

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS – UNI ANHANGUERA CURSO DE
DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL**

GABRIEL HENRIQUE GOMES BARBOSA

GOIÂNIA

Abril/2019

GABRIEL HENRIQUE GOMES BARBOSA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás – Uni- ANHANGUERA, sob orientação do Professor Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Junior, como requisito parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

Goiânia

Abril de 2019

TERMO DE APROVAÇÃO
GABRIEL HENRIQUE GOMES BARBOSA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A
EXECUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni – ANHANGUERA, defendido e aprovado em _____ de _____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Junior
(Orientador)

Examinador(a)

RESUMO

O capítulo I deste trabalho tem como premissa considerar os pontos paradigmáticos da referência à Lei Magna como supra norma, a qual tem como objetivo principal regular todo o sistema legal ao qual o país deve se submeter. Logo, temos que todas as normas infraconstitucionais devem ter como pressuposto existencial o respeito ao que dispõe a Constituição Federal, observando-se todos os seus princípios e fundamentos que, em hipótese alguma, não devem se desviar daquilo que foi promulgado como representação da vontade do povo, por meio de Assembleia Constituinte. No capítulo II será analisado o instituto da execução provisória da pena. Tal matéria vem encontrando divergentes opiniões no meio jurídico, o que nos leva a acreditar que esta dificilmente terá algum entendimento pacificado. Portanto, será feita uma análise crítica de tal possibilidade da execução provisória da pena. Será ainda analisado o cabimento jurídico das recentes oscilações das opiniões sustentadas pelo STF, que se confrontam diretamente com o que prevê a nossa Lex Mater, que já como supracitado, é o referencial normativo para todas as demais normas e orientações que se encontrem no nicho das decisões judiciais. Por fim, será analisado no capítulo III deste trabalho quais são as consequências imediatas e mediatas das decisões proferidas pelo STF, decisões estas que geram de imediato grande impacto não só no ordenamento jurídico, mas como também na sistemática penitenciária brasileira, que há anos vem enfrentando sérios problemas como a precariedade das instalações, a não aplicação da devida ressocialização e a superlotação. O INFOPEN/2016 emitiu um extenso relatório que buscava fazer levantamento das condições carcerárias do Brasil. Constatou-se em tal relatório que 292.450 presos (número que corresponde a 40.2% da população carcerária do Brasil à época) aguardavam julgamento, ou seja, estavam presos de forma provisória. Tal situação pode se agravar ainda mais ao considerarmos que mais pessoas poderão ser encarceradas ante ao novo posicionamento do STF. Deve então vigorar a regra de tratamento que se aplica ao acusado, em decorrência de sua presunção de inocência, devendo assim ser vedado a sua equiparação à pessoa condenada por sentença de cunho definitivo. Portanto, o ato de antecipação do cumprimento de pena se faz de maneira inconstitucional.

Palavras-chave: DIREITO CONSTITUCIONAL – PRINCIPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – PROCESSO PENAL – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE NORMATIVO	8
1.1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL	8
1.2. USO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO, NORMA PROBATÓRIA E NORMA DE JUÍZO	13
2. DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE DISPOSITIVOS ILEGAIS ATINENTES AO INSTITUTO E A OSCILAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS DAS CORTES SUPERIORES – STJ E STF.	18
2.1. CONCEPÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	19
2.2. A TUMA RECURSAL FEDERAL COMO MERO RITO DE PASSAGEM.....	22
2.3 OSCILAÇÕES DE INTERPRETAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	23
2.3.1. OSCILAÇÕES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	23
2.3.2. OSCILAÇÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	27
3. CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES DO STF	31
3.1. ANÁLISE CRÍTICA DOS VOTOS DOS MINISTROS	31
3.2. A INAPROPRIADA COMPARAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM FULCRO EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS.....	36
3.3. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	39
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena em segunda instância vem sendo um tema posto em pauta nas mais variadas esferas do Direito Brasileiro em nossa sociedade. Este trabalho possui o objetivo principal de realizar uma análise crítica e sucinta sobre tal temática, apontando quais são os graves impactos no sistema penitenciário e processual, desencadeados por decisões da Corte Suprema, como os julgamentos do *Habeas Corpus* n. 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44.

