

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO HABEAS CORPUS 126.292 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE HABEAS CORPUS 126.292 OF SUPREME FEDERAL COURT

Mayara da Silva Modesto¹

Mariano Henrique Maurício de Campos²

RESUMO: O artigo trata analiticamente o *habeas corpus* nº 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal e foi desenvolvido a partir do trabalho de conclusão de curso. O texto prioriza uma análise constitucional do princípio da presunção de inocência, enfatizando a necessidade de interpretação adequada da expressão “trânsito em julgado”, prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. A abordagem crítica destaca como os argumentos pela denegação da ordem, conseqüentemente, que admitiram o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, passaram ao largo de uma interpretação constitucional adequada e parametrizada por outros princípios, como a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais, o que pode acarretar inclusive a negativa de jurisdicional por falta de indicação de argumentos idôneos.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de inocência. direitos fundamentais. interpretação constitucional.

ABSTRACT: The article analyzes the habeas corpus nº 126.292/SP of the Supreme Federal Court and was developed from the work of conclusion of course. The text prioritizes a constitutional analysis of the principle of presumption of innocence, emphasizing the need to properly interpret the term "res judicata", provided for in article 5, item LVII of the Federal Constitution of 1988. The critical approach emphasizes how the arguments for denial of the order, consequently, that admitted the fulfillment of the sentence before the final sentence of the conviction passed, have passed away from an adequate constitutional interpretation and parameterized by other principles, such as ample defense, contradictory, due to legal process, justification of judicial decisions, which may even entail the refusal of a court for lack of adequate arguments.

KEYWORDS: Presumption of innocence. fundamental rights. constitutional interpretation.

¹ Bacharel em direito pelo Centro de Ensino Superior de São Gotardo (CESG)

² Mestre em direito público pela PUC-MINAS, professor do Centro de Ensino Superior de São Gotardo (CESG). Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A discussão a respeito do princípio da presunção de inocência e a possibilidade de execução da pena após o julgamento na segunda instância ganhará capítulos importantes nos meses seguintes³.

Com a decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ no julgamento do *Habeas Corpus* nº 434.766-PR impetrado pelo ex-presidente Lula a repercussão da matéria é ainda mais importante, seja pelo emblemático julgamento do caso do *Triplex* seja por envolver umas das garantias constitucionais mais importantes no âmbito do processo penal, agora com um réu conhecido no âmbito nacional e internacional, em ano eleitoral.

O julgado paradigma do Supremo Tribunal Federal – STF para enfrentamento do tema a respeito da possibilidade de execução da pena antecipadamente é o *Habeas Corpus* 126.292. O próprio STJ, no julgamento do *habeas corpus* nº 434.766/PR entendeu pela aplicação do referido paradigma.

Antes dele, prevalecia no STF o entendimento de que o acusado só poderia ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse juízo se respaldava no princípio constitucional da presunção de inocência que está elencado expressamente no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

A decisão do STF no HC 126.292 mudou o panorama da suprema corte acerca da execução provisória de acórdão penal condenatório. Desde 2009 a execução provisória da pena só se tornava possível quando o condenado era preso preventivamente, ou seja, quando contra ele havia uma prisão cautelar, cujos requisitos estão dispostos no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal.

O STF entendia que em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência não era permitida a execução provisória do acórdão penal em relação a pessoas que estavam livres. Enfim, apenas quando havia uma necessidade

³ O presente artigo foi desenvolvido e finalizado antes do julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito das ADC's 43 e 44, as quais têm por finalidade e declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que trata da necessidade do trânsito em julgado para cumprimento da pena. Também não abordamos o julgamento do HC impetrado em favor do ex-presidente Lula da Silva.

extrema, de forma cautelar, poderia ser retirada a liberdade de alguém, como julgado no HC 98.212 e HC 84078, ambos da relatoria do ministro Eros Roberto Grau.

Este trabalho visa analisar a questão de fundo no HC 126.292 do STF.

2 O CASO PARADIGMA

A partir do dia 17 de fevereiro de 2016, o entendimento mudou e o STF agora julga constitucional a execução da condenação provisória, desde que já se tenha uma decisão de segunda instância. A ementa é a seguinte:

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 n.126.292, Teori Zavascki, DJ de 17/02/2016).

O Princípio da Presunção de Inocência é um dos princípios mais importantes do direito constitucional brasileiro e no tocante aos direitos fundamentais relacionados ao âmbito penal deve ser conjugado com o princípio da legalidade estrita em relação à previsão de crimes e suas penas (art. 5º, inciso XXXIX) e com o direito fundamental à individualização das penas (art. 5º, inciso XLVI), conforme previsto na Constituição Federal de 1988.

