingindo a dignidade da pessoa humana. A coisa julgada é um fenômeno processual único, que estabelece que uma vez preclusas as vias impugnativas, ou esgotadas as percorridas, o juiz não poderá reexaminar a questão mediante a utilização de vias recursais. A decisão tornou-se intangível, intocável, imutável. Os efeitos que se produziram com a publicação da sentença, e os demais, que surgiram após o trânsito em julgado, tornaram-se definitivos, dada a impossibilidade de novo exame. Emprestando mais uma vez as palavras de Tourinho, a coisa julgada material, ou simplesmente a coisa julgada, torna imutável o comando proveniente da sentença, de sorte que em nenhum outro juízo poderá a mesma causa ser debatida entre as mesmas pessoas, tornando imutáveis a decisão e seus efeitos, quaisquer que sejam (TOURINHO, 2008).

A coisa julgada é analisada de acordo com seus limites objetivos e subjetivos, o que só é possível de acordo com a teoria da *tria eadem* (CARLYLE, 2014) – as demandas são idênticas quando possuem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, ou seja, adota-se a teoria da tríade, das três identidades ou dos três elementos, conforme o

art. 337, § 2º, Código de Processo Civil). É certo que o trânsito em julgado não se confunde com a coisa julgada, seja ela material ou formal. Por trânsito em julgado entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. Há, portanto, uma relação lógica de antecedente-a-consequente (não de causa-e-efeito) entre o trânsito em julgado e a coisa julgada. A partir das premissas expostas verifica-se que a decisão transitada em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, a impossibilidade de revisitação da questão de mérito decidida em razão de critérios cronológicos ou lógicos que regem a estrutura procedimental. Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material, após concluída a exauriência argumentativa das provas e argumentos jurídico-constitucionais apresentados pelo acusado no âmbito processual.

As normas jurídicas que preveem o instituto da coisa julgada devem ser vistas como regras, não como princípios. Tal afirmação se justifica porque entender o trânsito em julgado como uma premissa normativa é reconhecer que sua aplicabilidade não é casuística, ou seja, o caso concreto não é utilizado como referencial lógico para definir se houve ou não o trânsito em julgado. Será a impossibilidade de propositura de novos recursos o critério que regerá e definirá o trânsito em julgado de uma determinada decisão judicial de mérito, retirando-se das mãos do julgador a possibilidade de utilização de juízos valorativos para a compreensão e aplicabilidade do referido instituto.

Visando tornar viável o debate jurídico do objeto da presente pesquisa, no item seguinte demonstrar-se-á o conteúdo e a eficácia da garantia constitucional da presunção da inocência no âmbito do direito processual penal, na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

## **5. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONTEÚDO E EFICÁCIA NUMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

O processo constitucional democrático é o espaço utilizado pelo acusado para tornar viável e efetiva a exauriência argumentativa de provas e fundamentos jurídico-constitucionais pertinentes com a acusação

apresentada pelo Estado. O poder de punir exercido pelo Estado somente será considerado legítimo, sob o ponto de vista democrático, se permitir a concretização dos princípios da isonomia processual, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, inadmissibilidade de provas ilícitas, além da dignidade humana. É nesse contexto teórico que se insere o princípio da presunção de inocência: caberá ao Estado o dever de desconstituir a condição de inocente assegurada a qualquer cidadão, devendo o poder judiciário aplicar pena apenas quando restar comprovado de forma robusta e definitiva a culpa do agente. A privação de liberdade, como meio de tornar viável o cumprimento da pena, é constitucionalmente admitida no Estado Democrático de Direito depois de esgotados todos os meios de defesa e após comprovação do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Pensar a respectiva temática de maneira diversa é interpretar o texto constitucional de forma utilitarista, cedendo-se aos anseios de uma sociedade que enxerga o processo como um espaço de segregação e vingança, premissas essas decorrentes dos ideais punitivistas que se opõe ao garantismo penal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a dignidade da pessoa humana em diversos dispositivos: no art. 1º, III, como fundamento do Estado; no art. 170, como finalidade das ações econômicas; no § 7º do art. 226, quando trata do planejamento familiar; no art. 227, ao estabelecer que cabe ao Estado, à sociedade e à família assegurar a dignidade das crianças e dos adolescentes; e no art. 230, quando trata do amparo aos idosos. No âmbito internacional ressalta-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; a Convenção Europeia de Direitos Humanos, dentre outros. Esse princípio tem como pressuposto de existência tão somente a condição de ser humano. Não é necessário o desenvolvimento de quaisquer características para conferir aos indivíduos esse direito. Basta o fato de ser humano, vivendo ou não em sociedade. A dignidade humana é atributo inerente a todas as pessoas, não pressupondo o gozo de capacidades e aptidões de qualquer natureza (SARMENTO, 2016). Para Sarmento (2016), esse princípio auxilia na identificação dos direitos fundamentais, bem como é responsável em legitimar o Estado e o Direito.

