

## **Supremo Tribunal Federal em perspectiva análise do habeas corpus 126.292 e de sua construção histórica**

**GUSTAVO SILVA XAVIER**

Mestrando em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Pesquisador com Taxa de Estudos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Assessor Jurídico da Superintendência de Gestão de Recurso Materiais da Prefeitura Municipal de Pouso Alegre - MG. Advogado.

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo analisar a construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da execução provisória da pena, notadamente a partir do julgamento do *habeas corpus* 126.292. Para tanto, por meio da

metodologia analítica documental, faz-se um estudo da legislação pátria e estrangeira e dos fundamentos que levaram o STF a adotar tal posicionamento ao longo dos vinte e nove anos da Carta Política de 1998. Espera-se concluir que a variação da composição do STF faz com que essa Corte, em diversos momentos da história do Brasil, esquecesse as preocupações jurídicas (e o impacto de sua decisão), para admitir sua atuação meramente política, permitindo com que fatores externos tornassem inócuo um dos grandes feitos do constitucionalismo moderno: a força normativa da Constituição.

*Palavras-chaves:* presunção da inocência  
- relativização - legitimidade.

*Abstract:* This work aims to analyze the construction of the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) regarding

the provisional execution of the sentence, especially from the judgment of habeas corpus 126.292. For this, through a documentary analytical methodology, it is makes a study of the national and foreign legislation and of the foundations that led the STF to adopt such position throughout the twenty-nine years of the Political Charter of 1998. It is expected to conclude that variation in the composition of the Supreme Court has, at various points in Brazilian history, neglected legal concerns (and the impact of its decision) to admit it purely political action, allowing external factors to render one of the great achievements innocuous of modern constitutionalism: the normative force of the Constitution.

*keywords:* presumption of innocence – relativization - legitimacy.

### *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

(HC 126.292 – SP. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 16/02/2016).<sup>1</sup>

### *Introdução*

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu o pedido de liminar no *habeas corpus* 313.021. No caso, o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela suposta prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade. Irresignada, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal de negou provimento a este e

---

<sup>1</sup> O inteiro teor da decisão poderá ser consultado através do seguinte endereço:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso: 08 julho 2017.

determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Diante da ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* em face do paciente no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o pedido de liminar foi indeferido.

No Supremo Tribunal Federal, o ministro Teori Zavascki deferiu o pedido liminar “para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente”. Em decisão definitiva, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, decidiu que a execução provisória da pena privativa de liberdade após decisão de Tribunal de Segunda Instância não fere o princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade), incorporado<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Embora tenha sido a primeira dicção expressa, tratar-se-ia de princípio implícito. Como afirma Amilton Bueno de Carvalho “O princípio da presunção de inocência não precisa estar positiva-

no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República de 1988 (art. 5º, LVII), afirma que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo fundamento peculiar da hodierna ordem constitucional, porquanto atributo da própria existência humana, como ato de fé no valor ético das pessoas.

Todavia, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil ser clara no sentido de que enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória o acusado será considerado e tratado como inocente (regra de tratamento), sempre se

---

do em lugar nenhum: é pressuposto, nesse momento histórico, da condição humana” (CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord). *Estudos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. p. 51).

questionou sobre a possibilidade da execução provisória da pena a partir da condenação em segunda instância, uma vez que, a partir de então, estar-se-ia restringido o efeito devolutivo dos recursos, já que não seria mais possível a análise de elementos fáticos, conforme enunciados 07 e 279 das Súmulas do STJ e do STF, respectivamente.

Isso se deve ao fato de a análise da culpabilidade estar formada com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias, seja em razão da impossibilidade de análise probatória diante das instâncias extraordinárias, seja em virtude de os recursos extremos versarem apenas sobre a legislação abstrata – isto é – aludem à prevalência de norma constitucional ou infraconstitucional. Por tal razão, durante as duas primeiras décadas do atual regime constitucional, admitiu-se a possibilidade de imposição da pena com base em deci-



são condenatória de segundo grau, independentemente de haver recurso especial ou extraordinário pendente de julgamento.

De um lado, tem-se o direito e, ao mesmo tempo, uma garantia de o cidadão ser considerado e tratado como inocência nas relações com o Poder Público; de outro, a efetividade do sistema penal – que reflete diretamente no direito à segurança (art. 6º e 144, da Constituição), protege a vida, a integridade e o patrimônio das pessoas (art. 5º, da Constituição), além da necessidade de se observar a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição) – valores tão caros à sociedade.

Percebe-se que a presente controvérsia passa pela discussão acerca da colisão entre princípios constitucionais, notadamente da presunção da inocência frente à vida, à integridade, ao patrimônio, à segurança e à razoável duração do processo.