Ao se verificar a recente e constante flexibilização jurisprudencial acerca de tal temática, bem como a flexibilização das denominadas garantias constitucionais e dos pressupostos da punição penal, se tem como objetivo estabelecer como ponto paradigmático o Princípio da Presunção de Inocência, que se encontra insculpido na nossa Carta Política de 1988, o qual garante que o indivíduo só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado. Deve-se ressaltar que, sob a perspectiva constitucionalista, a prisão só deve ser decretada neste caso, excetuando-se as situações onde se apresente os pressupostos legais da prisão preventiva.

Também serão postos em pauta nesta monografia quais são os preceitos que fundamentam as recentes decisões da Corte Suprema, analisando questões da mutação constitucional e da admissibilidade do Direito Comparado em tais julgados. É importante salientar que na atual conjuntura social brasileira aquelas pessoas que são acusadas de terem praticado quaisquer crimes e que possuam certo grau de estabilidade financeira e prestígio social, buscam meios para postergar o julgamento por meio da interposição de recursos a fim de alcançar até mesmo a prescrição do crime cometido, enquanto aqueles cidadãos menos favorecidos socialmente e economicamente não usufruem de tal escapatória, sendo esta uma das consequências diretas da exorbitante desigualdade social que assola o Brasil há décadas, refletindo ainda de maneira direta no crescimento desenfreado da população carcerária.

Este trabalho ainda visa abordar de maneira crítica dados levantados junto a Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referentes ao período de 1º de Setembro de 2009 à 19 de Abril de 2017, no qual foram apresentados cerca de 25.707 Recursos Extraordinários ou Agravos em Recursos Extraordinários em matéria criminal, sendo que deste número, somente 1,12% foram acolhidos em favor do réu e que o percentual de absolvição é irrisório, de cerca de 0,035% dos casos, ou seja, trarei à tona a efetividade do texto constitucional à realidade processual brasileira.

No decorrer do presente trabalho, ainda será debatido a análise crítica dos votos de cada Ministro da Suprema Corte que deram embasamento a alteração repentina da jurisprudência que até então se encontrava pacificada. Será elucidado em quais pontos houve equívoco por parte dos eméritos julgadores ao firmarem o novo posicionamento.

Importante ressaltar que o tema seria debatido no dia 10 abril do corrente ano, sendo que esta data foi firmada ainda no ano passado. O julgamento teria como objetivo debater a manutenção ou extinção da orientação atual, de executar a pena em segunda instância. Entretanto, a Ordem dos Advogados do Brasil, que é uma das autoras das ações que debatem a temática solicitou no dia 1º de abril o adiamento do julgamento, com o argumento de que a nova diretoria precisa se inteirar dos aspectos envolvidos ao caso a ser julgado.

Nos resta saber qual será a data do julgamento, bem como se haverá a convalidação de tal lesão inadmissível à ordem jurídica nacional ou se a mesma será cessada, fazendo jus ao que dispõe o nosso diploma máximo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1 A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE NORMATIVO

Com as recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal, em especial no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, e no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, as quais viabilizam a aplicabilidade da execução da pena privativa de liberdade de forma provisória, após mera decisão sentenciosa de segunda instância, se faz notório e necessário a reavaliação a essência do Princípio da Presunção de Inocência que se encontra de forma expressa no art. 5º, inciso LVII, da *Lex Mater*, o qual possui nesta o status de garantia fundamental.

O Princípio da Presunção de Inocência possui a premissa de garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, Constituição Federal de 1988), logo visa garantir que, enquanto não houver sentença condenatória toda e qualquer pessoa deve ser considerada, presumidamente, inocente. Entende-se como sentença penal condenatória como sendo, nas palavras de Nucci (NUCCI, 2014, 622) “É a decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação.”.

Como afirma José Carlos Vasconcellos dos Reis (REIS, 2009, 586) a Presunção de Inocência constitui-se como a garantia fundamental norteadora de um projeto democrático que ainda se perfaz inacabado, sendo que em tal é indispensável que haja a solidificação da força normativa constitucional, com o único intuito de modificar a atual realidade, visando um futuro melhor, mais justo e mais humano, tanto quanto possível, respeitando-se sobretudo as limitações inerentes ao Direito, dentro de um contexto que se esfacela de problemas e mazelas.