Para Kant (2011), a dignidade humana é reconhecida como um prin-

cípio capaz de propiciar a vida em sociedade, na medida em que incentiva a restrição de alguns direitos particulares para que haja igualdade entre todos os indivíduos. Em sua concepção, esse princípio deve agir externamente nos seres humanos, de modo que o uso livre do arbítrio (de cada indivíduo) possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal. Ainda em sua visão, a dignidade humana é inalienável e congênita a todo e qualquer ser humano. Ela permite a autodeterminação do indivíduo na medida em que esse tem o poder de determinar suas ações até o limite imposto pelas leis em razão de sua racionalidade (KANT, 2011). Para se viabilizar a vida em sociedade, os direitos de cada pessoa devem ser restringidos a fim de que se compatibilizem com a atribuição de iguais direitos a todos os demais (SARMENTO, 2016). A legitimidade da ordem jurídica e do Estado se ampara em duas ideias basilares: democracia e respeito aos direitos humanos. Nesse sentido:

“Ambas se nutrem da compreensão que alimenta o princípio da dignidade: as pessoas têm de ser respeitadas como iguais e tratadas como sujeitos e não como objetos, como agentes e não como cabeças de um rebanho [...] a dignidade humana deve ser concebida como um direito fundamental em si, dotado de múltiplas facetas, ou como uma fonte de direitos fundamentais mais específicos” (SARMENTO, 2016, p. 59).

Diante dessa afirmação e em razão de sua vasta incidência, o princípio da dignidade humana pode ser considerado o corolário dos direitos fundamentais, devendo ser reconhecido e protegido pelo Direito. O Estado, em relação à dignidade humana, possui dois claros deveres: (i) de respeito, colocando a dignidade do homem como limite às suas ações, impedindo abusos e (ii) de garantia, na medida em que deve promover o fornecimento de condições materiais ideais ao homem. Assim, de um lado, a dignidade é um direito individual da pessoa em relação aos demais, sejam outros indivíduos ou o próprio Estado; e, de outro lado, a dignidade é um dever de tratamento por parte do Estado, que deve respeitar os indivíduos na sua essência. Neste sentido, portanto, “a dignidade é o fim próprio do Estado, dessa maneira, toda atividade estatal deve estar sempre voltada à tutela, à realização e ao respeito à dignidade humana, o que não exclui a atividade persecutória do Estado, seja através da investigação criminal, seja no exercício da ação penal, seja no curso do processo” (NICOLITT, 2012, p. 43).

O advento da dignidade humana como norma jurídica (princípio) regente das estruturas e instituições jurídicas, seja no âmbito internacional ou no contexto do direito interno, é responsável pela despatrimonialização da ciência do Direito, colocando a pessoa humana como centro gravitacional da interpretação, integração e aplicabilidade do direito, seja diante de um caso concreto ou abstratamente. Por isso, toda norma jurídica constitucional ou infraconstitucional que preveja o princípio da dignidade humana deverá ser interpretada de forma sistemática, extensiva, contextualizada e democrática, privilegiando a ampla e integral proteção da pessoa humana. A garantia da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado. De acordo com a CRFB/88 (art. 5º, LVII), ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória final. O Código de Processo Penal traz disposição semelhante (art. 283). Assim, toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (art. 8.2, da Convenção Americana dos Direitos Humanos; e art. 14.2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado no Brasil pelo Decreto n.º 592/92).

