ISSN 1807-3395

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Ano XVIII – Nº 105

Dez-Jan 2022

Repositório Autorizado de Jurisprudência
Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007
Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Classificação Qualis/Capes: B1

Editor

Fábio Paixão

Coordenador

Oswaldo Henrique Duek Marques

Conselho Editorial

Alice Bianchini – André Vinícius Espírito Santo de Almeida – Aury Lopes Júnior
Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Carlos Ernani Constantino
Carolina Alves de Souza Lima – Celso de Magalhães Pinto – César Barros Leal
Cesar Luiz de Oliveira Janoti – Cezar Roberto Bitencourt – Claudio Brandão
Édson Luís Baldan – Eduardo Saad Diniz – Elias Mattar Assad – Eloisa de Souza Arruda
Ester Kosovski – Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina) – Fernando Capez
Fernando da Costa Tourinho Filho – Fernando de Almeida Pedroso
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso – Gisele Mendes de Carvalho
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
João Mestieri – José Carlos Teixeira Giorgis – Luciano de Freitas Santoro
Luiz Flávio Borges D'Urso – Marco Antonio Marques da Silva
Marcus Alan de Melo Gomes – Michele Cia – Nadia Espina (Argentina)
Orlando Faccini Neto – Oswaldo Giacoia Júnior – Paulo Henrique Aranda Fuller
Raúl Cervini – Renato Marcão – Rômulo de Andrade Moreira – Ryanna Pala Veras
Sergio Demoro Hamilton – Silvio Luís Ferreira da Rocha
Tiago Caruso Torres – Umberto Luiz Borges D'Urso

Colaboradores deste Volume

Antonio Carlos da Ponte – Carolina Marcondes Fraga – Cláudio Iannotti da Rocha
Dermeval Farias Gomes Filho – Felipe Teixeira Schwan
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso – Gustavo Filipe Barbosa Garcia
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – Jaques de Camargo Pentead
João Henrique Imperia Martini – Juliana Menescal da Silva Ziehe
Mariana dos Reis Caminha – Nestor Eduardo Araruna Santiago
Rodrigo Augusto Costa de Oliveira Santos – Rodrigo Grazinoli Garrido
Victória de Oliveira Nunes

DOCTRINA

Princípio da Presunção de Inocência e Regra da Prisão Decorrente de Sentença Penal Condenatória Transitada em Julgado

GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Especialista em Direito pela Universidade de Sevilla; Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Sevilla; Membro Pesquisador do IBDSJC; Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Titular da Cadeira 27; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual; Professor Universitário; Advogado; e-mail: gustavofbg@yahoo.com.br.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as regras e os princípios como normas jurídicas. Nesse contexto, propõe-se distinguir o princípio da presunção de inocência e a regra da prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. Conclui-se que ninguém pode 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.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Regras. Presunção de Inocência. Prisão. Sentença Penal Condenatória. Trânsito em Julgado.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Princípios e Regras como Normas Jurídicas. 2 Princípio da Presunção de Inocência. 3 Regra da Prisão Decorrente de Sentença Penal Condenatória Transitada em Julgado. Conclusão. Referências.

Introdução

Discute-se se, no sistema jurídico brasileiro, para a prisão, é exigido, ou não, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A resposta dessa importante questão impõe a diferenciação entre o *princípio* da presunção de inocência e a *regra* da prisão em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Para a análise do tema, assim, deve-se verificar a diferença entre regras e princípios, no contexto mais amplo das normas jurídicas. Com isso, será possível o exame específico do princípio da presunção de inocência e, posteriormente, da regra da prisão, não cautelar, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Para que o objetivo proposto seja alcançado, quanto ao método, adota-se a pesquisa bibliográfica e documental, com análise de normas constitucionais, internacionais e legais, bem como da doutrina e da jurisprudência a respeito dos temas envolvidos.

1 Princípios e Regras como Normas Jurídicas

Os princípios são tradicionalmente considerados os *alicerces*, ou seja, a *essência* e os *fundamentos* do Direito¹.

Os princípios, nessa concepção clássica, são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento².

Há princípios expressamente previstos, como o princípio constitucional da igualdade, enquanto outros estão implícitos no ordenamento jurídico.

