XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MAGNO FEDERICI GOMES

CLAUDIA LUIZ LOURENCO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA: VIOLAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

PRISON AFTER CONVICTION ON APPEAL: INFRINGEMENT OF A FUNDAMENTAL RIGHT

Diogo Sandret Da Costa Fonseca [1]

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo explorar aspectos relacionados à prisão após condenação em 2ª instância, assim como a dicotomia de posicionamentos favoráveis e contra a referida medida, utilizando do método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação, jurisprudência e doutrina. O artigo insere-se na profunda temática do princípio da presunção de inocência contido em Tratados Internacionais, na Carta Magna de 1988, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. A questão do cumprimento provisório da pena após o trânsito em julgado da sentença condenatória abrange um desenvolvimento empírico fundamental no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Palavras-chave: prisão, Método, Princípio, Carta magna, Estado democrático

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to explore aspects of prison after conviction on appeal, as well as the dichotomy of favorable positioning and against that measure, using the descriptive analytical method that instructs the analysis of legislation, jurisprudence and doctrine. The article is based on the deep principle of innocence and presumption contained in international treaties, such as Magna Carta of 1988, in the code of criminal procedure and criminal Law enforcement. Regarding the issue of temporary compliance penalty after the final transit of the enforceable judgement which convers a fundamental empirical development in the democratic State of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: prison, Method, Principle, Magna carta, Democratic state

[1] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Pós-graduado em direito processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em direito pela Universidade de Taubaté. Advogado.

Introdução

O tema referente a prisão após condenação em 2ª instância é de suma importante em nosso ordenamento jurídico pátrio, pois, interfere diretamente em casos de grande repercussão e apelo midiático, principalmente aqueles relacionados com políticos.

É utilizado um método descritivo-analítico para a interpretação do patente caso apresentado, ficando cristalino que a nossa Carta Magna é impiedosa ao determinar o marco final da presunção de inocência com o trânsito em julgado da sentença condenatória, com lastro no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, como também reza o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Com efeito, para melhor exemplificação do tema proposto trar-se-á baila decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* 126.292 - São Paulo, com julgamento de 2016 pelo Excelso Supremo Tribunal de Federal, o qual consolidou entendimento de que a prisão após condenação em 2ª instância não viola o princípio da não culpabilidade tendo em vista que a presunção de inocência foi exarada durante a instrução probatória realizada nos autos em duplo grau de jurisdição, o que por conseguinte cessa a partir da comprovação da culpabilidade do agente.

Verifica que ocorreu superação do próprio entendimento da Corte Suprema no que diz respeito ao julgamento anterior realizado em 2009 frente ao *Habeas Corpus* 84.078 – Minas Gerais na época consolidado entendimento de que o cumprimento provisório da pena ao condenado em segunda instancia viola claramente o princípio da não culpabilidade.

Nesse sentido, cabe destacar que existe uma grande problemática se a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade a partir de acórdão de segunda instância viola o princípio da presunção de inocência conforme consubstanciado na Carta Magna de 1988.

A solução do caso não conspira em razão do cerceamento de defesa. Isso na verdade pode provocar maiores prejuízo ao próprio Estado, levando a eventuais decisões com propósitos vazios as injustas, assim como superlotação carcerária no sistema penitenciário brasileiro.

Diante disso o trabalho expõe um contexto do alcance da efetividade do princípio da presunção de inocência contido na Constituição federal de 1988, assim como em dispositivos infraconstitucionais, com o condão de buscar uma segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito.

1 APRESENTAÇÃO DO CASO - HABEAS CORPUS 126.292 - SÃO PAULO

O vertente caso apresenta como condão a analise do julgamento no *Habeas Corpus* 126.292 - São Paulo realizado em 17 de fevereiro de 2016 pelo Excelso Supremo Tribunal de Federal, tendo como impetrante Maria Claudia de Seixas, Paciente Marcio Rodrigues Dantas, Autoridade coautora Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal De Justiça, e como Ministro Relator Teori Zavascki no presente caso.