Este embate pode ser observado pelo caráter *prima facie* dos princípios, vez que, diante de sua eventual gradação, ensejam à aplicação da técnica do sopesamento entre eles.<sup>3</sup>

Tendo isso em mente, este estudo tem por objetivo analisar a evolução jurisprudencial e os motivos pelos quais levaram o Supremo Tribunal Federal a relativizar a presunção de inocência. Para tanto, por meio da metodologia analítica documental, partir-se-á de uma análise do referido princípio à luz da doutrina nacional e estrangeira, de modo a demonstrar sua natureza jurídica e sua extensão temporal. Além disso, faz-se imprescindível demonstrar sua trajetória na jurisprudência pátria, a implicação prática desta decisão,

---

<sup>3</sup> *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103-104.

bem como estabelecer relações com o direito comparado.

Deste modo, compreende-se que este trabalho, para além de alargar as barreiras do conhecimento científico, pode repercutir positivamente na esfera social, buscando analisar o princípio da presunção da inocência à luz da atual ordem constitucional, especialmente na observância e efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Política de 1988.

### *1. Da força normativa da Constituição e da análise do preceito da inocência à luz do direito comparado*

Dentre as consideráveis mudanças ocorridas ao longo do século XX, uma das mais importantes foi a atribuição do *status* de norma jurídica às normas constitucio-

nais,<sup>4</sup> com a superação da visão de que a Constituição era um modelo notadamente político, pelo qual sua concretização ficava limitada à conformação do Legislativo ou da atuação do Executivo.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito constitucional no Brasil: o trunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <[www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br)> Acesso: 01 junho 2017.

<sup>5</sup> Segundo Streck, “(...) no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face das necessidades de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma ex-*

No Brasil, a força normativa e a conquista da efetividade de suas normas são posteriores ao regime militar, especialmente após a redemocratização do país e do advento da Constituição de 1988.<sup>6</sup> Antes disso, tinha-se um rol de direitos não desfrutáveis, implicando na sua de efetividade de suas normas.

A partir da Carta Política de 1988, em que se asseguraram diversos direitos antes tidos como meras promessas, dotadas de inaplicabilidade, a Constituição passa a ter força normativa, capaz de vincular os Poderes Públicos e até mesmo os particulares, uma vez que os direitos fun-

---

*ploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 64).

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-112.

damentais passam a valer até mesmo nas relações entre particulares (eficácia horizontal). Diante disso, percebe-se que o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais consubstancia-se em uma das grandes conquistas do constitucionalismo contemporâneo.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> O termo constitucionalismo assumiu diversas acepções ao longo do tempo. Aqui, pode ser entendido como limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito). Para Canotilho, o constitucionalismo exprime também uma ideologia: o liberalismo é constitucionalismo; é governo das leis e não dos homens (Mc Ilwain). A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, economia e social. Assim, para o jurista lusitano, não há um único constitucionalismo, mas vários, como o do modelo inglês, o americano e o francês, por exemplo. Por isso, fala-se em movimentos constitucionais – por adotar a ideia de que o constitucionalismo é um movimento político, social e cultural (CANOTILHO, J. J.

Por isso, é de grande importância o movimento denominado de *doutrina brasileira da efetividade*.<sup>8</sup> Sua essência seria a dar às citadas normas aplicabilidade de maneira direta e imediata, ou seja, na maior extensão de sua densidade normativa. Assim, parte-se do pressuposto de que direito constitucional é norma e, se está na Constituição, deve ser cumprido.

Assim sendo, tem-se a ideia de supremacia da Constituição. Isso significa que nenhuma lei ou ato normativo podem subsistir se for incompatível com ela; por sua vez, suas normas passam a ter papel

---

Gomes. *Direito Constitucional*. 4.ed. Coimbra: Almedina. p. 66.

<sup>8</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: Luis Roberto Barroso (org). *A nova interpretação constitucional: fundamentação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2003.

fundamental na concretização de direitos e no controle da fundamentação das decisões judiciais. Além disso, é parâmetro de validade para as demais normas do ordenamento jurídico.

