

# O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Karoline Carvalho Costa<sup>1</sup>  
Orientadora: Michelle Marie de Souza<sup>2</sup>

## RESUMO

Este artigo apresenta a mitigação do princípio da presunção da inocência em face da execução da pena antes do trânsito em julgado do processo. Recentemente o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento a respeito da execução de pena, anteriormente era pacífico que somente poderia se iniciar a execução de pena após o trânsito em julgado da sentença, mas, depois da decisão no *Habeas Corpus* 12.292, e ADC (Ação direta de constitucionalidade) 43 e 44, foi alterado o entendimento passando a ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença.

**Palavras-chaves:** Princípios. Presunção de inocência. Trânsito em julgado. Sentença penal condenatória.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como principal objetivo explicar a respeito do princípio da presunção da inocência e a execução da pena antes do trânsito em julgado e seus efeitos. Em recente decisão no *Habeas Corpus* de n.126.292, o STF decidiu pela possibilidade da execução de pena após decisão em segunda instância, ou seja, antes que fossem exauridos os recursos por parte da defesa, na mesma esteira decidiu favoravelmente no ADC 43 e 44.

A mudança de entendimento na Suprema Corte Brasileira gerou efeitos diversos na sociedade, de ambos os lados os argumentos são muito convincentes como será demonstrado em momento oportuno deste artigo, dividindo opiniões.

O tema que vai muito além de uma simples decisão de *habeas corpus* e de um ADC, mas tem relevante importância para a sociedade de forma geral. A discussão se aprofunda quando nos vemos diante de um tema que não trata apenas de uma norma processual penal, mas de um princípio constitucional o que pode trazer jurídica a sociedade de forma geral. Ressalta-se ainda que os princípios sejam instrumentos que limitam o poder estatal e, por conseguinte garantem a dignidade humana. A execução de pena abarca o cerceamento da liberdade de um indivíduo condenado por um delito, sendo de suma importância que antes que se entre nessa fase não haja qualquer dúvidas ou possibilidade de mudanças que possam

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag).  
Email<karolinec29@gmail.com>

<sup>2</sup> Professora do Centro Universitário de Várzea Grande (Univag). Especialista em Direito Agroambiental. Pós Graduada em Perícia Criminal. Advogada. Email: <michellemarie\_adv@hotmail.com>

levar a absolvição ou até mesmo a diminuição de sua pena. Por esses e outros motivos é que se dá tamanha importância à prevalência do princípio da presunção da inocência.

## **PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Tal princípio vem claramente delimitado dentro da Constituição Federal Brasileira no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5.º, LVII.

**Art.º 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).

Dessa forma, é de fácil conclusão que se trata de um princípio constitucional mesmo que a sua aplicabilidade seja âmbito processual penal.

É uma prerrogativa as vias recursais tanto para acusação quanto para a defesa. Parte da doutrina afirma que tal princípio é tanto processual como extraprocessual, sendo que processualmente evita que ao acusado seja aplicada sanções penais errôneas, devido processo legal e direito de defesa ampla, já quando se trata da extra processualidade é a prerrogativa do acusado não ser julgado pela sociedade como pessoa culpada de um ato ilícito, afinal, até que se prove ao contrário ele é inocente.

O princípio tem seu nascedouro na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 9.º Depois disso, pode-se constatar a presença da presunção de inocência no artigo 26 da Declaração americana dos Deveres e posteriormente no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Inicialmente a não culpabilidade antes do trânsito em julgado se deu por inspiração em intelectuais Iluministas, quais sejam, Voltaire e Rousseau.

Pode-se conhecer claramente a evolução histórica até que se chegasse ao princípio em explanação feita por Tourinho Filho em seu livro, senão vejamos:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado 'Iluminismo', ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que 'a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na

estrita medida que a necessidade o exige' (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106).

Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1779, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s' il est jugé indispensable de l' arrêter, tout individu qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement reprimé par la loi" (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei).

Mais tarde, em 10-12-1948, a Assembleia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação.