É importante consignar que há quem diferencie presunção de inocência de presunção de não culpabilidade. Afirma-se que se pode presumir a inocência de uma pessoa mesmo se contra ela foi instaurada uma ação penal, diante da exigência de comprovação de indícios mínimos (justa causa); seria possível, isso sim, presumir a sua não culpabilidade até a – eventual – condenação final. Seja como for, não há diferenças práticas significativas quanto ao emprego destes termos.

Classicamente, a presunção de inocência possui três nuances: (i) é regra de tratamento, tanto ao poder legislativo quanto ao profissional do direito e à sociedade. É a própria essência da presunção de inocência, tanto que o Superior Tribunal de Justiça afirma ser vedada a utilização de inquérito policiais e ações penais em andamento para agravar a pena-base (súmula nº 444). Isso porque, se não há uma decisão definitiva, o agente é considerado presumivelmente inocente, não podendo ter agravada a sua condição. Além do mais, as prisões cautelares (preventiva e temporária) somente serão decretadas de forma excepcional, consoante

a necessidade e adequação da medida (art. 282, caput, e seus parágrafos, CPP), assim como qualquer outra medida restritiva de direitos, que somente será executável quando indispensáveis ao desenrolar da persecução penal, tal como uma interpretação telefônica (STF, *HC*, nº 108.147/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.12.12); (ii) é dever da acusação trazer os elementos de prova que possam levar à condenação do acusado, já que este está em seu estado permanente de inocência; ao réu, em síntese, caberá demonstrar as causas que excluam a culpabilidade ou a ilicitude – muito embora possa o juiz absolver quando houver dúvida em relação à ocorrência delas (art. 386, VI, CPP); (iii) a prisão definitiva em razão de uma decisão condenatória somente é possível, no Estado Democrático de Direito, após o trânsito em julgado. Todavia, atualmente, isso se aplica antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque, a Suprema Corte (*HC* nº 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.16), alterou seu clássico posicionamento para, agora, permitir o início da execução da pena condenatória após a prolação do acórdão de segundo grau, ainda que pendente de julgamento RE ou REsp (que não têm efeito suspensivo, como regra), considerando que isso não ofende a presunção de inocência. O cerne da presente pesquisa consiste exatamente em analisar se há compatibilidade entre a execução provisória da pena e a garantia da presunção da inocência sob o paradigma do modelo constitucional de processo.

Do ponto de vista estritamente jurídico-constitucional-normativo um dos argumentos favoráveis de maior peso para aqueles que defendem a constitucionalidade da execução provisória da pena no Brasil é o de que a garantia da presunção de inocência na CRFB/88 foi veiculada por norma-princípio, ou seja, que exige a ponderação (ou balanceamento, se preferirmos) com outros direitos ou bens constitucionais. Ocorre que, parte da doutrina contesta o mencionado entendimento, questionando o quanto a classificação abaixo mencionada condiz com os limites textuais da nossa constituição. Assim, para aqueles que defendem essa tese a garantia da presunção da inocência se trata de uma regra, que proíbe uma determinada conduta, pois, segundo seus adeptos, o artigo 5º, LVII, estabelece, categoricamente, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Considerar a presunção de inocência uma regra (não um princípio) retira do julgador a possibilidade

de interpretação casuística, metajurídica, axiológica, cabendo reconhecer a literalidade do texto constitucional, que é claro ao prever que o início do cumprimento da pena somente será possível após o trânsito em julgado.

Com efeito, como visto no tópico anterior, o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Nos casos das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que regras podem ter, e quase sempre têm, exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. Assim, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (art. 5º, XL, CRFB/88). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação.

No próximo tópico será realizada uma análise acerca da alteração do entendimento da Suprema Corte do Brasil, a partir do exame dos julgamentos dos *Habeas Corpus* de nº 84.068 e 126.292/SP.