Além disso, uma interpretação constitucionalmente adequada impõe a observância do artigo 93, inciso IX da carta magna brasileira, que impõe a fundamentação das decisões judiciais, cuja desobediência importa em gravíssima violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, consagrados na Constituição Federal como cláusulas pétreas (artigo 5º, inciso LV), caracterizando negativa de prestação jurisdicional.

Não é possível fazer uma leitura do princípio constitucional da presunção de inocência sem ter em mente tais mandamentos constitucionais, caracterizados como direitos fundamentais, porque é em decorrência deles que sempre haverá uma

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

interpretação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal que preserve o seu verdadeiro sentido, de vedação ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Para que o Estado possa exercer seu poder punitivo há a necessidade de esgotamento de todos os meios para apuração de culpa, ou seja, a sentença a ser executada deve ser definitiva. De acordo com André Ramos Tavares a aplicação do princípio da presunção de inocência não estaria limitada ao âmbito criminal. Diz o autor⁴:

Portanto, essa dimensão do princípio da presunção de inocência não se circunscreve ao âmbito do processo penal, mas alcança também, no foro criminal, o âmbito extraprocessual. Ao indivíduo é garantido o não tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. Portanto, a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem considerar culpado aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional.

Ocorre que o plenário do Supremo Tribunal Federal ao negar o HC nº 126.292 decidiu por 7 votos a 4 que é possível iniciar a execução da sentença penal condenatória após a sua confirmação em segundo grau, entendendo que tal possibilidade não feriria o Princípio da Presunção de Inocência previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 que estabelece em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado”, o que significa, ninguém poderá ser preso com o fundamento do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória transitada em julgado.

A prisão como execução da pena, ou seja, aquela que não possui natureza cautelar exige que o acusado tenha sido considerado culpado, porque a aplicação da sanção penal só pode ocorrer quando o crime se configura por completo, isto é, quando estão presentes os elementos da antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade.

Tal decisão indica uma alteração no entendimento da Corte que desde 2009 no julgamento do HC nº 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva, com observância dos requisitos próprios da custódia cautelar.

⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.723.

O habeas corpus objeto deste trabalho foi impetrado contra decisão do STJ que indeferiu o pedido de liminar em *habeas corpus* lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJ-SP. O ministro Teori Zavascki, relator do caso, destacou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu, porém em seguida a esse momento, o princípio da não culpabilidade se esgota, visto que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.

Considerando a importância do tema este trabalho realizará apenas o cotejo analítico dos votos proferidos no HC 126.292 do STF, tendo como objetivo verificar os fundamentos da alteração de posicionamento do STF em face do que diz o texto constitucional.

Inequivocamente, a Constituição é uma norma jurídica imperativa e que possui caráter de superioridade, o que a torna o centro do sistema; passa a ter uma carga valorativa, com ênfase no princípio da dignidade humana, primando pela concretização dos valores constitucionalizados e a garantia de condições dignas mínimas.

O Direito não é uma ciência exata, lida com relações sociais, portanto, há de ser tratado como uma ciência humana, com o objetivo de solucionar os conflitos, ainda que a solução não esteja positivada, mas sem perder de vista os direitos fundamentais e o respeito às normas constitucionais.

A ideia da centralidade da Constituição no sistema jurídico, a supremacia material das normas constitucionais, a força normativa dos princípios, a ênfase dos direitos humanos fundamentais, em especial, na dignidade da pessoa humana, dentro de um contexto pós positivista, levaram ao surgimento, a partir de meados do século XX, do neoconstitucionalismo, na busca da construção de um modelo constitucional democrático, com mudança da natureza do direito positivo, e de todo um instrumental teórico juspositivista. Daí se pensar o neoconstitucionalismo como um modo antijuspositivista de aproximação do direito.⁵

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição** Direito Constitucional Positivo. 15 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 251.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe positivada em seu artigo 9º a Presunção de Inocência: “Art. 9º - Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”⁶

Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU também consagrou o princípio da presunção de inocência em seu artigo 11: “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”.⁷

Em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem mais uma vez destacou a presunção de inocência em seu artigo 6º.

Art 6 - Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, instituindo como direitos mínimos do acusado, em síntese, o direito de conhecer a natureza e a causa da acusação contra ele formulada, bem como o direito de defesa.⁸

Em 1969, o Pacto de San Jose da Costa Rica em seu artigo 8 (2) tratou de uma das maiores garantias do indivíduo perante o poder punitivo do Estado, a presunção de inocência.

Art. 8º (2) Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 19. set. 2017..

⁷ Declaração Universal de Direitos do Homem. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf> Acesso em: 30 set. 2017..

⁸ Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 30 set. 2017.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.⁹

A presunção de inocência é uma garantia fundamental na constituição brasileira de 1988:

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 condenatória¹⁰

A maneira que a presunção de inocência foi positivada na Constituição Federal abriu margens para a correlação com a não-culpabilidade, visto que consagrou uma expressão em forma negativa. Ela não transcreveu, por exemplo, o que era previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 a qual afirma que o indivíduo será considerado presumidamente inocente. Nossa atual constituição dispõe que não será considerado culpado até que seja determinada uma sentença penal condenatória irrecorrível.