Aí "está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente."(TOURINHO FILHO, 2009, p. 29-30, apud Beccaria, Cesare, Dos Delitos e das Penas, 1954, p. 106).

Como se vê a presunção de inocência vem de uma grande evolução histórica de direito de humanos. Sai-se de tempos em que o Estado aplicava sua pena sem oportunizar ao réu defesa adequada e garantias, para um tempo em que o acusado tem direito de se defender de forma adequada perante a sociedade sem qualquer discriminação ate que seja comprovada a sua culpabilidade dentro do devido processo legal.

É cristalina a intimidade da presunção da inocência com a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Alexandre de Moraes (MORAES, 2005,p. 390), "a presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de direitos como garantia processual penal, que visa a tutela da liberdade pessoal". Ainda de acordo com o douto doutrinador o direito de ser presumidamente inocente possui quatro funções básicas, quais sejam: limitação à atividade legislativa, critério condicionador das interpretações das normas vigentes, critério de tratamento extraprocessual em todos os aspectos (inocente), e obrigatoriedade de o ônus da prova da pratica de um fato delituoso ser sempre do acusador.

Desta forma, não se pode falar em uma condenação sem que haja conjunto probatório que comprove a culpa do réu. Assim se vê a intima ligação do principio da presunção de inocência com outros principio constitucionais e processual penal o *in dubio pro reo*.

Entretanto, enquanto o primeiro tem incidências não só processuais, mas também extraprocessuais, o segundo apenas se insere no campo processual, sendo assim o princípio do *in dubio pro reo*, assegura que em restando duvidas quanto as provas

apresentadas pela acusação aplica-se a melhor interpretação para o réu, e ainda, caso não consiga a acusação provar o que alega, deve-se absolver o réu.

Alexandre de Moraes afirma o seguinte: “Podemos concluir que a previsão do *in dubio pro reo* é um dos instrumentos processuais previstos para a garantia de um princípio maior, que é o princípio da inocência.” (MORAES, 2005, p, 393).

Além da ligação com princípios da presunção da inocência com o *in dubio pro reo*, existe a ligação também com outros princípios, como o do devido processo legal e ampla defesa, uma vez que é meio para que seja dado ao acusado a oportunidade de ser defender em juízo das acusações feitas, sem que seja imputado a ele previa condenação e, consecutivamente, previas penas, ou penas errôneas, injustas.

Desta feita, vê-se que o princípio é de suma importância e para o direito Constitucional e Processual Penal brasileiro, e mais ainda para pessoas acusadas de um delito. Sendo assim, sua possível mitigação deve ser analisada com muita cautela pelos responsáveis, vez que é uma garantia conquistada a duras penas e que é intimamente ligada a outros princípios.

## **PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÕES CAUTELARES**

Prisões cautelares são aquelas que são aplicadas a pessoas que ainda não tem condenação definitiva, pode ocorrer tanto no curso do inquérito policial, quanto no curso da ação penal.

As prisões cautelares são divididas em prisões em temporária, flagrante, preventiva.

Muito se discutiu a respeito da legalidade dessas prisões e, além disso, se a sua aplicação não feriria o princípio da presunção da inocência, considerando que mesmo antes que fosse aplicada pena definitiva o indivíduo tinha sua liberdade cerceada pelo Estado.

Hodiernamente chegou-se ao entendimento de que as prisões cautelares não ferem o princípio da presunção de inocência. Entretanto, somente deve-se usar o instituto das prisões cautelares a excepcionalidade e atentando-se sempre aos seus requisitos.

“Por outro lado, comporta a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados a cárcere quando realmente for útil a instrução e à ordem pública.” (NUCCI, 2013, p. 91).

Na mesma esteira Alexandre de Moraes discorre sobre a constitucionalidade das prisões cautelares.

A consagração do princípio da presunção da inocência, porém não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. (MORAES, 2005, p.391).