1.1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Pode-se afirmar que o nascedouro do neoconstitucionalismo se fez na Europa, com o término da 2ª Guerra Mundial, em especial na Alemanha (Lei Fundamental de Bonn de 1949) e na Itália (Constituição Italiana de 1947), sendo disseminada para os demais países daquele continente posteriormente, permitindo-se que a partir da segunda metade do Século XX, fosse redimensionada a influência do direito constitucionalista sobre as instituições tais como

conhecemos hoje. Como bem define o Min. Luís Roberto Barroso (2005),

a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

O moderno Estado Constitucional de Direito, tal qual conhecemos atualmente, tem como objetivo principal introduzir os mais variados princípios ético-políticos ou de justiça, visando a imposição de valorações ético-políticas das normas produzidas, atuando como parâmetros ou critérios, seja de legitimidade ou de ilegitimidade, não mais externos (de cunho jusnaturalista), se não internos (de cunho juspositivista). Acerca do tema o renomado doutrinador Luciano Feldens (FELDENS, 2005, 33) explica o seguinte:

No moderno Estado constitucional de Direito, a preservação da Constituição em detrimento de qualquer produto legislativo (ato normativo) que lhe seja contrário deve ser aferida sob uma dupla perspectiva, a qual passa pela dissociação dos atributos de vigência e validade da norma. Quer-se dizer: a formação da lei, como ato dotado de significação jurídica, não mais se submete unicamente às regras procedimentais sobre sua criação (vigência), senão que também envolve um processo de necessária submissão ao conteúdo material decorrente da Constituição (validade).

Portanto, entende-se a partir do referido posicionamento que qualquer ato de cunho legislativo deve observar, de forma dupla, a sua própria vigência e a sua possível validade, sendo que a sua vigência se consubstancia às regras basicamente de cunho procedimental, enquanto a sua validade decorre da observância do que dispões a Constituição Federal, preponderando-se todos os seus aspectos principiológicos, bem como todos os seus fundamentos e garantias velados. Adiante, o mesmo Feldens (FELDENS, 2005, 34) explica que “nessa perspectiva, dissociando os atributos de vigência (validade formal) e validade (validade substancial) da lei, o modelo – ou sistema – garantista (neoconstitucionalista) toma por promover uma substancial alteração à teoria do Direito preconizada pelo juspositivismo clássico.”.

Adiante, como afirma Paulo Saint Pastous Caleffi (CALEFFI, 2017, 9-10), “a especificidade do moderno Estado constitucional de direito está intimamente coligada ao fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não somente requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material.” O autor prossegue, afirmando ainda que “Além disso, assegura a centralidade da pessoa humana

e a garantia de seus direitos fundamentais como vínculos estruturais de toda a dinâmica política que implica o princípio democrático. Portanto, uma norma que viole um preceito constitucional, ainda eu formalmente existente ou vigente, pode ser inválida e como tal passível de anulação, por contrariar norma substancial sobre a sua produção.”.

Aduz-se do referido trecho percebe-se a clarividência do antropocentrismo, ao observamos que a pessoa humana encontra-se centrada e em volta de se orbita a garantia de seus direitos fundamentais, estabelecidos como estruturas que dão sustentação a todo o dinamismo que circunda o princípio da democracia. E, portanto, qualquer norma que venha a violar algum preceito constitucional, mesmo que esta seja formalmente já existente em outro diploma ou até mesmo plenamente executável ou em plena vigência, ela deve ser considerada de pronto como inválida, pois fere contundentemente a norma supra, de natureza substancial.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luís Roberto Barroso afirma que “no que se refere ao direito penal, a Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação de normas, bem como sobre a produção legislativa na matéria, impondo ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas e impedindo a criminalização de outras. (BARROSO, 2009, p. 82). Portanto, podemos compreender a partir deste posicionamento que a Constituição exerce uma força inafastável sobre todos os demais diplomas legais, não excluindo-se deste rol o direito penal, pois este depende diretamente de adaptação de cunho material à *Lex Matter*. Logo, a Carta Magna além de ter como premissa garantir o desenvolvimento de maneira dogmática do direito penal a partir de estruturas substancialmente valorativas, objetiva ainda delimitar imposições que devem ser inultrapassáveis pelo legislador penal.