Quanto à amplitude, há princípios gerais e outros específicos de certos ramos do Direito.

Conforme o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz deve decidir de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*.

Nas lições de Miguel Reale, “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”³.

Entretanto, a função dos princípios não se restringe à integração de lacunas da lei, mas também servem de inspiração ao legislador e norteiam a interpretação das demais normas jurídicas⁴.

Os princípios, assim, orientam a interpretação e a aplicação das regras jurídicas⁵.

1 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 111-113.

2 Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 299-300.

3 Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 300.

4 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 129-133.

5 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 120.

Na verdade, os princípios fazem parte do ordenamento jurídico, tendo, assim, natureza normativa. Nesse enfoque, as normas jurídicas, como gênero, podem ser de duas espécies, quais sejam: regras e princípios⁶.

Enquanto a regra jurídica rege certos atos ou fatos, os princípios comportam uma série indefinida de aplicações⁷. Os princípios são determinações jurídicas normalmente dotadas de alto grau de generalidade.

Conforme Robert Alexy, tanto as regras como os princípios são normas, uma vez que dizem o que *deve ser*, ou seja, ambos podem ser formulados como mandamentos, permissões ou proibições. Nesse enfoque, os princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, normas que podem ser satisfeitas em distintos graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As regras, por sua vez, são normas que podem, sempre, ser cumpridas ou não. Logo, se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina. Ademais, o conflito entre regras é resolvido somente se uma cláusula de exceção for introduzida em uma delas, ou se uma das regras for declarada inválida. Na solução de colisão de princípios, diversamente, um dos princípios deve ceder, mas isso não significa que ele seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção seja nele introduzida. Desse modo, os princípios apresentam “peso” distinto nos casos concretos, prevalecendo aquele de maior peso em cada situação concreta⁸.

Ainda no sentido de que os princípios são normas jurídicas, Ronald Dworkin esclarece que as regras são aplicáveis “à maneira de tudo ou nada”: se ocorrerem os fatos estipulados na regra válida ela deve ser aplicada; se isso não ocorrer, a regra não contribui em nada para a decisão. Diferentemente, os princípios possuem a “dimensão de peso, ou importância ou valor”. Desse modo, se um princípio, aplicável a certo caso, não prevalecer, isso não obsta que, em outras circunstâncias, o mesmo princípio seja utilizado⁹.

Confirma-se, assim, que *os princípios apresentam natureza normativa*, não se tratando de enunciados meramente morais.

O acima exposto é demonstrado ao se observar que dos princípios são extraídas outras normas. Os princípios, ademais, também exercem a função de reguladores das relações sociais, tal como as demais normas jurídicas¹⁰.

6 Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 76: “um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, os princípios jurídicos ou princípios de direito”.

7 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 267.

8 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-94.

9 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 281-282. Cf., ainda, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

10 Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica de Claudio de Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 158-159.

2 Princípio da Presunção de Inocência

A presunção de inocência, em termos históricos, tem como uma de suas principais referências na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789, que assim estabelecia em seu art. 9º: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”¹¹.

Na atualidade, o princípio da presunção de inocência é assegurado no art. 14, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226/1991 e promulgado pelo Decreto 592/1992.

De acordo com a referida norma internacional: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se *presuma sua inocência* enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (destaquei).

No mesmo sentido dispõe o art. 8, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969¹², promulgada pelo Decreto 678/1992¹³.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no art. 11, item 1, também assegura que: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser *presumido inocente* até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (destaquei)¹⁴.

Sendo assim, como salienta, no plano doutrinário, Marcelo Novelino: “A *presunção de não culpabilidade* (ou *presunção de inocência*), enquanto instrumento de proteção da liberdade, visa a evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo indivíduos potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas”¹⁵.

11 Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 04 jul. 2018. (“Todo homem é presumido inocente até ser declarado culpado, se for considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor que não seja necessário para a guarda da sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei” – tradução livre). Cf. ainda: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-a-criacao-da-Sociedade-das-Nacoes-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 04 jul. 2018.