Diante do acima exposto, pode-se compreender que a prisão cautelar, mesmo cerceando a liberdade do indivíduo antes de qualquer condenação em caráter definitivo, não fere o princípio da presunção da inocência por sua excepcionalidade e necessidade dentro do processo penal.

### **TRANSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA**

Para o Direito o trânsito em julgado ocorre quando não há mais possibilidade de recurso, dessa forma toda sentença que não há mais possibilidade de recurso transita em julgado. Quanto ao conceito de coisa julgada a Lei de Introdução a lei Brasileira assevera o seguinte.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. ([Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957](#)).

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (BRASIL, 1957)

Depois do transito em julgado da sentença aquela matéria passa a ser considerada coisa julgada, deste modo, não se discute mais aquelas matérias, senão por meio de revisão criminal, desde que estejam presentes os trazidos pelo artigo 621 do Código de Processo Penal.

### **DECISÃO DO *HABEAS CORPUS* 126.292**

Em decisão prolatada em fevereiro do presente ano, o STF indo de encontro com sua jurisprudência julgou pela procedência do início do cumprimento de pena antes que se desse o transito em julgado da decisão em definitivo.

No caso específico o réu foi condenado a 5 anos e 4 meses de prisão em regime inicial fechado pelo crime de roubo qualificado, com direito a recorrer em liberdade. A Defesa do acusado apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou o provimento do recurso e determinou a expedição de mandado de prisão ao acusado. Diante disso, a defesa em seu *Habeas Corpus*, alegou que se tratava de constrangimento

ilegal considerando que em primeira instancia foi dado o direito de recorrer em liberdade.

O relato Ministro TeoriZavaski, votou contra a jurisprudência e a favor da execução de pena mesmo ainda que não se tenha sentença condenatória definitiva transitada em julgado, desde que tenha sido confirmada a sentença de monocrática em segunda instancia.

Em suas alegações afinou que nada impede que seja aplicada o cumprimento provisório da pena quando confirmada em segunda instancia, uma vez que os recursos especial e extraordinários não possuem caráter suspensivo, demonstrando ainda outra decisão do Pleno do STF, senão vejamos:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente 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. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 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 estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 68.726, 1992)

Teori afirma que no ordenamento jurídico existem súmulas que os enunciados tratam de execução provisória da pena antes que houvesse o trânsito em julgado da decisão. Veja-se:

Súmula nº 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)  
Súmula nº 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

Outro de seus argumentos foi dizer que somente no âmbito das instancias ordinárias e que vai se considerar o reexame de provas e conseqüentemente do mérito. E sendo assim, é fixada já em segunda instancia a culpabilidade do réu.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria

fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, HC 126,292)

Foi citada pelo relator a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que em seu artigo 1.º, I, que define sobre a inelegibilidade caso exista sentença condenatória. Para Teori, fica claro que o princípio da presunção da inocência nesse caso não impede os efeitos de uma decisão ainda não transitada em julgado.

Argumento também usado foi afirmar que em outros países já existe execução da pena antes do trânsito em julgado, a partir de segunda instância, foram citados como exemplo: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

O Ministro TeoriZavaski afirma que os tribunais superiores não se vocacionam a lidar com a culpa do réu, sendo assim são excepcionais os casos em que atuam na realidade fática, que conseqüentemente mudam a situação do réu e cita decisão de Joaquim Barbosa em *habeas corpus*. Veja-se:

Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, HC. 84078)

Afirma o relator que os recursos, especialmente especial e extraordinário, tem se tornado em sua grande maioria medida protelatória por parte da defesa.

Os demais Ministros que acompanharam o relator em seus votos se fundamentaram basicamente em os mesmos argumentos do relator que já foram citados acima.