Alguns juristas italianos discutem sobre a distinção prática das expressões “presunção de inocência” e “presunção de não-culpabilidade”. O entendimento correto é sustentado por Illuminati que rejeita o debate semântico para se evitar o risco de reduzir o princípio a uma inconcludente enunciação retórica em que o acusado de presumível inocente passa a ser considerado não-culpado, prejudicando uma noção extremamente clara e historicamente consolidada. No mesmo sentido é a lição de Vilela: ‘Fazer a distinção entre presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade revela-se contraproducente, pois retira-se um significado determinativo, favorecendo, assim, soluções arbitrárias no plano aplicativo.’¹¹

Além de maior extensão do que as normas internacionais citadas, o princípio da presunção de inocência previsto na constituição brasileira está protegido pelo artigo 60, parágrafo 4º do texto constitucional, no qual estão elencadas as

⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San Jose da Costa Rica. 1969

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

cláusulas pétreas, que são dispositivos que não podem ser alterados nem mesmo por proposta de emenda constitucional.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.¹²

Nota-se que a presunção de inocência é uma garantia atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, conferindo-lhe o direito de não ser considerado responsável por um ato criminoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado, esgotando todos os recursos previstos na legislação processual.

O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade [...]. Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Do princípio da presunção de inocência ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. 'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante.¹³

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹³ GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**. vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.85-91.

Não há dúvida semântica e nem existe critério hermenêutico para estabelecer outros sentidos e dar alcance diverso à garantia da presunção de inocência prevista no texto constitucional brasileiro senão aqueles que tornam obrigatório o trânsito em julgado para execução da pena, mesmo assim o Supremo Tribunal Federal promoveu um verdadeiro retrocesso.

No dia 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento em relação ao HC 84.078 argumentando, entre outros fatores, que se os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, a pena já pode ser cumprida.

O caso do habeas corpus 126.292/SP envolve os seguintes fatos, conforme voto do Ministro Relator, Teori Zavascki:

[...](a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar [...]

O presidente do Superior Tribunal, o Ministro Francisco Falcão indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP e fundamentou sua decisão da seguinte forma:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.¹⁴

Mais uma vez, a defesa apresentou *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal alegando a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a decisão condenatória não havia transitado em julgado, violando assim o Princípio da Presunção de Inocência- contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Ao ser negado HC 126.292, o Supremo Tribunal mudou o seu entendimento acerca da execução provisória da pena, entendimento consolidado desde 2009 no julgamento do HC 84078, decidido em 26 de fevereiro de 2010, tendo como relator o Ministro Eros Grau que condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação.¹⁵

É nesse contexto em que discutiu uma das questões mais relevantes para o sistema judiciário brasileiro nos últimos tempos, já que em decorrência deste julgamento os tribunais passaram a determinar o cumprimento da pena após a decisão em segunda instância, sem observar regime prisional, adequação da decisão ao caso concreto e a própria Súmula Vinculante nº 56 do STF que veda a adoção de regime mais gravoso por falta de estabelecimento carcerário adequado ao regime semiaberto.

Percebe-se que o que Supremo Tribunal Federal decidiu no Habeas Corpus 126.292 de maneira que representou a mudança na jurisprudência da corte. O novo entendimento do STF, apesar de não ter efeito vinculante no controle difuso, possibilita a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e após o julgamento ocorreu o efeito cascata. Só para que se tenha uma ideia, a execução da pena está sendo autorizada com o julgamento em segunda instância mesmo em casos de furto qualificado pelo concurso de pessoas no qual as Sentenciadas foram condenadas ao cumprimento de penas em regime aberto e

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 313.021 - SP (2014/0343909-3)**. Decisão monocrática de 22/12/2014. Publicação em 02/02/2015.

¹⁵ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº84.078**. Relator Min. Eros Grau. Brasília, 05 fev. 2009.

semiaberto, conforme julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG¹⁶.

No Brasil, o Princípio da Presunção de Inocência, teve maior incidência e relevância a partir da Constituição Federal de 1988 que o positivou em seu texto normativo, dentro do título das garantias fundamentais, tratando-o como cláusula pétrea.

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 condenatória¹⁷

Diferente dos textos dos diplomas legais que já haviam sido promulgados pelo mundo tratando da presunção de inocência, a Carta Magna de 1988 diz que o acusado só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, quando não há mais a possibilidade de recurso da decisão, objetivando que o indivíduo não seja penalizado mais que uma única vez pelo mesmo delito, além de garantir vários outros princípios como da ampla defesa, dignidade da pessoa humana, vedação das provas ilícitas, devido processo legal, legalidade, humanidade.