12 “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se *presuma sua inocência* enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

13 Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 110: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, foi integrada ao nosso ordenamento pelo dec. n. 678, de 6 de novembro de 1992. A partir daí e por imposição do § 2º do art. 5º da CF, (...) os direitos e garantias nela enunciados passaram a integrar a ordem jurídica brasileira, complementando e especificando ainda mais as regras do devido processo legal”.

14 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2020.

15 NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 464 (destaques do original).

Trata-se de norma que faz parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cabendo lembrar que os direitos e garantias expressos na CRFB, de 1988, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, *ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte* (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988), como ocorre no caso em questão.

Vale dizer, o *princípio da presunção de inocência* é direito humano, no âmbito jurídico internacional, e direito fundamental, no plano constitucional¹⁶.

Naturalmente, o referido princípio pode colidir com outros princípios também assegurados no ordenamento jurídico. Desse modo, havendo colisão de princípios relativos a direitos fundamentais, deve-se verificar a incidência da *máxima da proporcionalidade* em seus três níveis (*adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito*), para que se possa aferir se a restrição estabelecida por meio de lei a um dos direitos é constitucional¹⁷.

Vale dizer, a previsão legal, ao estabelecer restrição a um dos direitos fundamentais envolvidos, para ser considerada válida, deve atender à *máxima da proporcionalidade*.

No que tange à *adequação*, segundo explica Virgílio Afonso da Silva: “Quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental”¹⁸.

Em relação à *necessidade*, por sua vez, conforme leciona Virgílio Afonso da Silva:

“o exame da necessidade de uma medida, nos termos da regra da proporcionalidade, é um teste *comparativo*. Isso significa que um ato estatal é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade. Assim, um ato estatal que limita direito fundamental ‘é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido

16 Cf. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, Talca, v. 11, n. 1, p. 221-241, 2005: “El derecho a la presunción de inocencia forma parte del bloque constitucional de derechos, porque está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (destaques do original). Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 02 jul. 2018.

17 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-117: “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza”.

18 SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 169-170.

não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido’.”¹⁹

Por fim, relativamente à *proporcionalidade em sentido estrito*, ainda segundo Virgílio Afonso da Silva:

“A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.”²⁰

O princípio da presunção de inocência, desse modo, ao colidir com outros princípios presentes no sistema jurídico, em tese, pode ser objeto de regulamentação e, conseqüentemente restrição por meio de norma legal. Esta, entretanto, para ser válida, ou seja, constitucional, deve atender aos requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme anteriormente explicitado.

3 Regra da Prisão Decorrente de Sentença Penal Condenatória Transitada em Julgado

Diversamente do princípio da presunção de inocência, a prisão em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado, em verdade, é prevista em norma jurídica com natureza de *regra*, tendo como fundamento o art. 5º, LVII, da CF/88, ao assim estabelecer: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não se trata, nesse caso, de “mandamento de otimização”²¹, a ser aplicado conforme as condições de fato e de direito que se fizerem presentes, e que poderia deixar de incidir em razão de outros princípios em colisão em cada caso concreto, mas sim de determinação, com natureza de *regra jurídica*, a ser integralmente cumprida justamente na forma como validamente estabelecida²².

19 SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 171. (destaque do original)

20 SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 175.

21 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

22 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena. *Consultor Jurídico*, 25 de agosto de 2018: “Ora, não se cuida de negar a existência de um princípio da presunção de inocência, mas de questionar o quanto tal classificação condiz com os limites textuais da nossa Constituição Federal, que, salvo melhor juízo, indicam que se trata de uma regra, que proíbe uma determinada conduta, pois, apenas para relembrar, o artigo 5º, LVII, estabelece, categoricamente, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Acesso em: 24 nov. 2019.

O trânsito em julgado ocorre, evidentemente, quando não é mais cabível nenhum recurso no processo²³. Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no art. 6º, § 3º, esclarece que se chama coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso²⁴.

Reconhece-se que a literalidade do mencionado preceito constitucional não prevê que ninguém será “preso” até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas sim que ninguém será “considerado culpado” até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Entretanto, no contexto jurídico-constitucional, essa prisão (que não tem natureza cautelar) decorre, evidentemente, de ser o sujeito considerado culpado²⁵.