## **6. A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO STF SOBRE A (I) LEGITIMIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DOS *HABEAS CORPUS* DE N.º 84.068 E N.º 126.292/SP**

A pesquisa documental realizada no presente contexto se torna relevante para permitir a análise dos fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no que atine ao tema da execução antecipada da pena privativa de liberdade do acusado que teve sua condenação confirmada por tribunal de justiça ou tribunal regional. O atual entendimento do STF funda-se na premissa de que eventuais recursos propostos na instância extraordinária (Recurso Especial ou Recurso Extraordinário) não possuem efeitos suspensivos automáticos, fato esse que legitimaria a antecipação do cumprimento da pena privativa de liberdade. O respectivo entendimento parte do pressuposto de que a norma constitucional

que prevê a presunção da inocência possui natureza principiológica e, por isso, autorizaria o julgador a interpretá-la casuisticamente de acordo com as conveniências metajurídicas e axiológicas do tribunal. Ressalta-se que tal entendimento, além de contrariar o modelo constitucional do processo, endossa a presunção de culpabilidade do condenado mesmo antes do trânsito em julgado da decisão de mérito, ignorando a possibilidade desse acusado vir a ser absolvido ou ter extinta sua punibilidade na instância extraordinária. Caso uma dessas hipóteses fáticas venham a ocorrer, como seria possível resgatar a dignidade humana desse sujeito que teve que se submeter indevidamente à privação de sua liberdade em razão de posicionamento utilitarista adotado pelo judiciário brasileiro? Em razão das premissas levantadas, torna-se relevante a análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação ao tema em questão.

No ano de 2009, no bojo do *HC* n. 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de sete votos a quatro, decidiu que a execução provisória da pena é incompatível com a garantia da presunção de inocência, passando-se a exigir o trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena. Embora extensa, cabe trazer a lúmen ementa de referido *HC*, a fim de se dar maior concretude e embasamento a narrativa.

“EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de

natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados--- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A

Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida” (HC 84.068. Pleno do STF, Rel. Min. Eros Grau. 05/02/2009).

Nesse diapasão, o HC 84.068 reformulou o entendimento inicial fixado pelo STF, para dizer inconstitucional a execução provisória da pena. No voto do Relator, Min. Eros Grau, ficou consignado que qualquer norma que contrariasse às disposições atinentes ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade não havia sido recepcionada pela Constituição Federal, sendo de todo incompatível com o princípio do estado de não culpabilidade a execução da pena antes do trânsito em julgado do último recurso aviado pelo réu. Verifica-se que o entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009 funda-se na premissa de que a presunção de inocência é uma norma jurídica que carrega em si o *status* de regra e, por isso, deve ser interpretada em sua literalidade. Somente após a definitividade da decisão condenatória, que não mais admite a propositura de recurso, é que se tornaria viável o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, em homenagem aos princípios da dignidade humana, presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, devido processo legal, isonomia processual, contraditório e ampla defesa.

Noutro norte, em 2016 o STF revistou a matéria, e mais uma vez mudou o seu entendimento para novamente dizer que a execução da pena após o julgamento de apelação nos Tribunais de segundo grau de jurisdição não viola a garantia constitucional da presunção de inocência. Veja-se a ementa do julgamento.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE

INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado” (*Habeas Corpus* 126.292/SP. Pleno do STF. Rel. Min. Teori Zavascki. 17/02/2016).

Como se nota, no ano de 2009, a jurisprudência do STF foi no sentido de ser incompatível a execução provisória da pena com a garantia constitucional do estado de não culpabilidade. Com efeito, naquele ano, sob a Relatoria do Min. Eros Grau, o STF condicionou o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não obstante o entendimento acima mencionado, em 2016, o Pretório Excelso revisita a matéria e, no bojo do *HC* 126.292/SP, passa a permitir a execução provisória da pena após o esgotamento do duplo grau de jurisdição. Críticas não faltaram ao posicionamento adotado pelo STF no *HC* 126.292, principalmente por parte da doutrina que aponta a (in) compatibilidade da execução antecipada da pena com a garantia constitucional da presunção de inocência ou estado de não culpabilidade. Referido julgamento caminhou no sentido de ser compatível com a constituição a execução da pena após o esgotamento do duplo grau de jurisdição, sob argumento de que os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp) não são dotados de efeito suspensivo, razão pela qual a execução provisória não afrontaria a garantia constitucional da presunção de inocência. Sabe-se que os RE e REsp, ambos de índole constitucional, não tem o condão de reavaliar matéria fático-probatória, restringindo o seu alcance a questões de caráter meramente processual. Nesta senda, há que se delinear o conteúdo dos referidos recursos, a fim de se entender a (in)compatibilidade da execução provisória da pena com a garantia constitucional da presunção de inocência.