Além de estruturar o Estado, a Constituição passou a reconhecer a tomada de decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, isto é, objetivos a serem buscados pelos Poderes Públicos, a exemplo do artigo 3º da Constituição da República de 1988. Ademais, teve-se o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos como meio para limitar o poder estatal.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Nesse diapasão, basta conferir artigo 5º da Carta Política de 1988 e seus setenta e oito incisos para perceber isso. Tem-se a casa como asilo inviolável (inc. XI); a inafastabilidade da prestação jurisdicional (inc. XXXV); a garantia da proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada (inc. XXXVI); o princípio da legalidade co-



Além disso, com o Pós-Guerra, diante das graves violações aos Direitos Humanos ocorridas em tal período, passou-se alçar a dignidade da pessoa humana à categoria de núcleo essencial do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos e garantias fundamentais e do Estado Democrático de Direito.<sup>10</sup> Consoante Ingo Sarlet,<sup>11</sup> costuma-se afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é, terá respei-

---

mo fundamento peculiar do Direito Penal, uma vez que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena nem prévia definição legal (inc. XXXIX), dentre outros.

<sup>10</sup> BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103-109.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade humana e direitos fundamentais na constituição federal*. Livraria do Advogado, 2015. p. 177.

tada sua dignidade o indivíduo cujos direitos forem observados e realizados, ainda que aquela não se esgote nestes.

Em suma, esse novo constitucionalismo proporciona a existência de uma Constituição extremamente invasora, capaz de condicionar os Poderes Públicos. Por isso, deixa-se de ter o papel apenas regulatório, para tornar-se instrumento transformador da realidade.

Com o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, com a valorização e respeito à dignidade humana e com a consagração de diversos direitos e garantias fundamentais, o princípio da presunção da inocência ganhou guarida explícita a partir da Constituição da República de 1988.

Por ele, em respeito à dignidade humana, há um estado de inocência que acompanha o cidadão desde o seu nascedouro até que se declare sua culpa, após

um devido processo legal.<sup>12</sup> Por isso, é a dicção de que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inc. LVII)”. Conquanto tenha sido a primeira dicção expressa, tratar-se-ia de princípio implícito. Como afirma Amilton Bueno de Carvalho<sup>13</sup> “O Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto, nesse momento histórico, da condição humana”.

Do mesmo modo, complementado a norma constitucional, o artigo 283 do Código de Processo Penal preconiza que nin-

---

<sup>12</sup> MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. p. 247.

<sup>13</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 51.

guém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Em compasso com tais dispositivos, o artigo 105 da Lei de Execução Penal condiciona a expedição de guia de recolhimento para a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão judicial, disposição similar encontrada em seu artigo 147.<sup>14</sup>

Nos diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos, várias são as dicções expressas a tal garantia. Nesse

---

<sup>14</sup> Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

sentido, já dizia a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, em seu artigo 9º, que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (XI.1) preconizou que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”.

De forma semelhante, o Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos – aduz (art. 8.1) que “Toda pessoa acusado de um delito tem direito a que se presuma sua

inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Conforme Gustavo Badaró,<sup>15</sup> apesar de a Convenção Americana sobre Direitos Humanos se referir à expressão “não culpabilidade” e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 à “presunção de inocência”, tais expressões são sinônimas, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Na jurisprudência pátria, tais expressões também podem ser consideradas como sinônimas, na medida em que, ora se faz referência a não culpabilidade, ora à presunção de inocência (STF – HC 91.150/SP, DJe 01/02/08).

A par da citada diferenciação terminológica, há de se ressaltar que a dicção Constitucional Brasileira acerca deste

---

<sup>15</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

princípio é mais ampla, por assegurar que o agente não será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – estipula somente até a comprovação legal da culpa (art. 8º, nº 2).

Portanto, o caráter mais amplo da Carta Política deve prevalecer, uma vez que a aludida Convenção é clara ao afirmar que os direitos nela previstos não podem ser objeto de interpretação no sentido de restrição ou limitação à aplicação de normas mais abrangentes que existem no direito interno dos países signatários (art. 29, b).

Com o mesmo posicionamento ora exarado, Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Gomes Filho, no sentido de que:

Todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico da Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se complementam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.<sup>16</sup>

Outrossim, disposições similares também são verificadas no Pacto Internacionais de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2); na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 62); na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

---

<sup>16</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.



(art, 7º, §1º, “b”); e na Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (art. 19, “e”).

O referido princípio também passou a constar em diversas Cartas Constitucionais estrangeiras. Cite-se a Carta Portuguesa de 1976 (art. 32.2) traz interessante disposição, compatibilizando o estado de inocência com a duração razoável do processo, ao dispor que “Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Vê-se que, em um mesmo dispositivo, consagra-se a presunção de inocência com seu referencial temporal (trânsito em julgado), com a garantia de um julgamento em um prazo razoável que permita o exercício das garantias de defesa.

Por sua vez, no Canadá, por meio do Ato Constitucional de 1982, em seu capítulo primeiro, preconizou a Carta Cana-

dense de Direitos e Liberdades, de modo que, no item 11, tem-se a garantia de que qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumida inocente até que se prove a culpa de acordo com a lei, em uma audiência justa e pública e por um tribunal independente e imparcial.