Não ser alguém considerado culpado, mas, ainda assim, determinar-se a sua prisão (não cautelar), seria nítida contradição lógico-jurídica, esvaziando-se por completo a mencionada garantia e determinação (regra) constitucional²⁶.

É certo ainda que a CR, no art. 5º, LXI, estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (destaquei).

Não obstante, essa norma constitucional, também com natureza de regra, obviamente, versa sobre a *prisão cautelar*²⁷, dizendo respeito, em essência, à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária²⁸.

23 Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 342: “A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tomando-se inmutável dentro do processo”.

24 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena. *Consultor Jurídico*, 25 de agosto de 2018: “Ora, se regras por definição não se submetem a um juízo de ponderação, ao menos não (para os que admitem a possibilidade de superação das regras) no sentido habitual atribuído aos princípios, um aspecto que restaria é discutir o que se pode legitimamente entender por trânsito em julgado. Ainda que se possa aduzir que se cuida de uma definição legal, já que a Constituição Federal assegura a sua blindagem como garantia fundamental sem enunciar uma definição, o conceito haverá de estar em sintonia com a Constituição, ademais de ser interpretado – mormente em sede criminal e em caso de condenação à pena privativa de liberdade – de modo extensivo, ou seja, reforçado, já que do contrário se estaria a romper com o critério de que restrições a direitos e garantias devem ser restritivamente interpretadas”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Acesso em: 24 nov. 2019.

25 Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 862: “A redação conferida pelo legislador constituinte ao dispositivo do art. 5º, LVII (“ninguém será considerado culpado...”) privilegia o denominado princípio da presunção de inocência sob o enfoque da regra de tratamento que os agentes incumbidos da persecução penal devem adotar perante o acusado. Proíbe-se, nessa perspectiva, toda e qualquer forma de tratamento do sujeito passivo da persecução que possa importar, ainda que implicitamente, a sua equiparação com o culpado”.

26 “O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.” (STF, 2ª T, HC 89.501, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.12.2006, DJ de 16.03.2007)

27 Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Comentário ao artigo 5º, LVII, da CRFB de 1988. In: *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 249: “Por outro lado, nunca se defendeu, tanto que não se aplica na prática, a ideia de que, por ser presumido inocente, o indiciado ou réu não pode ser preso cautelarmente, a fim de garantir determinados valores: a ordem pública ou econômica, a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução” (destaque do original).

28 “Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI do art. 5º da CF.” (STF, 1ª T, HC 71.169, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26.04.1994, DJ de 16.09.1994)

Vale dizer, o art. 5º, LXI, da CF/88 não dispõe sobre a prisão decorrente de sentença condenatória²⁹. Na hipótese específica de prisão não cautelar incide o já mencionado art. 5º, LVII, da Constituição, ao determinar que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Como se pode notar, para a prisão decorrente de sentença penal condenatória, isto é, para a prisão não cautelar, a norma constitucional exige, invariavelmente, o trânsito em julgado³⁰.

Reitere-se que se a pessoa, segundo a regra constitucional, não é considerada culpada até o trânsito em julgado, levá-la à prisão, mesmo assim, sem que esta tenha natureza cautelar, seria manifesta contrariedade à garantia fundamental em destaque, eliminando-a, em termos práticos, por completo³¹.

Justamente por isso, e em plena harmonia com as regras do art. 5º, LVII e LXI, da CR, o art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/2011, assim determina:

“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.”³² (destaquei)

Confirma-se, portanto, a regra jurídica de que a prisão não cautelar decorrente de sentença penal condenatória exige o trânsito em julgado desta³³.

29 Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 329: “Consoante a Súmula 9 do STJ, a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), mesmo porque a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII). Pode, assim, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência”. Cf., ainda, NUCCI, Guilherme de Souza. Comentário ao artigo 5º, LVII, da CRFB de 1988. In: *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 249: “Os processualistas penais são praticamente unânimes ao apontar esse inciso [art. 5º, LXI, da CF/1988] como referência para a prisão *processual*” (destaque do original).

30 Em sentido divergente, cf. “*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, LVII da CF. 2. *HC denegado*” (STF, Pleno, HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

31 Cf. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 465: “No direito penal e processual penal, a presunção de não culpabilidade proíbe o Estado de tratar o indivíduo como culpado antes da definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal”.