O assunto tratado em questão apresenta grande repercussão no ambiente jurídico, como também polêmica dentro do poder judiciário, tanto que a votação do no julgamento do supracitado *Habeas Corpus* apresentou entendimento por maioria dos Ministros de que o cumprimento de pena provisória não viola o princípio da presunção de Inocência.

Para contextualizar o caso, imperioso destacar que tudo teve início em virtude do processo 0009715-92.2010.8.26.0268 com tramitação na cidade de Itapecerica da Serra-SP, no qual duas pessoas foram condenadas pelo crime de roubo. Um dos indivíduos foi mantido preso preventivamente após a sentença, o outro recorreu em liberdade provisória.

Atos contínuos houve a interposição de recurso de apelação pelos réus em que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, e ainda, sem qualquer fundamentação concreta, determinou a expedição imediata de mandado de prisão contra o acusado que se encontrava em liberdade, mesmo diante da possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário.

Inconformado com o venerando acórdão foi impetrado *Habeas Corpus* perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça (313.021/SP), contudo o pedido liminar foi indeferido pelo Ministro Presidente Francisco Falcão sob o argumento de que o remédio constitucional apresentado não poderia substituir recursos ordinários e de outros recursos no processo penal.

Posteriormente, após a negativa da liminar, foi impetrado um novo *Habeas Corpus*, com endereçamento ao STF (126.292/SP), em que se constata que o Ministro Teori Zavascki concedeu o pedido de liminar e o paciente finalmente foi colocado em liberdade. Por indicação do Ministro Relator o julgamento foi encaminhado ao Plenário
do Supremo Tribunal Federal, na última sessão de 2015.

Por um entendimento majoritário dos Ministros a liminar outrora concedida foi revogada fixando-se um novo entendimento temido, proposto pelo relator no contexto de que havendo um juízo de incriminação do acusado em segundo grau de jurisdição com exaurimento do acervo probatório, é justificado e plausível a relativização da inversão do princípio da não culpabilidade.

> 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. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.
> (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

O princípio da presunção de inocência conjuntamente com outros direitos constitucionais impõe um julgamento justo ao acusado. Ademais, é cristalino que a execução provisória da pena deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo que anteriormente a essa fase deve prevalecer à inocência do agente em nosso Estado Democrático de Direito.

Contudo, conforme observado na ementa supracitada é possível verificar que a Suprema Corte entendeu pela relativização do princípio da presunção de inocência ignorando solenemente a Constituição Federal, assim como normas infraconstitucionais, decidindo que é possível a execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição.

2 SOLUÇÃO DADA PELO PRETÓRIO EXCELSO

O *Habeas Corpus* numero 126.292 de 17 de fevereiro de 2016 traz nova jurisprudência para as instâncias ordinárias de segundo grau, na medida em que possibilita, a partir daquela, sentenciar o réu a cumprir a pena a que foi lhe imputado, mesmo que pendente recurso à instância superior.

Diante desse contexto criou-se a inversão da presunção de inocência desde que os tribunais entenderem pela manutenção da condenação.

O Supremo Tribunal Federal, não concedeu a ordem do HC nº 126.292/SP, denegando o pedido dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luis Roberto Barroso, Cármen Lúcia,

Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, ficando vencido os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

De acordo com o fundamento do Relator Ministro Teori Zavascki esse já era o posicionamento da Corte após a vigência da CF/88, conforme se visualiza no HC nº 68.726/DF, realizado em 28 de junho de 1991, cujo Relator Ministro Néri da Silveira em as turmas afirmaram que a execução provisória da pena não violaria o princípio da presunção de inocência.

> HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR.2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.
> (STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209).

O Ministro Relator mencionou também a o enunciado das Súmulas 716 e 717 da Suprema Corte, consubstanciando a possibilidade da execução provisória da pena. Contudo, o argumento primordial defendido pelo Relator é que o elemento de provas produzido sob o contraditório na persecução penal em primeira e segunda instância pode representar um juízo de culpabilidade. Posto isso, observa que a culpa já estaria comprovada, afastando, por conseguinte o princípio da presunção de inocência, em virtude da ocorrência do exaurimento dos fatos e provas.