No mesmo sentido da brasileira, a italiana, em seu artigo 27, consagra que acusado não será considerado culpado até a condenação definitiva. Como noticia Gomes Filho,<sup>17</sup> a inclusão do dispositivo foi fruto de acaloradas discussões entre os que pretendiam sua inclusão no texto constitucional e os que afirmavam sua contradição com a condição de ser acusado em um processo.

---

<sup>17</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Asaraiva, 1991. p. 25.

No âmbito da América do Sul, a Carta Política peruana consagra a citada garantia enquanto não seja declarada judicialmente a sua responsabilidade (art. 2º, 24, “e”). Sob o mesmo prisma, a venezuelana de 1999 consagra, em seu artigo 49.2, que, além de o devido processo se aplicar a todas decisões judiciais e administrativas, toda pessoa presumir-se-á inocente enquanto não se prove o contrário.

Percebe-se, assim, que o estado de inocência é elemento peculiar do Estado Democrático de Direito, pois componente basilar de um Processo Penal em que tem como norte a observância e o respeito à dignidade humana e aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Liga-se ao reconhecimento dos princípios de direito natural como fundamento da sociedade; é, portanto, um ato de confiança no valor ético das pessoas, próprio de toda

sociedade e elemento essencial à democracia.<sup>18</sup>

Com efeito, a citada expressão também pode ser vista sob o aspecto técnico-jurídico,<sup>19</sup> especialmente tendo como norte as disposições da Constituição da República e de diversos instrumentos normativos internacionais acerca da matéria.

Dessa forma, relaciona-se à exigência de proteção do acusado durante o processo, uma vez que, por ser presumido inocente diante das relações para com o Poder Público, não deve sofrer medidas restritivas indevidamente (art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão). Ademais, o ônus da prova do júri penal recai sobre a acusação, de modo

---

<sup>18</sup> NEVES, Castanheira A. *Sumários de processo penal*. Coimbra, 1997, p. 96.

<sup>19</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. cit.*, p. 39.

que, em caso negativo, a absolvição é regra impositiva (art. 14.2, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

Do mesmo modo, a comprovação da culpa deve se dar no âmbito constitucional, cercada das devidas cautelas, sob pena de atropelo das garantidas (devido processo constitucional), porquanto sua relativização dar-se-á somente diante de eventual decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, LVII, da Constituição da República).

Maurício Zanoide de Moraes,<sup>20</sup> em sua tese de livre-docência à Universidade de São Paulo, sustentou a análise da presunção da inocência sob três perspectivas: dever de tratamento (prisões cautelares como exceção); regra de julgamento (no caso de dúvida razoável quanto à autoria ou participação, a absolvição é regra

---

<sup>20</sup> MORAES, Maurício Zanoide. *Op. cit.*, s/p.

impositiva) e norma probatória (o ônus da prova recai à acusação).

De fato, no âmbito do Processo Penal, irradiado pelos direitos e garantias preconizados pela Carta Constitucional de 1988, não se justifica a consagração, quer por antecipação, quer por presunção, de quaisquer juízos condenatórios, uma vez que devem sempre estar em consonância com o devido processo legal. Na verdade, o estado de inocência não se esvazia ao longo da relação processual (como mencionado nos julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 pelo eminente Ministro Gilmar Mendes).

Interessante observar também que – no plano internacional – algumas Constituições, assim como a brasileira, declararam a presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É o caso das Constituição Portuguesa (art. 32.2) e Italiana (art. 27). Outras,

como a Espanhola (art. 24.2), não estabelecem o limite temporal da não culpa, de modo a afirmar somente que “todos têm direito a não se confessar culpado e à presunção de inocência”.

Mas o que vem a ser trânsito em julgado? De acordo com a lição de Barbosa Moreira “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 e material – conforme o caso”.<sup>21</sup>

No mesmo sentido, afirma Cretella Jr:

---

<sup>21</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada. Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não cabe mais recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado (...) Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao *status* de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação.<sup>22</sup>

Frederico Marques afirmava que a coisa julgada é a qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional entregue ao julgamento da *res in judicium* deducta, por meio da qual esses efeitos tornam-se imutáveis entre as partes. E no momento em

---

<sup>22</sup> CRETELA JR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990. V. 1, p. 537.



que a decisão se torna imutável, surge a coisa julgada.<sup>23</sup>

Portanto, a relação processual se perdura mesmo depois de haver uma sentença penal ou acórdão condenatórios impugnados por recurso, ainda que estes sejam desprovidos de efeitos suspensivos. Embora não seja possível a análise de provas de fato em se tratando de recursos extremos (especial e extraordinário), faz-se perfeitamente possível a reforma de uma decisão, isto é, a reversão de uma condenação em absolvição. Isso porque o constituinte brasileiro não impôs limites temporais para a validade da presunção da não culpabilidade, de modo que o estado de inocência acompanha a relação processual até a prolação da decisão definitiva.