32 Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Comentário ao artigo 5º, LVII, da CRFB de 1988. In: *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 250: “Por natural, o art. 283 [do CPP] está em equilíbrio com a presunção de inocência”.

33 Cf. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 70-71.

Ou seja, como anteriormente explicitado, exceto nos casos de prisão em flagrante delito (arts. 301 a 310 do CPP), de prisão temporária (Lei 7.960/1898) e de prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP), para a prisão não cautelar, decorrente de sentença penal condenatória, é imprescindível o seu trânsito em julgado³⁴.

No sentido exposto, o STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade para assentar a *constitucionalidade* do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (STF, Pleno, ADC 43/DF, ADC 44/DF, ADC 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.2019).

Entendeu-se, assim, que a mencionada disposição legal está de acordo com a garantia da presunção de inocência, assegurada no art. 5º, LVII, da CF de 1988.

Por se tratar de decisão definitiva de mérito proferida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade, produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, da CF de 1988, com redação dada pela EC 45/2004).

Cabe ressaltar que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, da CR), como é o caso do preceito fundamental da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF de 1988), estabelecido pelo poder constituinte originário e que integra, assim, as chamadas *cláusulas pétreas*.

O art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/2019, prevê que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

O sentido da previsão, assim, é o mesmo anteriormente explicitado³⁵.

Conclusão

As normas jurídicas, como gênero, abrangem as regras e princípios. Os princípios, em termos mais tradicionais, são entendidos como os fundamentos do sistema jurídico.

34 Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 541: “Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária (CPP, art. 283, com a redação determinada pela Lei n. 12.403/2011). Em momento anterior à sentença final, só haverá prisão se demonstradas a sua necessidade e urgência”.

35 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Têoria geral do processo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 117-123.

Sob outra perspectiva, os princípios são “mandamentos de otimização”, devendo ser concretizados no maior grau possível, em termos fáticos e jurídicos. As regras, diferentemente, quando válidas e vigentes, devem ser aplicadas exatamente conforme previstas, salvo se existente alguma cláusula de exceção.

O princípio da presunção de inocência, assegurado nos planos constitucional e internacional, como direito fundamental e humano, pode colidir com outros princípios jurídicos.

Nesse caso, a norma legal que regulamente e, assim, estabeleça restrições ao princípio da presunção de inocência apenas será válida se respeitar as exigências da *máxima da proporcionalidade*, que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De forma diversa, a Constituição da República também assegura a *regra* da prisão decorrente da sentença penal condenatória transitada em julgado. Trata-se, no caso, de prisão de natureza não cautelar.

Por não se tratar de princípio, mas de verdadeira regra jurídica, essa determinação deve ser aplicada na forma como prevista, não podendo de ser afastada sob a alegação de colidir com outros princípios jurídicos.

Conclui-se, assim, que ninguém pode 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.

Nesse sentido, o art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/2011, foi declarado constitucional pelo STF, em decisão que tem eficácia contra todos e efeito vinculante.

Frise-se que a conclusão apresentada, naturalmente, não tem conotação política, mas resulta da rigorosa interpretação estritamente *jurídica* das normas incidentes quanto ao tema.

TITLE: Principle of the presumption of innocence and rule of prison arising from condemnatory criminal final judgment.

ABSTRACT: This article aims to analyze rules and principles as legal standards. In this context, it is proposed to distinguish between the principle of presumption of innocence and the rule of prison arising from condemnatory criminal final judgment. It is concluded that no one may be arrested except in flagrante delicto or by written and reasoned order of the competent judicial authority, as a result of a final judgment or, in course of the investigation or trial, by reason of temporary arrest or preventive detention.

KEYWORDS: Principles. Rules. Presumption of Innocence. Prison. Criminal Judgment. Final Judgment.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica de Claudio de Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, Talca, v. 11, n. 1, p. 221-241, 2005. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 02 jul. 2018.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Comentário ao artigo 5º, LVII, da CRFB de 1988. In: *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 246-255.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena. *Consultor Jurídico*, 25 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Recebido em: 15.01.2021

Aprovado em: 24.11.2021