A decisão do plenário em denegar a ordem do *habeas corpus* restaura o conservador entendimento do Supremo Tribunal Federal, no aspecto de que a execução provisória da pena após o julgamento da segunda instância, ainda que sujeito a recurso para instâncias superiores não obstrui a presunção de inocência. Com efeito, os Tribunais ao proferir acórdão em relação ao recurso de apelação estariam concretamente concluídos os exames probatórios e dos fatos.

Nesse diapasão, imperioso salientar de que a interposição de recurso especial e extraordinário é restrita a matéria de direito não servindo para o debate de provas e de fatos de

acordo com o enunciado da súmula nº 07 do STJ. O Ministro Relator ainda ressalta o artigo 637 do Código de Processo Penal, no que diz respeito ao recurso especial e extraordinário, não apresentam efeitos suspensivos e com isso justificável a relativização do principio da presunção de inocência.

Ainda em sua fundamentação demonstra que no âmbito internacional em uma análise ao direito comparado, vários países como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Portugal, Alemanha, Espanha e França, acabam respeitando o principio da presunção de inocência até que o acusa seja condenado em segundo grau de jurisdição, aguardando os recursos extraordinários em cumprimento provisório de pena.

Dentre outros fundamentos destacados pelo relator é de que no que tange aos requisitos de admissibilidade de recursos extraordinários, na maioria das vezes encontra-se imaculado de vicio por falta de algum requisito.

Nesse *iter* possível perceber no HC nº 84.078 em que o ex Ministro do STF Joaquim Barbosa fez um levantamento dos recursos extraordinários que julgou.

> "Aliás, na maioria esmagadora das questões que no chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus , foram providos menos de 4% dos casos". (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Assim sendo, o entendimento é de que na maioria dos casos os recursos extraordinários são utilizados de forma protelatória, com o intuito de atrasar o cumprimento de pena, motivos principais em que o relator firma seu entendimento.

Urge apontar também o posicionamento de outros Ministros dentre eles Edson Fachin, defendendo que o princípio da inocência não deve ser adotado de caráter absoluto, sem apego a literalidade, propõe a interpretação conjunta com outros princípios constitucionais.

O Ministro Luiz Fux também em entendimento com o relator defende que não existe necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória. Destaca que os tribunais superiores apenas em casos excepcionais poderiam fazer a apreciação do pedido instrumental, e ainda que a decisão de segunda instância seja imutável. Aponta que em virtude de uma

interpretação da Constituição que não se encontra interligada no meio social, acaba ficando disfuncional, fazendo menção ao princípio da presunção de inocência.

Também seguindo o voto do relator o Ministro Luís Roberto Barroso, argumenta de que o fenômeno da mutação constitucional apresenta fundamentação consistente, existindo elementos para a execução provisória da pena após a decisão de segunda instância.

A Ministra Cármen Lúcia evidência de que a condenação em segundo grau de jurisdição leva ao cumprimento provisório da pena.

Diante disso constata que o cumprimento da pena não depende do trânsito em julgado, mas sim a esfera da culpa que estaria ligado nessa simbiose.

Cabe observar aqui a curiosa modificação do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, manifestando em prol da relativização do princípio da inocência ao contrário no caso Habeas Corpus nº 84.078/MG em 2009. Alerta de que existe uma omissão Constitucional quanto a caracterização da expressão culpado, e consequentemente manifestando entendimento conforme o relator.

Já o Ministro Dias Tóffoli, acompanhou parcialmente o voto do relator, com a ressalva de que a execução provisória da pena no caso de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça fica suspensa, contudo, não ocorre o mesmo com o recurso extraordinário.

Possível verificar os entendimentos diversos entre os nobres Ministros para a alteração de entendimento da Corte Suprema. No caso em tela, no que tange a interpretação do trânsito em julgado não existe dicotomia entre os membros da corte, contudo, alguns destacam que a expressão deve ser afastada sob a análise do princípio da presunção de inocência.

Diante desse contexto é de voluptuosa importância trazer à baila os posicionamentos apontados pelos Ministros que divergiram do voto do relator.