Jorge de Figueiredo Dias afirma que, “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.” (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 47). Na mesma linha de tal posicionamento, Aury Lopes Junior afirma:

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos instrumentalidade garantista.” (LOPES, 2010, p. 10)

Entende-se do aludido posicionamento que caso não houvesse algum órgão que visasse a garantia, mesmo que em última instância, o seu cumprimento as imposições da matéria constitucional se tornariam órfãs de efetividade, pois a mesma não seria exercida. Por tal motivo, o Poder Judiciário possui um papel inigualável no Estado Constitucional de

Direito, que é o mecanismo responsável por garantir a observância e a execução de tal cumprimento, não havendo qualquer outro órgão responsável por tal engajamento na atual tripartição dos poderes.

Na mesma linha de raciocínio, Canotilho defende que ao aborda-se o valor normativo, “aludiu-se à Constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte de produção, quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os aspectos estaduais.” (CANOTILHO, 1998, p. 784). Aduz-se, portanto, que a Constituição é primordialmente a fundamentação que visa dar legitimidade à toda a sistemática jurídica. Logo, compreende-se que para que a norma legal tenha embasamento, a mesma dependerá da sua conformidade constitucional, que deve ser entendida em seu conjunto de valores principiológicos, como aponta Caleffi (CALEFFI, 2017, p. 13).

Superado os apontamentos necessários para a compreensão de toda a gama do Estado Constitucional de Direito, passa-se para a análise crítica e analítica da principiologia da Presunção de Inocência, que, conforme nos aponta Luigi Ferrajoli, nos remete ao Direito Romano, e que pode ter sido afastada por conta das práticas de cunho inquisitórias aplicadas durante a vigência da denominada Baixa Idade Média (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

A despeito do nascedouro do princípio da Presunção de Inocência, Maurício Zanoide de Moraes nos traz os seguintes apontamentos:

De toda a exposição até então centrada nos institutos processuais concebidos e na forma como eram estruturados e usados nos modelos inquisitivo e acusatório, chega-se à conclusão da impossibilidade de se dizer que no direito romano houve presunção de inocência.

Deixando-se de lado, neste instante, o exame individualizado dos institutos, para focar as razões por detrás daquela construção juspolítica dos sistemas processuais penais, pode-se verificar duas grandes vertentes que explicam o porquê da impossível convivência entre aquele direito e a presunção de inocência: a primeira era a presunção de culpa que animava os institutos processuais e a segunda era o direito penal do inimigo que direcionava o uso do aparato punitivo.

[...] pouco importando se o modelo processual era inquisitivo ou acusatório, se havia uma maior ou menor, efetiva ou improfícua tentativa de humanização do procedimento e respeito ao imputado, o fato é que a presunção de culpa sempre orientou a concepção e estruturação dos institutos processuais. (MORAES, 2010, p. 38).

O primeiro diploma legal a apresentar a presunção de inocência foi a Declaração da Virgínia, nos idos de 1776. Entretanto a doutrina, de forma majoritária, aponta como marco fundamental deste princípio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada do ano de 1789, nascida como reflexo direito da Revolução Francesa, na qual se expressa da seguinte forma: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser

severamente reprimido pela lei”. Ao elaborar tal narrativa, a Assembleia Nacional Francesa visava o estabelecimento de uma regra de natureza processual, na qual seria garantido ao acusado o direito de não ser obrigado a fornecer as provas que aludissem a sua inocência, que deveria ser considerada presumidamente até que se provasse ao contrário. Visou-se ainda subsidiariamente o estabelecimento de uma regra de tratamento que visava o garantismo da liberdade do acusado, restringindo dessa forma o uso de medidas restritivas, exceto naqueles casos em que saltasse aos olhos a culpa. Pretendia-se, portanto, nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho “visando especialmente à restrição dos poderes absolutos do rei e de seus juízes em relação à prisão, cuja expressão mais nítida eram as denominadas *lettres de cachet*, por meio das quais era possível a eles dispor arbitrariamente da liberdade dos súditos.” (GOMES FILHO, 1991, p. 9).