---

<sup>23</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 78-79.

## *2. Supremo Tribunal Federal em perspectiva: análise histórica da presunção de inocência ao longo dos 29 anos da Carta Republicana*

Conforme exposto ao longo deste trabalho, após a Constituição de 1988, o princípio da presunção da inocência (ou não culpabilidade) passou a ser previsto de maneira explícita em seu artigo 5º, LVII, de modo que ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Embora a Constituição da República Federativa do Brasil seja explícita no sentido de que enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória o acusado será considerado e tratado como inocente (regra de tratamento), sempre se questionou sobre a possibilidade da execução provisória da pena a partir da condenação em segunda

instância, uma vez que, a partir de então, estar-se-ia restringido o efeito devolutivo dos recursos, porquanto não seria mais possível a análise de elementos fáticos, além do fato destes não possuírem efeito suspensivo.

Nesse sentido, faz-se pertinente debruçar-se sobre a oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao longo destes 29 anos de vigência da Carta Maior, para que se entendam os fundamentos e as motivações jurídicas (ou políticas) que levaram este Tribunal a adotar determinado posicionamento.

A primeira manifestação da Suprema Corte brasileira ocorreu no ano de 1991, no *Habeas Corpus* 68.726, de relatoria do Ministro Neri da Silveira. No caso, o agente foi condenado como incurso nas penas dos artigos 121, §§ 3º e 4º e 129, §§ 6º e 7º, em concurso formal de delitos (art. 70), todos do Código Penal. O

acusado sustentou a ilegalidade da prisão em razão da ausência de trânsito em julgado do acórdão do Tribunal de origem, em ofensa aos artigos 669 do Código de Processo Penal e 5º, LVII, da Constituição. Ato contínuo, no juízo de origem, expediu-se mandado de prisão diante da negativa de provimento do recurso de apelação do acusado (ora paciente), com fulcro no art. 618 do Código de Processo Penal e art. 115 do Regimento Interno do citado órgão colegiado.

Além disso, quanto à parte dispositiva da decisão, o Supremo Tribunal Federal, a corte, por unanimidade, manifestou-se pela antecipação do cumprimento da pena após o esgotamento do primeiro recurso condenatório a despeito do mérito. Assim, dos 11 ministros, 08 deles pugnaram pela expedição da ordem de prisão, de modo que 03 deles se restaram ausentes (Sidney Sanches, Marco Aurélio e Celso

de Mello). Afinal, se já consolidou o juízo condenatório - inclusive na manifestação colegiada em sede recursal - seria, a execução provisória da pena, perfeitamente compatível com a Constituição (art. 5º, LVII), nos termos do artigo 619 do Código de Processo Penal e, especialmente, o art. 27, §2º, da Lei n. 8038/90, *in verbis* “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

Portanto, na primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal após o advento da Constituição acerca da possibilidade de execução provisória da pena, emendeu-se, por unanimidade, que em razão de os recursos extraordinário e especial serem recebidos apenas no efeito devolutivo, não haveria incompatibilidade desta medida com a norma constitucional. Nessa mesma linha de entendimento, aliás, caminhava o Superior Tribunal de Justiça, que editou o enunciado de Súmula 267,

segundo o qual “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra a decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

A segunda manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria ocorreu no *Habeas Corpus* 72.366, julgado em 26 de janeiro de 1999, de relatoria do Ministro Neri da Silveira. O citado caso referia-se a um sujeito condenado à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão (art. 129, § 1º, inc. I e II c/c art. 71, parágrafo único, todos do Código Penal). Por se tratar de ordem de *Habeas Corpus* com pedido liminar, o relator a deferiu tão somente para que não se executasse o mandado de prisão expedido contra o paciente até o julgamento final do referido remédio constitucional.

O caso girou em torno da controvérsia acerca da aplicação do art. 594 do Código de Processo Penal diante da norma

do art. 5º, LVII, da Constituição que assegura a presunção da inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Entendeu o Egrégio Tribunal, mais uma vez por unanimidade, que o citado art. 594 tem validade e foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Assim, o benefício que dele decorre, o de apelar em liberdade, estaria condicionado à satisfação dos requisitos elencados por ele - primariedade e bons antecedentes. Como o paciente era reincidente e estavam demonstrados alguns aspectos de personalidade violenta, seria imperiosa a denegação do habeas corpus e, por conseguinte, a cassação da liminar ora concedida.