Sabe-se que, os recursos, qualquer que seja, são dotados de diversos efeitos práticos, não sendo diferente com o RE e o REsp. Mesmo que esses recursos não possuam automaticamente efeito suspensivo, admitir o iní-

cio do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória é o mesmo que reconhecer a desconstituição da inocência do condenado. Tal apontamento crítico se torna coerente porque mesmo no âmbito da instância extraordinária existe a possibilidade de o condenado ser absolvido ou ter extinta sua punibilidade (ou culpabilidade), questões essas ignoradas pelos julgadores.

Tradicionalmente a doutrina limita os efeitos em obstativo, devolutivo e suspensivo. Todavia, por uma questão temática, procurar-se-á delimitar apenas os efeitos devolutivo e suspensivo. Diz-se que o efeito devolutivo consiste na transferência do conhecimento da matéria impugnada ao órgão jurisdicional, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão impugnada (LIMA, 2017). Segundo Roxin, Arzt e Tiedemann (2007), o efeito devolutivo significa que a impugnação visa uma reforma por um tribunal superior de uma decisão que ainda não transitou em julgado. Nestes termos, o efeito devolutivo é meramente a manifestação do inconformismo daquele que ficou vencido na demanda, cabendo ao sucumbente, delimitar a matéria objeto de reapreciação pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior.

É produtor, desde logo, esclarecer que os recursos cíveis dotados meramente de efeito devolutivo são passíveis de execução provisória imediatamente, ainda que pendente do julgamento de recurso em órgão jurisdicional hierarquicamente superior, ressaltando-se a indispensabilidade de garantia do juízo caso o objeto da lide não seja prestação de natureza alimentar. Na esfera cível eventual reforma ou modificação da decisão no âmbito dos tribunais superiores será resolvida via perdas e danos, restabelecendo à parte o *status quo ante*. Tal regra não pode ser automaticamente aplicada no âmbito do processo penal, até porque manter um acusado preso antes do trânsito em julgado e absolvê-lo posteriormente no âmbito da instância extraordinária é o mesmo que submetê-lo aos efeitos jurídicos de um modelo de processo autocrático, insuficiente a restabelecer a dignidade daquele que ficou indevida e injustamente preso.

Nesse contexto propositivo, o efeito suspensivo consiste no fato de que uma decisão judicial não pode ser executada, enquanto não advier uma decisão definitiva do órgão jurisdicional hierarquicamente superior em caso de eventual recurso às instâncias superiores. Veja-se, enquanto

não houver julgamento pelo órgão hierarquicamente superior, a decisão judicial inicial não pode ser executada. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2017), o efeito suspensivo consiste na impossibilidade de a decisão impugnada produzir seus efeitos regulares enquanto não houver apreciação do recurso interposto. Ou seja, o efeito suspensivo resulta numa vedação de se executar a decisão primeva. Como supramencionado, todos os recursos são dotados de efeito devolutivo, entretanto, nem todos são dotados de efeito suspensivo. Assim ocorre com os recursos extraordinário e especial, cujo julgamento é, por força de disposição constitucional privativas do STF e do STJ, que são dotados meramente de efeito devolutivo, mas não de efeito suspensivo.

Com base nessa premissa, *a priori*, pode-se concluir que o julgamento levado a efeito pelo STF está em consonância com os ditames estabelecidos pela constituição, isso porque, os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito (HC 126.292/SP, Rel. Min. ZAVASCKI, 2016, p. 6/7), logo, passíveis de execução imediata. Nestes termos, o entendimento que a execução antecipada da pena é compatível com o princípio da presunção do estado de não culpabilidade enveredou pela seara da ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, argumento esse tipicamente dogmático, utilitarista e contrário ao modelo constitucional de processo.

Não obstante o entendimento do voto vencedor, outro foi o entendimento de parte dos Ministros do STF – voto vencido – que, com a divergência inaugurada pela Min. Rosa Weber, defendeu a incompatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da presunção de inocência, sob o argumento de afronta ao inciso LVII, do art. 5º da CRFB/88. Para ela, a redação do dispositivo constitucional é clara e precisa, não havendo margem para interpretação extensiva de referido princípio. Já o Min. Lewandowski, apregoa que:

“É impossível [...] ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*” (HC 126.292 – 2016, p. 97).