O Ministro Marco Aurélio no julgamento do plenário ponderou pela manutenção do seu entendimento no julgamento do HC nº 84.078/MG em 2009, destacando que o principio da presunção de inocência apresenta precisão no texto e clareza não carecendo de restrição relativa. Além de que apresenta reconhecimento quanto a morosidade da justiça, a problemática da delinquência assim como o momento atual de crises.

A Ministra Rosa Weber introduz a aplicação absoluta da inocência em questões pragmáticas, opinando em prestigiar o princípio da segurança jurídica mantendo o entendimento da Corte Suprema. Destaca ainda uma critica a eventual alteração da jurisprudência pela mudança dos membros da Corte.

O Ministro Celso de Mello evidência que o princípio em analise trata-se de cristalina conquista histórica das minorias sociais no combate a opressão Estatal, sendo importante destacar trecho de seu voto:

> A consagração da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (BRASIL, 2016)

Em outro momento o Ministro vislumbra grande importância sobre a expressão do trânsito m julgado, o qual foi consubstanciado pelo constituinte originário com consciência, e não em virtude do acaso, motivo pelo qual não é adequado invocar os costumes de outros países.

Por último e não menos importante, ressalta o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski que repetiu seu entendimento em relação ao julgamento do HC nº 84.078/MG em 2009, fazendo uma avaliação de não pode ultrapassar a taxatividade sobre o comando constitucional, destacando que os entendimentos apresentados são contraditórios.

Posto isso, é trivial que parte dos Ministros apresenta entendimento de que o princípio da presunção de inocência é absoluto devendo ser vedado à execução provisória da sentença, em razão do disposto no artigo art. 5º, inciso LVII da CF.

Entrementes, o entendimento atual é de que a presunção de inocência deve ser interpretada de forma relativa, com efeito, permitindo a execução provisória da pena após acórdão proferido em grau de apelação, mesmo que esteja sujeito a recursos extraordinários, podendo com isso expedir guia de recolhimento à prisão do agente, o qual recorria em liberdade, pelas diversas fundamentações, até a Corte Suprema estabelecer uma nova mutação constitucional em sua formação.

3 ANÁLISE DE DECISÕES DIVERGENTES

Em analise ao processo referente a presente abordagem sobre prisão após condenação em 2ª instância HC nº 126.292/SP de 2016, foi diferentemente analisado o HC nº 84.078/MG de 2009, sobre está questão em que o plenário de julgamento, mormente apresentou entendimento não unânime de que a execução provisória da pena após a sentença

condenatória em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência, não podendo ser procedida ainda que com recursos extraordinários pendentes, salvo por requisito da decretação da prisão cautelar.

O Ministro Eros Grau na relatoria do HC nº 84.078/MG entendia que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução da pena, violaria contra uma garantia fundamental do indivíduo, ou seja, a presunção de inocência.

> 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 delinqüente". 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 subseqüentes 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 , o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante viola[art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção 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.
> (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)"

O processo supracitado estabeleceu debates prolongados, estando de uma lado a favor da concessão do HC o Ministro Relator Eros Grau, assim como, os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Foram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Menezes Direito, Ellen Gracie e Cármen Lúcia Antunes Rocha, os quais votaram pelo indeferimento do Habeas Corpus.

Dentre a maior parte dos Ministros vislumbram o entendimento pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, pois viola o princípio da presunção de inocência conforme consubstanciado no artigo 5º, inciso LVII, da CF, além do artigo 105 e artigo 147 da Lei nº 7.210/84 que condicionam a pena restritiva de direitos e a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

E ainda de acordo com a decisão divergente trazido a baila, *in verbis*:

> Habeas Corpus. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Precedente firmado no HC 84.078/MG de relatoria do Min. Eros Grau. 3. Superação da Súmula 691. 4. Ordem concedida.
> (STF - HC: 107547 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 17/05/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-103 DIVULG 30-05-2011 PUBLIC 31-05-2011)

Posto isso, faz prevalecer a tese de que o cumprimento provisório da pena, antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da CF/88. Urge frisar de que o cidadão apresenta o direito de ser tratado como inocente independentemente da conduta ilícita praticada, pois qualquer relativização nesse sentido caracterizaria uma afronta ao princípio da isonomia, também consagrado na Constituição Federal.