A terceira manifestação da Suprema Corte brasileira acerca do tema ocorreu em 24 de setembro de 2003, fato que deu origem a dois novos enunciados de Súmulas (716 e 717). Como prevalecia o

entendimento de que seria admitida a antecipação do cumprimento de pena, ainda que não ocorresse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ser-lhe-ia admitida, antes deste marco, a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo.

Nesse sentido, é o teor do enunciado 716 “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Do mesmo modo, diante de tal entendimento, ainda que o réu se encontrasse em prisão especial, ser-lhe-ia permitida a progressão de regime de execução da pena. É o que diz o verbete 717 “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.



Ocorre que, somente depois de mais de duas décadas do advento da Constituição da República de 1988 que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, em 05 de fevereiro de 2009, por maioria de votos (07 a 04), modificou seu entendimento até então dominante.

Assim sendo, embora os recursos extraordinários não sejam dotados de efeito suspensivo, não seria possível a execução da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvados os casos em que haja risco da liberdade do indivíduo, mediante a utilização de medidas cautelares, desde que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Desse modo, pela primeira vez, depois de 21 anos da promulgação da Constituição, a Corte Constitucional brasileira

se manifestou pela prevalência do princípio da presunção da inocência em detrimento dos artigos que se referiam à ausência de efeito suspensivo dos recursos extremos.

Entretanto, em nova mudança de posicionamento (a quarta manifestação após o advento da Carta Maior) o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, em julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, do qual se tratava de um jovem pobre de uma cidade paulista, acusado pela suposta prática do delito de roubo, por maioria de votos (07 a 04), concluiu ser possível a execução provisória de acórdão penal condenatório prolatado por Tribunal de segunda instância, ante à inexistência de efeitos suspensivos dos recursos extraordinários, ainda que ausentes os requisitos da prisão cautelar.

Em seu voto, o eminente Ministro Relator asseverou que deveria ser buscado o necessário equilíbrio entre o citado princípio e a efetividade da prestação jurisdicional. Se os recursos de natureza extraordinária não admitem o efeito devolutivo amplo e, em segundo grau, houve ampla apreciação fundada em fatos e provas insuscetíveis de reexame em instância extraordinária, far-se-ia sentido inadmitir efeito suspensivo aos aludidos recursos (art. 637, CPP).

Ademais, a própria LC 135/2015 (Lei da Ficha Limpa) estipula como causa de inexigibilidade a prolação de sentença condenatória pelo juízo ad quem, em relação aos crimes nela relacionados. Dessa forma, admitir a presunção de inocência até o trânsito em julgado, para a Corte Guardiã da Constituição, seria admitir a indevida interposição dos mais variados recursos com efeito protelatório que, não

raras vezes, visava à configuração da prescrição, porquanto o último marco interruptivo seria a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível (art. 117, IV, CP).

Além de todo o exposto, conquanto exequível provisoriamente o acórdão condenatório recorrível, em casos de flagrante violação de direitos, ao acusado ser-lhe-ia admitida a utilização de instrumentos aptos a saná-la, a exemplo do mandado de segurança - o qual se mostra apto a atribuir efeitos suspensivos a recursos - e o *habeas corpus*, remédio heroico que visa tutelar o direito à liberdade contra abuso ou ilegalidade de poder.

Nesse contexto, seguindo a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no referido julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, em 06 de abril de 2016, também entendeu que, pendente o trânsito em julgado de acórdão condenató-

rio apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, ser-lhe-ia possível a imediata execução da pena, embora ausentes os requisitos que autorizem a segregação cautelar (STJ – QO na APN 675/GO. Corte Especial. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26/04/2016).

Diante da nova mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP, foram ajuizadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), com pedido cautelar, no intuito de se declarar a legitimidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 12.403, de 2011. As citadas ações foram propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) – ADC 43 – e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – ADC 44.

No caso, também se manifestaram: a Defensoria Pública dos Estados de São

Paulo e do Rio de Janeiro; o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; a Associação dos Advogados de São Paulo; a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas; o Instituto Ibero Americano de Direito Público; o Instituto dos Advogados Brasileiros e o Procurador Geral da República.

Interessante notar que, dentre eles, somente o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar. Lembrou que, até 2009, o Supremo Tribunal Federal se posicionava pela possibilidade do cumprimento provisório da pena a partir da decisão condenatória em segundo grau, além de os recursos extraordinários não afetarem o estado de liberdade dos condenados nas instâncias ordinárias.