Os argumentos contrários afirmam que a garantia constitucional da presunção da inocência é clara e não permite interpretações como salientou o ministro Marco Aurélio de Melo. Veja-se:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, 2 Em elaboração HC 126292 / SP onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016,HC 12292)

Noutra alegação o Senhor Ministro Marco Aurélio de Melo, afirma que uma vez tirada liberdade de um individuo como uma execução provisória, caso em grau de recurso fosse absolvido o que se faria com a liberdade que por ele já foi perdida.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto assevera a respeito da disparidade entre julgados do mesmo tribunal que afirma ser o sistema penitenciário brasileiro estar absolutamente falido e estar em estado inconstitucional e, agora na presente decisão pretender facilitar a entrada de pessoas nas prisões. Sendo:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, HC 126292)

O Ministro Celso de Melo em seu voto destaca o caráter constitucional de garantia da presunção de inocência, além disso, afirma que somente se faz a descaracterização desse principio com o transito em julgado da sentença. Alega ser equivocada a invocar as praticas usadas noutros países a exemplo dos Estados Unidos, vez que a constituição não é taxativa quando exige o transito em julgado da sentença para o inicio do cumprimento de pena. Veja-se:

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à

presunção de inocência. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, HC 12292)

No julgamento do HC 12292, ficou decidido por maioria de votos pela execução da pena do paciente após decisão em segunda instância, ou seja, mesmo sem que o mesmo tenha exaurido os recursos que considerava necessário.

Ressalta-se que em no dia 05 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal Jugou Ação de Constitucionalidade 43 e 44 que tratava sobre a execução de pena a partir de segunda instância antes de transitado em julgado a sentença e, por 6 votos a 5 foi mantido pelo tribunal a constitucionalidade da execução de pena antes do trânsito em julgado. Os votos seguiram os mesmos argumentos já dados e citados do *habeas corpus* 12292.

### **AÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44**

No dia 05 de Outubro de 2016 o Supremo Tribunal julgou a ADC 43 e 44 relativas a execução de pena antes do trânsito em julgado, e por maioria de votos, que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede a execução da pena a partir de decisão que confirme a condenação.

O ministro Edson Fachin (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44) em seu voto afirmou que as normas constitucionais não podem ser analisadas de maneira separada, além disso, que a constituição apesar de asseverar sobre a liberdade ela faz duras indicações quanto a políticas criminais. Rechaça o seu voto pela constitucionalidade da execução da pena diante de decisão em segunda instância.

Em um dos trechos de seu voto afirma que a constituição não dá ao acusado direito a várias chances de revisão de uma sentença que considere injusta, senão vejamos:

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44)

O ministro afirma que não se pode dar caráter absoluto ao disposto no artigo 5.º, LVII, CF. “Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se

quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44).

Afirma, o ministro que dessa forma estaria a constituição aderindo ao entendimento absoluto da inépcia das instancias ordinárias. Em suma, diante de todos os seus argumentos o ministro reafirma seu voto confirmando a possibilidade de execução da pena a partir da sentença em segunda instancia, salvo, quando dado expressamente o efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

O Ministro Roberto Barroso, votou a favor da execução da pena antes do transito em julgado e asseverou que o principio tem que ser ponderado.

A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44).

Afirmou ainda que as decisões que deram caráter absoluto ao princípio causaram consequências “negativas e controversias a olho nu”.

O ministro Teori Zavascki, acompanhou a divergência e afirmou que o entendimento era pacífico até o ano de 2009. Além disso, asseverou que “A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44).

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator, afirmou que o dispositivo constitucional é claro “Não posso me afastar da clareza do texto constitucional”(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44), segundo a ministra não há outra forma de interpretação se não a que o texto constitucional trás.

O ministro Luiz Fux, seguiu a divergência afirmou que é preciso dar efetividade a justiça, na mesma esteira, aduz que o constituinte não teve intenção de impedir e execução de pena em segunda instância, “Se o quisesse, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC43 E 44)

O ministro Dias Tóffoli (SUPREMO TRIBUNAL, 2016, ADC 43 E 44), acompanhou o relator, para ele a de é possível a execução da pena a partir de decisão posterior a recurso especial, para ele, a constituição exige que haja certeza da culpa e não probabilidade.