Neste mesmo período, é de suma relevância destacar o surgimento da Escola Clássica, que no que tange ao tema, foi quem consignou o princípio da presunção de inocência dentro da estrutura do processo penal. Um dos expoentes de tal escola, Cesare Beccaria, destacava que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida.” (BECCARIA, 1973, p. 39). O posicionamento de tal escola sofreu duras críticas, principalmente pelas Escolas Positivista e Técnico-Jurídica. A primeira alegava que tal princípio tratava-se de mero “exagero individualista”, que não poderia ser estendida a todos os indivíduos. Já a segunda alegava, por meio de um de seus expoentes – Vincenzo Manzini – que tal presunção seria uma extravagância derivada dos velhos conceitos, oriundos dos princípios da Revolução Francesa, pelo qual as garantias individuais são levadas ao excesso, de maneira mais exagerada e incoerente.

A partir de 1948 temos um novo marco do direito internacional, que também expressava a presunção de inocência. Trata-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi formulada e promulgada pela Organização das Nações Unidas – ONU. O referido diploma insculpiu em seu art. 11.1 o seguinte texto: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.”. A comunidade internacional entendia como necessário o confronto com o surgimento de possíveis países totalitário. Buscou-se então garantir meios que garantissem o garantismo individual, não permitindo desta forma a criação de mecanismos de perseguições políticas e violações de direitos essenciais de maneira inquisitiva, principalmente por meio da

sistemática criminal.

Dois anos após a promulgação do supracitado diploma (em 1950), a Convenção Europeia de Direitos Humanos preconizou a presunção de inocência como princípio fundamental, conforme aponta o seu art. 6.2: “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente comprovada.”. Posteriormente, em 1966, a Assembleia Geral da ONU, por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos além de, bem como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, centralizar o direito à presunção de inocência em seu art. 14.2, ainda estabeleceu de forma mais minuciosa as garantias consideradas como mínimas para a pessoa acusada de cometer algum delito. Gomes Filho à despeito de tal estabelecimento aponta que “a ONU acabou sofrendo críticas por não oferecer mecanismos eficientes para aplicação prática de tais garantias, limitando sua tutela a recomendações de conteúdo político.”. (GOMES FILHO, 1991, p. 19).

No que tange às américas, a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, também denominada como Pacto de San José da Costa Rica, exprimiu o princípio em seu art. 8.2, que da seguinte forma expressa: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”. No Brasil, somente nos idos de 1988, com a consagração da Constituição Federal, passou-se a abordar a presunção de inocência no rol que compõe os direitos fundamentais, expressos no art. 5º do referido diploma. Aponta-se que se passou a expressar por conta de forte influência do liberalismo constitucional ocidental. Nas palavras de Salo de Carvalho:

a Carta Constitucional previu, seguindo a tradição liberal do constitucionalismo ocidental, amplo rol de limites ao poder repressivo do Estado, estabelecendo rígidos princípios (negativos) em matéria penal e processual penal. Cumpriu, portanto, aquele programa político-criminal legado do projeto penal da Modernidade. Estabelece, com a cadeia principiológica, travas ao exercício desmedido e arbitrário dos poderes públicos (violência das agências repressivas).” (CARVALHO, 2008, p. 89).

Evidencia-se a partir de tal citação que a Constituição Federal nada mais do que obedeceu a um fenômeno que já vinha acontecendo no Ocidente como num todo, que é o afastamento e a não admissibilidade de ações de cunho puramente arbitrário, garantindo desta forma a efetivação plena da sistemática jurídica, mitigada pelas searas do direito penal e processual penal.

1.2. USO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO, NORMA PROBATÓRIA E NORMA DE JUÍZO

Primeiramente, deve considerar-se o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, a qual é dispensada a investigados e acusados, estando dessa forma correlacionada aos direitos e às garantias processuais que compõem o devido processo legal, tais como a imparcialidade do órgão jurisdicional, a legalidade, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio de ilícitos, a publicidade dos atos processuais e o contraditório. No tocante a tal temática, Nereu Giacomolli cita:

A garantia da presunção de inocência produz seus efeitos no interior do processo e também fora dele, bem como no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado ou imputado. Veda formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado. Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério Público, afirmativas de autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão processual como regra, o injustificado recolhimento à prisão para recorrer, a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos em andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes, as identificações desnecessárias, digitais (art. 5º, LVIII, CF) ou fotográficas. A presunção de inocência transcende ao plano abstrato, efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito”. (GIACOMOLLI, 2014, p. 98).