Ademais, com base nas estatísticas, asseverou que, no período de 2009 a 2016, o referido Tribunal recebeu 3.015 recursos

extraordinários em matéria penal, a maior parte deles interpostos pela acusação, e que em apenas um caso a decisão resultou em absolvição do réu: o recurso extraordinário de número 583523, que entendeu inconstitucional um dispositivo da Lei de Contravenções Penais que considerava contravenção o porte de instrumentos como chave mixa, pé-de-cabra e gazua. Os demais, segundo o Rodrigo Janot, “tratavam de progressão de regime, substituição de pena, dosimetria, alteração de competência ou prescrição – todas matérias de direito”.

O procurador sustentou também a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual reclama “interpretação consentânea com o sistema jurídico”, dentre eles, o artigo 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e o parágrafo 2º o artigo 27 da

Lei 8.038/1990 (incorporado ao novo CPC).

Quanto ao julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por 06 votos a 05, com a mudança de posicionamento do Ministro Dias Tóffoli - no sentido da manutenção da presunção de inocência até o trânsito em julgado, decidiu pela antecipação do cumprimento da pena após a decisão condenatória pelo juízo *ad quem*, de maneira que o art. 283 do Código de Processo Penal não estaria em descompasso com a norma constitucional.

O primeiro a votar, o relator Ministro Edson Fachin, pleiteou pelo indeferimento da medida cautelar, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal que afaste o sentido de que a norma impediria o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.



Defendeu, ainda, que tal interpretação é coerente com a Carta Maior quando a houver condenação confirmada em segundo grau (convergência das decisões), exceto se conferido efeito suspensivo aos recursos extremos. Ademais, aduziu que acesso às instâncias extraordinárias visa a uniformizar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

No mesmo sentido, seguiram o relator os Ministros: Luis Roberto Barroso; Teori Zavascki; Luiz Fux; Dias Tóffoli (em parte); Gilmar Mendes e Carmen Lúcia. Em síntese, alegaram que a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura.

Assim, ela é ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a inte-

gridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas. Além disso, a interposição dos mais variados recursos contribuiria para a seletividade do sistema penal e agravaria o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça (Barroso).

Apesar de o referido princípio propiciar garantias ao acusado, elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. Por isso, o Processo Penal deve ser mínimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social (Teori Zavascki).

Ademais, o constituinte não teve a intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na forma do inciso LVII do artigo 5º da Constituição, pois, se o quisesse, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão, além da necessidade de se dar efetividade à Justiça (Luiz Fux).

Segundo parcialmente tais entendimentos, de modo subsidiário, Dias Tóffoli sustentou que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, porquanto o requisito da repercussão geral prevista neste último recurso dificultaria a interposição deste de sobremaneira.

Afirmou-se, também, que a execução da pena com a decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência, já que em casos de se constatar abusos na decisão condenatória, os Tribunais dispõem de meios para sustar a execução antecipada, como o *habeas corpus* e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo. Além do mais, haveria diferenças entre o investigado, denunciado, condenado e o condenado em segundo grau, na medida em que, no decorrer do

processo, este princípio iria perdendo sua força (Gilmar Mendes).

Por fim, aduziu-se que, por haver a apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se por um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. Desse modo, a comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo (Carmen Lúcia).

Os demais Ministros se manifestaram pelo deferimento da medida cautelar, por entenderem que a presunção de inocência - valor histórico dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana – e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão são motivos

suficientes para deferir a medida cautelar e declarar a constitucionalidade integral do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Não bastasse isso, defendeu-se a reforma do sistema processual, para que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república, o que parece a ser a melhor resposta ao problema por que passa o país: a crise da efetividade do sistema penal.

Após o julgamento das decisões de Plenário por parte do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126292 e nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44, vários questionamentos em relação aos efeitos da execução provisória da pena chegaram aos Tribunais Superiores, dentre elas destacam-se: a) pode haver execução provisória de pena restritiva de

direitos?; b) em se tratando de decisões do Tribunal do Júri, a condenação por parte dos jurados, independentemente de eventual recurso interposto no respectivo Tribunal de Justiça/Tribunal Regional Federal, permite a execução provisória da pena?

Quanto ao primeiro ponto, o citado caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental em Agravo de Recurso Especial de n. 998.641/SP, em que um homem condenado à pena de um ano e três meses de prisão, de modo que a 5ª Turma do STJ indeferiu pedido do Ministério Público para antecipar a pena restritiva de direitos imposta ao condenado. Com base na jurisprudência outrora firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público interpôs agravo regimental solicitando a execução provisória da pena. Com fulcro no artigo 147 da Lei de Execuções Penais e, considerando que o

STF não o havia declarado inconstitucional, decidiu-se que a referida decisão não alcançava as penas restritivas de direito, de maneira que, para a execução destas, faz-se necessária a ocorrência do trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Diante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP e das ADC 43 e 44, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de Recurso Especial não obsta a execução da decisão penal condenatória.