Curiosamente, o Supremo Tribunal Federal não atentou para o fato de que o caso *sub judice* não comportava a expedição do mandado de prisão em razão do regime prisional, ou seja, no caso do regime semiaberto o cumprimento do mandado de prisão leva o réu para o regime mais gravoso, o fechado, causando descumprimento da Súmula Vinculante nº56 do próprio STF.

Nota-se que os fundamentos utilizados para justificar a execução da pena antes do trânsito em julgado passam longe de outras questões constitucionais muito importantes, o que poderia até mesmo comprometer a própria decisão do HC 126.292,

¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0231.15.034004-1/001**, Relatora: Des.(a) Kárin Emmerich, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/03/2018, publicação da súmula em 14/03/2018.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

pois se a mesma está ofendendo uma garantia constitucional significa que autorizou a execução da pena sem fundamentos idôneos, o que causaria negativa de prestação jurisdicional, nesse caso, negativa de jurisdição constitucional.

Justificar o descumprimento de uma garantia constitucional no pantanoso terreno da impunidade é temerário, primeiro porque o *habeas corpus* não autorizaria a dilação probatória com a finalidade de checar os dados a respeito. Segundo, é que se a estrutura judiciária, especialmente a dos Tribunais Superior não consegue dar uma resposta aos recursos em tempo hábil, deveria ser pensada uma forma de melhorar a estrutura em vez de limitar direitos individuais de tamanha relevância histórica.

Como já dito, uma interpretação constitucionalmente adequada impõe a observância do artigo 93, inciso IX da carta magna brasileira, que estabelece a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, cuja desobediência importa em gravíssima violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, consagrados na Constituição Federal como cláusulas pétreas (artigo 5º, inciso LV), caracterizando negativa de prestação jurisdicional.

3 CONCLUSÃO

Não é possível fazer uma leitura do princípio constitucional da presunção de inocência sem ter em mente os mandamentos constitucionais aqui citados, caracterizados como direitos fundamentais, porque é em decorrência deles que sempre haverá uma interpretação do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal que preserve o seu verdadeiro sentido, de vedação ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Nesse caso, em que pesem todos os argumentos pela denegação da ordem no HC 126.292, não há margens para interpretação da presunção de inocência estabelecida no texto constitucional brasileiro, pois a norma é muito clara ao estabelecer o requisito do trânsito em julgado para cumprimento da pena.

Quanto às consequências negativas da impossibilidade da execução pena elencadas pelos ministros, como a interposição de recursos protelatórios, a

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

seletividade do direito penal em benefício dos mais ricos em razão da facilidade de acesso aos recursos extraordinário e especial e por último a prescrição da pretensão, há de se buscar soluções para essas questões, porém não é através da execução provisória da pena que serão alcançadas.

É mais justo, em vez de tirar um direito de alguém, criar mecanismos para que haja a possibilidade desse direito ser alcançado por todos. Não há como defender a execução da pena como forma de extinguir essa impunidade.

Alguns ministros também disseram que o princípio da presunção de inocência não corresponde à expectativa da sociedade. E inclusive dizem que a constituição não define o que vem a ser culpado. O fato é que o sistema penal brasileiro também não corresponde nem às expectativas das famílias dos condenados, nem à própria Constituição que estabelece direitos fundamentais que não são respeitados, pois muitos presos vivem em situações desumanas. A punição vai além da restrição da liberdade. A credibilidade do sistema penal não está sendo assegurada.

Além disso, essa alteração de entendimento 6 anos após o julgamento do HC 84.078 que entendia que a execução da pena antes do trânsito em julgado violava a presunção de inocência causa muita insegurança jurídica ao sistema judiciário.

Os fundamentos do HC 126.292 que acolheram a tese a respeito da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória passam longe de temas centrais para o deslinde da questão. Além disso, por não se tratar de controle abstrato de constitucionalidade, a decisão do STF não tem efeito vinculante, daí que os Tribunais pátrios não deveriam e não poderiam reproduzir esse julgado, mas o fazem com os mesmos erros paradigmáticos nos quais a suprema corte brasileira incorreu.

Esperamos que esse entendimento do STF possa ser revisto para enfim reestabelecemos a relevância presunção de inocência no nosso sistema de direito

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

REFERÊNCIAS

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba. Juruá, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 84.078** Relator Min. Eros Grau. Brasília, 05 fev.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 86.498**. Relator Min. Eros Grau. Brasília, 19 maio 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 96.219**. Relator Min. Celso de Melo. Brasília, 15 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 126.262**. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 16 fev. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo.15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San Jose da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10 set. 2017.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0231.15.034004-1/001**, Relatora: Desa. Kárin Emmerich, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/03/2018, publicação da súmula em 14/03/2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 06 Páginas 119-133
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com