Aury Lopes Jr, em sua obra “Direito processual penal e sua conformidade constitucional”, faz relevantes apontamentos no tratamento da presunção de inocência como norma de tratamento, citando ainda duas dimensões distintas de atuação, a interna e a externa. O mesmo afirma:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JR., 2007, p. 191-192, v. 1.).

Como se evidencia pelo até então já exposto, se pode afirmar que a presunção de inocência visa o asseguramento de uma prévia seguridade ao indivíduo, alegando-se de pronto a sua inocência, algo que pode ser alterado somente mediante a existência de prova segura que aponte a prática delitiva. O legislador elaborou, de fato, sanções que podem ser aplicadas de maneira provisória, configurando-se inevitável a restrição de liberdade anterior à comprovação da culpabilidade do agente. Entretanto, deve-se obedecer a observância aos pressupostos *fumus comissi delicti*, *periculum libertatis* ou *periculum in mora*, bem como

deve observar os requisitos legais, que devem todos ser fundamentados e justificados. Neste sentido, Maurício Zanoide de Moraes da seguinte forma afirma:

Qualquer medida coativa deve ser determinada apenas em situações excepcionais e para as quais a proporcionalidade deve vir justificada em cada um de seus elementos integrantes (adequação, necessidade e ponderação – proporcionalidade em sentido estrito). Deve guardar tendência transitória e ter verificada periodicamente a conveniência de sua manutenção. Ainda dentro de uma abordagem ampla, somente poderá ser determinada se houver previsão legal e for devidamente justificada em decisão judicial. (MORAES, 2010, p.503-504)

Antônio Magalhães Gomes Filho acerca do tema da presunção de inocência, ainda corrobora da seguinte forma:

traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio. (GOMES FILHO, 1991, p. 43)

Por conseguinte, é inafastável a ideia de que a execução provisória da pena contunde indiscutivelmente a presunção de inocência, pois o que se faz não é nada mais que uma antecipação do cumprimento da pena restritiva de liberdade, sem que haja sido efetivado o término do processo. Tal ação se torna, na perspectiva do acusado, como desnecessária a instância federal de recursos, haja visto que mesmo antes do julgamento final o mesmo já se encontra encarcerado. Destarte a isso, Antonio Scarance Fernandes destaca que, “se o réu apenas pode ser considerado culpado após a sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação da pena”. (FERNANDES, 2007, p. 328). Em resumo, se torna evidente que a denominada norma de tratamento inculpada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, prevê de maneira substancial a restrição de se considerar o acusado ou o investigado como culpado de plano, como se definitivo fosse tal consideração.

Segundamente, deve-se analisar a presunção de inocência como norma probatória, a qual abrange o campo específico da norma constitucional, realizando apontamentos e direcionamentos de quem deve provar, por meio de quais meios deve-se obter tais provas e, por fim, o que deve ser provado judicialmente. Consoante a tal perspectiva, Mauricio Zanoide de Moraes afirma:

O primeiro aspecto apontado da presunção de inocência como ‘norma probatória’ (quem deve provar) refere-se ao ônus probatório no processo penal. A matéria é por demais extensa e já conta com significativo consenso doutrinário em todos os países nos quais o princípio está inserido em nível constitucional. Para todos eles, o ônus de provar no processo penal é da acusação, uma vez que, partindo o órgão acusador do pressuposto juspolítico do ‘estado de inocência’ do cidadão, é a ele que caberá demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo e, portanto, caberá a ele o ônus de demonstrar essa tese não pressuposta pela Constituição.

Portanto, o meio que visa a consubstanciação do convencimento do magistrado é principalmente a prova do ato ilícito, que se apresenta nessa perspectiva como tema fundamental para a ciência processual penal, servindo ainda de escopo para a justificativa perante a sociedade da decisão adotada. Nas palavras de Paolo Tonini, “provar” significa, substancialmente comprovar junto ao magistrado que o ato de fato foi executado e atingiu a sua plena efetivação de determinado modo (TONINI, 2002, p. 49). Logo, o delito denominado como “fato histórico” deve ser demonstrado ao judiciário por meio de outros fatos que deem fundamentação a este. Portanto, a prova nada mais é que a percursora que irá deduzir a existência fática do delito por meio da demonstração de fatos históricos.