Com isso, fica firmado entendimento até o ano de 2016 do consagrando posicionamento sobre o alcance do princípio da presunção de inocência, no sentido de que este coibiria a execução da pena antes do trânsito em julgado da ação criminal.

4 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Depois de superado o aspecto jurisprudencial em relação ao princípio da presunção de inocência, cabe apontar entendimentos doutrinários em relação a decisão paradigmática, assim como em relação a decisão divergente. Importante sintetizar que grande parte da doutrina se contrapõe ao novo entendimento da Suprema Corte no HC nº 126.292/SP de 2016, em que a presunção de inocência foi considerada relativa. Contudo, apresentam entendimento conforme o HC nº 84.078/MG de 2009.

E nesse trilhar conforme Tourinho Filho a doutrina majoritária entende que se devem evitar juízos condenatórios precipitados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e ainda acrescenta que:

> Aí está o ponto nevrálgico da questão devidamente solucionado: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. (TOURINHO FILHO, 2013. p. 92)

Sobre o tema, os processualistas Nestor Távora e Rosmar Alencar anotam que:

> O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, 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. (TÁVORA; ALENCAR, 2012. p. 55).

Renato Brasileiro festejado doutrinador processualista analisa a presunção de inocência conjuntamente com outros direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988.

> No direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2015, p. 43).

O princípio da presunção de inocência é uma das principais garantias Constitucionais e Processuais Penais do ordenamento jurídico Brasileiro, conhecido também como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade. Em linhas gerais, significa que todo acusado deve ser presumido inocente até que uma sentença condenatória transite em julgado. (NUCCI, 2015, p. 35 e 36).

A presunção de inocência de certa maneira visa a dignidade do homem e a liberdade, refletindo em uma valor político-ideológico mediante uma tutela processual penal.

A utilização da expressão presunção de inocência não representa a melhor técnica terminológica. A Constituição Federal, não afirma presumir a inocência do acusado, mas, que ele não venha a ser considerado culpado antes de sentença condenatória irrecorrível. Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um 'estado de inocência' ou de 'não culpabilidade': vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória. (BONFIM, 2016, p. 97).

A nossa Constituição trata da presunção de inocência como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto à fase processual propriamente dita (ação penal). Destaca ainda que os efeitos da não culpabilidade se estendem desde a fase investigatória até a fase processual, a ação penal de fato. Dessa forma, garantindo a incolumidade dos cidadãos frente ao *ius puniendi* estatal em todas as fases do processo penal. (PACELLI, 2017, p. 504).

Do princípio da presunção de inocência se extrai a ideia de que para que haja persecução penal a um sujeito de direitos, é necessária a reunião de indícios mínimos e concretos de autoria e materialidade do delito, assim como a presença de dolo ou culpa na ação do acusado. Sem isto, não há que se falar em recebimento da acusação pelo judiciário, caso este o venha a fazer, estará sem dúvidas em violação ao mencionado princípio. (SCANDELARI, 2018, p. 411).

Em contrapartida a esse argumento acentua o professor René Dotti que os defensores dessa interpretação apegaram-se demasiadamente a uma análise positivista-literal do artigo constitucional e acrescenta que, mesmo que se admitisse válido esse argumento, basta repetir que o Pacto de São José da Costa Rica no art. 8º, § 2º, proclama: "toda pessoa tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Assim embora o constituinte de 1988 tenha preferido afirmar que "ninguém será considerado culpado", em 1992 o Dec. 678 internalizou o Pacto de São José da Costa Rica, cuja redação, de acordo com o art. 5º, § 3º, da nossa Constituição, vale como emenda constitucional. Disso se conclui que desde 1992 no Brasil vige, inclusive textualmente, a presunção de inocência, e isso não se pode contrariar. (DOTTI, 2013, p. 136).