O ministro Ricardo Lewandowski, acompanhou o voto do relator e asseverou sobre a taxatividade do texto constitucional, “Não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo”(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, 43 E 44)

O ministro Gilmar Mendes, (SUPREMO TRIBUNAL, 2016,ADC43 E 44) votou pela divergência e afirmou que em caso de se constatar abusos na decisão condenatória há meios para sustar os efeitos da execução antecipada.

O Ministro Celso de Melo votou acompanhando o relator.

Reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais. Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república.(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44)

A ministra Carmem Lucia, votou pela divergência e afirmou que “se de um lado existe a presunção de inocência de outro existe a necessidade de preservação do sistema processual e da sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, ADC 43 E 44)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, é cediço que cuida-se de uma garantia fundamental. Trata-se de uma evolução histórica dos direitos humanos ao qual o Brasil aderiu e de forma clara implantou em seu ordenamento jurídico na Constituição Federal do Brasil de 1988, artigo 5.º, LVII.

Atualmente, não há qualquer dúvida a quando se dá o trânsito em julgado do processo, é pacífico, ainda que o STF tenha suscitado decisão o envolvendo.

Levando em consideração todo o contexto constitucional da matéria em questão é cristalina a ligação da presunção da inocência com outros princípios constitucionais.

Na oportunidade em que foi decidido o *Habeas Corpus* 12292, foi decidido pela execução da pena mesmo antes do trânsito em julgado, o que respeitosamente, me parece um absurdo considerando a clareza da letra da lei.

Hodiernamente temos a Constituição Federal como a Lei maior dentro dela está elencados alguns direitos fundamentais e garantias, sem a presunção da inocência uma dessas garantias, tal qual, que caso fosse quisto pelo legislativo teria que respeitar os ditames do artigo 60 da Lei Maior, por ser a presunção de inocência considerando o

caráter que ela exerce uma *clausura pétrea*. Sendo assim, uma garantia fundamental não pode ser diminuída e nem mesmo extinta.

Decidindo pela execução a partir de segunda instancia o Supremo praticamente legisla sobre a questão, vez que o artigo 5.º LXVI é taxativo quando trás o transitio em julgado como requisito para inicio da execução de pena, não deixando brechas para interpretações. Claramente estamos diante de um ativismo judicial.

Dessa forma existe sem sombra de duvidas uma afronta ao princípio da presunção da inocência na execução antes do transitio em julgado, independentemente de como asseverado pelos que votaram pela mudança na jurisprudência de que após a segunda instancia não se trata mais do fato, mas sim do direito.

Quando se muda a execução para a segunda instancia muda-se o sentido ate mesmo do transitio em julgado que antes era o exaurimento do direito de recursos, para exaurimento da segunda instancia.

Em suma, é flagrante a afronta ao principio da presunção da inocência perante a execução em segunda instancia, afronta-se uma clausura pétrea que é taxativa em seu conteúdo, diminui-se um direito fundamental e humano aos que são acusados de um delito. Deve-se considerar também nessa decisão que atualmente somos o quarto colocado mundialmente, quando se fala em população carcerária, que estão em um sistema penitenciário falido e desumano. Não é difícil achar presos com direito a progressão de regime ainda em regime mais gravosos, bem como aqueles que cumpriram sua pena integralmente em regime fechado mesmo tenho o direito a progressão e ainda o que ficam segregados mesmo depois de cumprida sua pena.

A busca pela diminuição da criminalidade e pela efetividade da justiça tem que ser buscadas por meios sensatos e não restringindo direitos e garantias conquistados a duras penas.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 15 abril2016.

**BRASIL. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro:** 4 de setembro de 1942. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> acesso em: 05 de novembro de 2016.

**HC126292.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570> em Acesso em: 25 abril 2016.

JUNIOR, Aury Lopes, **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1jurídico.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 25 abril 2016.

MORAES; Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional.** 5. E. São Paulo: Atlas, 2005.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência.** Revista Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7198>. Acesso em: 2maio 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

**ADC43**, <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065> Acesso: 05 de novembro de 2016.

**ADC44**, <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729> Acesso: 05 de novembro de 2016