Diante do exposto, como já afirma Gomes Filho, haverá o afastamento da presunção de inocência quando houver a existência de alguma prova cabal da prática do ato delituoso, presunção essa que representa na esfera jurídica uma das mais, se não a mais, importantes garantias do cidadão que lhe resguarda o arbitramento punitivo do Estado (GOMES FILHO, 2005, p. 303). Paolo Tonini ainda ressalta que, “no processo penal o órgão acusatório tem o ônus de provar a responsabilidade do acusado de modo a eliminar a dúvida” (TONINI, 2002, p. 69).

A prova está inscrita no Código de Processo Penal em seu art. 156, o qual afirma que “a prova da alegação incumbira a quem a fizer”. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró em sua obra “Ônus da prova no processo penal” traduz o argumento majoritário doutrinário de que será incumbido ao Ministério Público o ônus de provar a existência do crime, sendo ainda de sua responsabilidade demonstrar a autoria do ilícito. Já para a defesa, será atribuída a função de demonstrar as possíveis causas que excluam a culpabilidade, bem como demonstrar causas excludentes da ilicitude. Ainda de acordo com Badaró, o réu não possuirá nenhuma atribuição de realizar quaisquer ações para demonstrar a sua inocência, recaindo desta forma somente ao Ministério Público a obrigatoriedade de arquitetar as provas no decurso do processo penal. A excludente de tal obrigação de produção de prova se justifica por meio do instituto do *in dubio pro reo*, pois se faz proibitivo a imposição de qualquer ônus ao acusado. (BADARÓ, 2015, p. 425).

Aos sujeitos que configuram o processo resta somente a escolha de acatar a ideia de que o acusado é inocente até que esta condição seja considerada contrária por meio do mecanismo probatório. Portanto, caso haja inexistência da prova não há o que se falar em afastamento da condição de inocente do acusado, como bem cita Salo de Carvalho (CARVALHO, 2005, p. 174).

Em consonância com tal posicionamento, Nereu Giacomolli da seguinte forma explana:

Partindo-se da inocência do acusado e não da sua culpabilidade, cabe à acusação a desconstituição do estado de inocência, ou seja, no processo penal é da acusação o encargo de provar. Com isso, também, se elimina a emissão de uma decisão com base no conhecimento privado ou extraprocessual do julgador. Não se aplica ao processo penal, em face do estado de inocência, a regra do processo civil da distribuição do ônus da prova: ao autor, os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, os impeditivos, modificativos, extintivos do direito do autor. De igual modo, afasta-se qualquer convenção entre acusação e defesa acerca do ônus da prova, como ocorre em certas situações fora do processo penal. Nessa mesma perspectiva, em face do estado de inocência, mesmo os fatos notórios, os admitidos como incontrovertidos, e a tão só confissão, não afastam o encargo probatório da acusação, diferentemente do que ocorre no âmbito do processo civil. Igualmente, não milita presunção legal de veracidade dos fatos alegados, contra o imputado, seja a *iuris tantum* ou a *iuris et de iure*. Por isso, a peça acusatória há de descrever o fato, com todas as suas circunstâncias, de modo a ser precisado o *thema probandum* (objeto da prova), ademais dos meios e fontes de prova (qual a prova). (GIACOMOLLI, 2014, p. 96).

Outro ponto que dever ser considerado na análise da presunção de inocência como norma probatória, consiste no embasamento de que “a prova a ser produzida no processo pelo órgão acusador não pode ser qualquer prova, mas deve ser uma prova lícita, ou seja, uma prova buscada, produzida, analisada e considerada pelo juiz dentro dos padrões definidos pela Constituição e pelas Leis”. (MORAES, 2010, p. 463).

Como norma de juízo, entende-se a presunção de inocência como a sua própria incidência em momentos considerados decisórios, no momento em que se verificar o material probatório produzido para a construção da convicção judicial. Nas palavras de Moraes, “a presunção de inocência como norma de juízo difere de seus aspectos como norma probatória uma vez que somente poderá ocorrer sobre um material probatório já produzido” (MORAES, 2010, p. 468).