2. O STF, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito. No mesmo sentido decidiu a eg. Quinta Turma desta Corte Superior (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 28/9/2016).

No que tange às decisões condenatórias proferidas pelo Tribunal do Júri, sabe-se que este tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e aqueles que lhe são conexos (art. 5º, XXXVIII, CR/88), tendo como um de seus princípios específicos a soberania dos veredictos. No julgamento do *Habeas Corpus* 118.770 SP,<sup>25</sup> a 1ª Turma do STF cassou anterior-

---

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/02/2017).

<sup>25</sup> Ementa: Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade.

1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a



---

significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.

2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso,

mente concedida pelo Ministro Marco Aurélio, aduzindo que a execução provisória da pena de decisão do Tribunal do Júri, considerando a soberania dos veredictos, que também possui matriz constitucional, não viola o princípio da presunção de inocência. Isso porque o respectivo Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, porquanto a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. Assim, caso existam fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos au-

---

não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” (HC 118770, Relator(a): Min. MARCO AU-  
RÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 20-04-2017 PUBLIC 24-04-2017).

tos, poder-se-á suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

### *Conclusão*

O presente trabalho demonstrou a controvérsia acerca do princípio da presunção de inocência no tocante à execução provisória da pena privativa de liberdade, especialmente diante do esgotamento das instâncias ordinárias, uma vez que, a partir de então, estar-se-ia restringido o efeito devolutivo dos recursos, já que a análise da culpabilidade já havia se encerrado.

Se, por um lado, o ordenamento jurídico pátrio confere meios adequados para discutir eventual ilegalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade (como o *habeas corpus* e a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extremos) e a proibição de proteção deficiente revela a necessidade de harmoniza-

ção do postulado da inocência com o da vida, liberdade, segurança, propriedade e duração razoável do processo, de outro, vê-se que a reiterada posição do STF no sistema do pós-Carta de 1988 somente perfaz a ideia de que a presunção de inocência não se associa ao exaurimento das instâncias recursais, mas somente à análise fático-probatória.

Além do mais, um dos pontos esquecidos pelos Ministros é o de que a decisão proferida no *habeas corpus* 126.292 não se deu no controle concentrado de constitucionalidade, tampouco foi objeto de súmula vinculante, já que os representantes dos Estados não se manifestaram sobre ela (CR/88, art. 52, X). Como a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade não foi acolhida pela maioria dos Ministros do STF (Rcl 4.335), as referidas decisões não têm efeito vincu-

lante, criando-se uma verdadeira loteria judiciária.

Além disso, a variação da composição do STF faz com que essa Corte, em diversos momentos da história do Brasil, esqueça-se das preocupações jurídicas (e o impacto de sua decisão), para admitir sua atuação meramente política, permitindo com que fatores externos, notadamente o clamor público, façam com que se esqueça de um dos grandes feitos do constitucionalismo moderno: a força normativa da Constituição.

### *Bibliografia*

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015;

BADARÓ, Gustavo Henrique. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional dos princípios*. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo, Malheiros, 2003;

BECCARIA, Cesare Bonesana (Marquês). *Dos delitos e das penas*. Trad. Antônio Carlos Campana. São Paulo: José Bushatsky, 1978;

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei, para que(m)?* In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord). *Estudos de direito e processo penal em homenagem ao Professor*

Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CRETELA JR, José. *Comentários à constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990;

FEITOZA, Denilson. *Reforma processual penal: uma abordagem sistêmica*. Niterói: Impetus, 2008;

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo penal*. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção da inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991;

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo*



*penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991;

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

\_\_\_\_\_. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>> Acesso: 08 julho 2017;

\_\_\_\_\_. *O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um tempo razoável*. In: Andrei Zenkner Schmidt (Coord). *Novos rumos do direito*

*penal contemporâneo: livro em homenagem ao prof. Dr. Cesar Roberto Bitencourt.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

\_\_\_\_\_; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável.* 2.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009;

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1961;

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.* Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008;

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

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão penal condenatória* In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Livraria do Advogado. 2015;

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002;

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos constitucionais. n.1;

STRECK, Lenio Luiz. *Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê?* Disponível em:  
<<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>> Acesso: 07 junho 2017;

\_\_\_\_\_. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional.* Disponível em:  
<<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>> Acesso: 07 julho 2017.

Data de recebimento: 08/07/2017

Data de aprovação: 18/09/2017