O Min. Celso de Melo (HC 126.292 - 2016, p. 15/16) afirmou que a execução provisória da pena não só tem a pecha de inconstitucional, como também é incompatível com a Lei de Execução Penal, uma vez que o art. 105 do diploma executivo impõe a concepção de trânsito em julgado para início da execução da pena. Na esteira dos votos vencidos, entenderam os Ministros que encamparam essa tese que, embora o Código de Processo Penal, bem como o de Processo Civil não atribuam efeito suspensivo aos RE e REsp, não se pode negar que a CRFB/88 sobrepõe formal e materialmente à legislação federal. E nesse ponto, o inciso LVII, do art. 5º, é taxativo em dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, para a corrente vencida, o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade tem eficácia plena e, por ser norma de direito fundamental tem aplicabilidade imediata. Portanto, qualquer interpretação levada a efeito pelo STF no sentido de adiantar o cumprimento da pena privativa de liberdade seria totalmente incompatível com o princípio do estado de não culpabilidade.

A constante alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema da antecipação do cumprimento da pena em casos de decisões condenatórias não transitadas em julgado deixa claro o protagonismo e a discricionariedade judicial, reflexos da forte carga axiológica, metajurídica e solipsista presente nos votos dos ministros. A ausência de uma racionalidade crítica para direcionar o entendimento do tema tem gerado insegurança jurídica, além de restabelecer simbolicamente as premissas que direcionam o modelo inquisitivo de processo. Embora o presente artigo científico não tenha esgotado a pesquisa documental referente ao posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, é de suma importância esclarecer que a temática vista sob a ótica do modelo constitucional do processo democrático não autoriza a prisão do condenado antes do trânsito em julgado.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência tem *status* normativo de regra constitucional expressamente prevista no artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88, ao estabelecer expressamente que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal previsão constitucional é desdobramento do advento do Estado Democrático de Direi-

to, que tem como um de seus pilares a proteção da dignidade humana e a efetividade dos direitos fundamentais expressamente previstos no plano constituinte e instituinte. Nesse sentido, o processo constitucional democrático deve ser visto como *locus* de ampla discursividade e exauriência argumentativa de todas as questões controversas que integram a matéria de fato e de direito inerente a pretensão deduzida. Pensar a presunção da inocência como “regra” e não como “princípio”, é reconhecer os limites interpretativos do julgador, que deverá se ater à literalidade do comando normativo, além de utilizar da racionalidade crítica como parâmetro para assegurar a preservação do estado de inocência do acusado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Conferir discricionariedade ao julgador quando da interpretação do referido dispositivo constitucional é um meio de fortalecer a jurisdição autocrática, fundada em argumentos utilitaristas, metajurídicos, axiológicos e solipsistas, contrariando a segurança jurídica das decisões judiciais, além de configurar direta afronta ao instituto da coisa julgada constitucional.

Mesmo que se trate de tema altamente debatido e controverso, seja no meio acadêmico, seja no plano da mídia e outros tantos foros, mobilizando e polarizando setores de todas as colorações político-partidárias e grupos sociais, como visto, a querela em torno da legitimidade constitucional da execução provisória da pena segue acesa e, ademais disso, adquirindo novos contornos, em especial protagonizados pelo STF. Demonstrou-se que um dos principais argumentos utilizados em prol da execução provisória da pena é o de que a garantia da presunção de inocência na CRFB/88 foi veiculada por norma-princípio, ou seja, que exige a ponderação (ou balanceamento, se preferirmos) com outros direitos ou bens constitucionais. Adotar o entendimento de que a presunção de inocência tem *status* de princípio constitucional constitui um meio de fortalecer a jurisdição autocrática fundada no protagonismo e na discricionariedade judicial do STF.