Nesse diapasão, Vladimir Aras, adotando a presunção de inocência de forma relativa:

> A presunção de inocência é um preceito constitucional que impõe ao Ministério Público ou ao querelante o ônus de produzir a prova válida e capaz de desfazer tal presunção, afastada qualquer dúvida razoável. O acusado não precisa mover-se

> sequer para “provar sua inocência”. Pode silenciar no seu interrogatório e disso não advirá conseqüência alguma, mas não pode falsear a verdade ou mutilá-la com o propósito de levar o julgador a erro. (FISCHER, 2010, p. 263 e 264)

Em sua origem filosófica a presunção somente se concebe de forma relativa, podendo ser conceituada como um “juízo antecipado e provisório, que se considera válido até prova em contrário”. (ABBAGNANO, 2000, p. 790).

Nesse sentido se verifica nos posicionamentos dos últimos três autores acima destacados uma aproximação de entendimento em relação HC nº 126.292/SP de 2016, em que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de considerar a presunção de inocência de forma relativa.

Conforme leciona Luiz Flávio Gomes:

> “No primeiro sistema, somente depois de esgotados ‘todos os recursos’ (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.
> A quase totalidade dos países ocidentais segue o segundo sistema (duplo grau). A minoria, incluindo-se a Constituição brasileira (art. 5º, inc. LVII), segue o primeiro (do trânsito em julgado). O direito internacional deixa que cada país regule o tema da sua maneira”. (GOMES, 2015).

A tutela jurisdicional processual da presunção de inocência se encontra insculpida no artigo 5º, inciso LVII da CF/1988, proporcionando ao acusado por suposta conduta delitiva a possibilidade de responder em liberdade até o transito em julgado da sentença condenatória, por parte majoritária da doutrina. O referido princípio garante acima de tudo a dignidade da pessoa humana com um julgamento justo.

Lopes Jr. e Badaró também partilham dessa ideia, conforme parecer jurídico:

> Do ponto de vista dinâmico, importa definir que que momentos ou etapas da persecução penal, incide a presunção de inocência. Ou: até quando o acusado é presumido inocente?
> A Constituição é clara ao estabelecer o marco temporal final da presunção de inocência: “Ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5.º, caput, LVII).
> A presunção de inocência é uma garantia de todo acusado “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não se trata de uma garantia que se aplica somente até a sentença penal recorrível, ou mesmo até o julgamento em segundo grau de jurisdição. (BADARÓ; LOPES JR, 2016. p. 14).

O principio da não culpabilidade como já destacado anteriormente se encontra insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, responsável por

intermediar a liberdade individual, configurando como um dos princípios basilares do direito contemporâneo, essencial em um Estado Democrático de Direito não podendo ser cerceado. É cristalino que parte majoritária da doutrina adota posicionamento semelhando do entendimento firmado no HC nº 84.078/MG de 2009.

Superado o alcance e efetividade da não culpabilidade conforme a melhor doutrina, insta apontar os fundamentos legais em relação a efetivação de normas do contexto desenvolvido no presente trabalho.

5 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À MATÉRIA

Em relação ao princípio da inocência ou da não culpabilidade, merece insurgir que trata de direito universal do indivíduo, positivado em nosso ordenamento jurídico e em correlação a dignidade da pessoa humana, apresentando como um direito essencial em um Estado Democrático de Direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 11, 1, dispõe:

> Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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 à sua defesa. (BRASIL, 1948).

Nesse diapasão, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, no seu art. 6º, nº 02, prevê que: "Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

Com efeito, o dispositivo mencionado afora a constrição inicial trazendo uma ideia de que enquanto houver recursos inerentes para configurar a culpabilidade, se mantém a presunção de inocência.

Outro documento que traz o princípio é o Pacto de San Jose, assinado em 1969. Em seu artigo 8, inciso 2, encontra-se enunciado que "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Interligado a uma extensão de outros direitos constitucionais, sendo que diante desse dispositivo internacional, o principio da presunção de inocência assume um status universal, uma concreta garantia constitucional, figura eterna no direito internacional.

Em aproximação com os dispositivos supracitados a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acaba até mesmo indo mais além, pois garante a presunção de

inocência de forma expressamente até o trânsito em julgado da sentença condenatória conforme a seguir demonstrado. O conteúdo encontra-se consubstanciado na Carta Magna, no artigo 5º, inciso LVII, *in verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Existe topologicamente uma efetivação da dignidade humana conforme insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, com a presunção de inocência, garantindo, por conseguinte ao indivíduo uma maior segurança jurídica.