Contrariando a premissa utilizada dogmaticamente pela maioria dos ministros do STF, nossa Constituição indica que a presunção de inocência se trata de uma regra, que proíbe uma determinada conduta, pois, apenas para relembrar, o artigo 5º, LVII, estabelece, categoricamente, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Sob o ponto de vista da constitucionalidade demo-

crática uma regra jurídica deve ser interpretada em sua literalidade, como meio de salvaguardar o direito fundamental de presunção de inocência daqueles condenados em sentença judicial ainda não transitada em julgado.

De fato, o constituinte de 1988 seguiu os modelos italiano e português e, dando efetividade máxima ao compromisso do Estado brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana, reforçou entre nós a garantia da presunção de inocência: estabeleceu-se como marco temporal final de sua aplicação o momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito de que se presuma a sua inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A interpretação literal do dispositivo constitucional mencionado deixa clara a incompatibilidade da execução provisória da pena com a presunção de inocência e o modelo de processo constitucional democrático. Ou seja, é importante esclarecer que a execução provisória da pena contraria a legitimidade democrática dos provimentos jurisdicionais, quando o tema em questão é visto sob a ótica do texto constitucional.

Não obstante, a decisão proferida no bojo do *HC* de n.º 126.292/SP restringiu o arco temporal da garantia constitucional do artigo 5º, *caput*, inciso LVII, da CRFB/88, que estabelece como marco final da presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não até a condenação em segundo grau. Logo, segundo o posicionamento atual do STF, nega-se efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Dessa forma, os tribunais de justiça e tribunais regionais federais, em caso de acórdão condenatório, determinam a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada. Não se trata de prisão preventiva, mas de prisão como espécie de pena privativa de liberdade.

O argumento dogmático e ideológico da não concessão automática do efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial decorre de uma interpretação assistemática e que contraria os fundamentos trazidos pelo texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na realidade, o que se verifica são argumentos valorativos utilizados por ministros do STF para justificar implícita e simbolicamente um modelo de processo autocrático e construído em bases inquisitivas.

Com a definição clara do momento de cessação do estado de ino-

cência, evitava-se — ou se imaginava que evitaria — discussões sobre se a presunção de inocência estaria garantida: (i) até que estivesse legalmente provada ou comprovada a culpa, significaria apenas o momento final uma sentença condenatória, ainda que recorrível; (ii) ou mesmo até um acórdão em que se julgasse, pela última vez, matéria fática; (iii) ou, finalmente, se só com o trânsito em julgado de uma condenação penal seria destruído o estado de inocente.

Isso, contudo, não foi o bastante para o Supremo Tribunal Federal. Evidente que na organização judiciária nacional cabe ao guardião da Constituição dar a última palavra sobre sua interpretação. A Constituição, todavia, é uma carta escrita pelo constituinte, e não uma folha de papel em branco, a ser preenchida como quiseram os ministros. Nem mesmo aos onze ministros da cúpula do poder judiciário é dado o poder de reinventar conceitos processuais assentados em — literalmente — séculos de estudo e discussão e que integram a dogmática processual. Ser guardião da Constituição não é ser o dono ou tampouco o criador do direito processual penal ou de suas categorias jurídicas, em contrariedade com o modelo constitucional de processo. É temerário admitir que o Supremo Tribunal Federal possa “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação dos institutos do direito. O trânsito em julgado é um instituto criado em homenagem ao princípio da segurança jurídica, assegura amplamente o direito ao recurso, além de constituir referencial lógico-constitucional para sistematizar o início do cumprimento da pena, haja vista a presunção de inocência. Diante do texto constitucional, e mesmo sem confundir o enunciado linguístico com a norma, é preciso reconhecer — nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está imune a isso — que há limites hermenêuticos insuperáveis para a interpretação de um dispositivo que atribua um direito — qualquer que seja — até o “trânsito em julgado”.

Outra linha argumentativa favorável à execução provisória é aquela que foi igualmente suscitada pelo STF por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, relatado pelo ministro Teori Zavascki, no sentido de que a condenação pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autorizaria o início da execução da pena, ainda que provisoriamente. Nesse *habeas corpus* a presunção de inocência é vista como “regra”, limitando-se o espectro in-

terpretativo dos seus julgadores, que ficaram adstritos ao comando normativo previsto no texto constitucional.

Ocorre que, como visto no decorrer da pesquisa, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acontece no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

Não é possível sob o ponto de vista da constitucionalidade democrática, portanto, endossar a premissa adotada pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP. Em apertada síntese, o que se extrai de tal julgado, como visto, é que a presunção de inocência não vigora mais até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como assegura o inciso LVII do *caput* do artigo 5º da CRGB/88, mas só até o acórdão condenatório em segundo grau.

Evidentemente que os ministros, dotados de notório saber jurídico, não desconhecem os conceitos de trânsito em julgado e de coisa julgada. A questão não é de técnica jurídica, mas axiológica. Há uma clara e inconteste escolha de valor em tais decisões acima mencionadas. Essa visão “gradualista” da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da “presunção de culpa”, pois sob seu argumento está uma “certeza” de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais superiores, crê-se que a análise do juízo *a quo* pela condenação prevalecerá e, portanto, enquanto se espera por um desfecho já esperado, mantem-se uma pessoa presa provisoriamente.

O problema, portanto, não é só jurídico, mas ideológico. Em suma, do ponto de vista da ordem jurídica, é correto afirmar que o acusado goza da mesma situação jurídica que um inocente. Esse é um ponto do qual deve partir tanto a lei quanto a jurisprudência de um Estado de Direito no regramento de sua persecução penal. E essa paridade ou igualdade substancial não se altera nos diversos momentos da persecução penal: o investigado, o acusado e o condenado, enquanto pende recurso da sentença condenatória, estão na mesma situação jurídica que o inocente, isto é,

quem nunca foi investigado ou processado.

Ratificar o atual entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, que admite a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, é o mesmo que: a) endossar simbolicamente o modelo de processo autocrático, fundado em premissas inquisitivas; b) reconhecer que as instâncias extraordinárias seriam inaptas a absolver ou extinguir a punibilidade; c) reconhecer que a presunção de inocência tem *status* de princípio e, por isso, legítima que seus julgadores possam se utilizar de critérios metajurídicos e axiológicos como fundamento de suas decisões; d) admitir a inversão na forma de compreender juridicamente a inocência do acusado, que após confirmação de decisão condenatória em segundo grau de jurisdição passa a assumir o *status* de culpado, até que se prove o contrário; e) conferir ampla liberdade para os ministros do Supremo Tribunal Federal decidirem conforme as demandas políticas, sociais e econômicas vigentes, fortalecendo o protagonismo e a discricionariedade judicial.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; DIERLE, José Carlos Nunes. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, Rio de Janeiro: n. 4, v. 4. 2009.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional – aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: [s.n]. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução

Penal. Brasília: Senado Federal, 1984. Disponível em: [03/leis/L7210compilado.htm](http://03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub..) Acesso em 27 out. 2019.

BRASIL. **Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950**. Disponível em: <<http://zip.net/brtpT2>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n 3.689**, de 3 out 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm)> Acesso em 10 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n 4.657**, de 4 set. 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em 12 set. 2019.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ONU, 1966**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 27 out. 2019.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ONU, 1966**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em 27 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Min. Eros Graus. Disponível em: <[www.stf.jus.br/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia)>. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC84.078/SP**. Min. Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.jus.br/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia)>. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC, nº 108.147/PR**. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <[www.stf.jus.br/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia)>. Acesso em: 3 set. 2019.-

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

COSTA, Fabrício Veiga. **MÉRITO PROCESSUAL** – A formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional**. Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo. v.13. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. **TEORIA GERAL DO PROCESSO** – Primeiros Estudos. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código Processo Penal Comentado**. 2. ed. rev., atual e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Revista de Informação Legislativa, nº 132, out./dez. 1996, Brasília.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.** Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, 341-367p. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6120552/igualdade-e-diferenca-flavia-piovesan-e-roberto-dias>>. Acesso em: 01 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech.** Revista de Direito do Estado (RDE), Rio de Janeiro: ano 1, n. 4, out./dez. 2006. p. 53-105

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, 376p. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/53314849/dignidade-da-pessoa-humana-daniel-sarmento-2016-pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade da norma constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3.ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso Direito Processual Civil – Vol.**

**III.** 58. ed. Belo Horizonte: Editora Forense, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo Penal.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

'Notas de fim'

1 A partir desse pensamento, sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional (DIAS, 2004, p. 101).