O artigo 283 do Código de Processo Penal, corroborando com o princípio da não culpabilidade prevista na Carta Magna, *in verbis*:

> Art. 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

E ainda os artigos 105 e 106, inciso III, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal):

> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.
> Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:
> [...]
> III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado. (BRASIL, 1984)

Outrora, além do conteúdo instaurado na Carta Magna sobre a presunção de inocência existem também dispositivos infraconstitucionais regulamentando em relação ao assunto, os quais são orientados com base no dispositivo supremo e os pilares de formação do nosso Estado Democrático de Direito. Os princípios e direitos fundamentais buscam um bem estar social, com ideias positivadas que ocupam um papel central de efetivação da justiça e acima de tudo da igualdade.

No julgamento pelo plenário da Suprema Corte do HC nº 84.078/MG de 2009, de relatoria do Ministro Eros Grau, ficou pacificado entendimento de que a execução provisória

da pena após acórdão de segunda instância violaria o princípio da presunção de inocência, devendo ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória, somente sendo admitida, nessa hipótese, a prisão cautelar.

Entrementes, com a alteração dos membros do plenário da Suprema Corte, ocorreu uma nova problematização em relação a presunção de inocência com o julgamento do HC nº 126.292/SP de 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. O Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento de que a presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da CF/88, seria relativa e, portanto a execução provisória após decisão de segundo grau, mesmo que a decisão esteja sujeita de recursos extraordinário e especial.

Por todo o contexto apresentado a presunção de inocência pode ser explicada, entendida e interpretada por inúmeros prismas. Possui o condão de resguardar a liberdade individual, assim como a dignidade humana, em combate a eventuais punições arbitrarias antes do trânsito em julgado do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o conteúdo exposto no presente artigo objetivando analisar o remédio constitucional HC nº 126.292/SP de 2016, como decisão paradigmática, posteriormente adotando uma solução atribuída ao caso, assim como decisões divergentes como HC nº 84.078/MG de 2009 e os aspectos doutrinários e normativos em relação ao tema, portanto, uma grande problemática enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

É por meio da efetivação de garantias fundamentais que se conquista a emancipação, promove a ascensão como sociedade e autodeterminação de capacidade. Possível perceber que o tema abordado apresenta grande relevância no âmbito do direito contemporâneo brasileiro, como também, repercussão diretamente no bojo do bem-estar social.

A preservação da presunção de inocência é primordial como forma absoluta e de acordo com o devido processo legal, garantindo a dignidade da pessoa humana, e consequentemente não podendo o indivíduo ser tratado como culpado antes de decisão definitiva em último grau de jurisdição depois de esgotados todos os recursos, da mesma forma entende a doutrina majoritária. A jurisdição processual encontra-se como sendo primordial em nosso Estado Democrático de Direito.

Contudo, a Suprema Corte entendeu ser possível o cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A decisão denegatória no HC nº 126.292/SP de 2016 apresenta grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não merece prosperar em um Estado Democrático de Direito, pois, pode promover injustiças, assim como uma maior superlotação carcerária no sistema penitenciário brasileiro.

Portanto, após uma detalhada analise sobre o tema a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, *data venia*, viola a presunção de inocência, sendo que o inconformismo dos anseios da sociedade com a política influenciou indiretamente no julgamento, e com isso, verifica a possibilidade de modificação da decisão.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR. Aury. **Parecer - Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo, 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Constituição Federal da República do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

_____, **Convenção Americana Sobre Direitos de 1969**. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 13 set. 2017.

_____, **Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950**, Disponível em: < https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 13 set. 2018.

_____, **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 13 set. 2018.

_____, **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 12 set. 2017.

_____, **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____, **Lei nº 7.210 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 07 ago. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>. Acesso em: 08 ago. 2018.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5 ed. Com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. SP: RT, 2013.

FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral.** Salvador: Juspodivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo**. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>. Acesso em 15 set. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **A crise da presunção de inocência e os antecedentes criminais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1, 35ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.