A presunção de inocência se materializa por meio da verificação dos princípios *in dubio pro reo* e *favor rei*, as quais eram aplicadas tanto no campo penal, quanto no campo não penal, uma vez que anteriormente se confundia ambos os princípios pelo fato da separação das áreas jurídicas penal e não penal ser tênue. Entretanto, em razão de evolução técnica passou-se a distinguir tais institutos, bem como impôs-se limitações aos campos de atuação de ambos.

O que cabe destacar na presunção de inocência como norma de juízo é basicamente a sua orientação axiológica aplicada, especialmente pelo *in dubio pro reo* e a necessidade de o magistrado demonstrar o mínimo probatório que se faça necessário para que haja o afastamento do afastamento de tal direito amparado constitucionalmente em todas as suas

decisões penais que vier a proferir.

Cabe ainda ressaltar que a presunção de inocência na constância de ser norma de juízo também possui incidência de forma plena no instituto da revisão criminal.

2. DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE DISPOSITIVOS ILEGAIS ATINENTES AO INSTITUTO E A OSCILAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS DAS CORTES SUPERIORES – STJ E STF.

No que se refere ao que os diplomas legais brasileiros estabeleceram, ao considerarem de maneira clara e positivada de que o encarceramento, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser considerada, nas palavras de Nereu José Giacomolli (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 359), como ação de cunho excepcionalíssima, evitando-a exercer.

Verificamos que apesar de tal classificação e denominação, dispositivos que deveriam ser considerados como ilegais, mas são manejados como legais, permanecem vigentes em nosso ordenamento pátrio, dando a validação ao incidente da execução provisória da pena privativa de liberdade. Dar-se-á também a devida atenção às decisões proferidas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a despeito desta temática.

Ao realizar a análise sucinta do princípio da presunção de inocência, salta-se aos olhos de que se trata como uma garantia que deve acompanhar qualquer acusado, sem quaisquer distinções, devendo perdurar durante todo o trâmite processual, até o momento em que não seja mais plausível a interposição de recursos, ou seja, até o trânsito em julgado.

José Frederico Marques nesse sentido nos demonstra que:

A coisa julgada é qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional entregue com o julgamento final da *res in judicium deducta*, tornando-os imutáveis entre as partes. Com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a *res judicanda* se transforma em *res judicata*, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e a autoridade da *Lex specialis* entre os sujeitos da lide que a decisão compôs. [...] Na coisa julgada material, o julgamento se faz regra imutável para a situação litigiosa que foi solucionada a ele vinculando imperativamente os litigantes e também os órgãos jurisdicionais do Estado, de forma a impedir novo pronunciamento sobre a lide e as questões a ela iminentes. (MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Milenium, 1999. p. 343)

Portanto, pode-se afirmar que contrariar a coisa julgada é ato lesivo ao Estado

Democrático de Direito, pois trata-se de manifestação clara e pura de tal fundamento insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, ressaltando ainda que a coisa julgada visa garantir a segurança jurídica da coisa julgada material.

Ao serem considerados como excelência protetora da Carta Política de 1988, percebemos que o Supremo Tribunal Federal não cumpre com tal papel ao que foi imbuído, pois nota-se clara desobediência a um princípio de suma importância que deve garantir a proteção do indivíduo ante o poder punitivo do Estado: o de ser, presumidamente considerado como inocente, até que o eventual decreto condenatório se torne imutável.

2.1. CONCEPÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A execução provisória da pena privativa de liberdade no Brasil surgiu em decorrência de artigos de natureza inquisitorial estampados no Código de Processo Penal, mais especificamente nos artigos 393, I, 408, § 2º e 594, cuja a literalidade destes pendia para o inverso do determinado na Constituição Federal de 1988.

Este fenômeno pode ser explicado pelo fato de que tais regramentos processuais já estavam previstos e em plena vigência décadas antes da promulgação da atual Constituição. O que é inexplicável é como os mesmos continuaram vigentes até os idos de 2008 e 2011, momentos nos quais a redação do artigo 408, § 2º, foi alterada pela Lei n. 11.689/08, e os artigos 594 e 393 foram revogados pelas Leis n. 11.719/08 e 12.403/11, respectivamente.

Quanto aos artigos 408, § 2º e 594 do Código de Processo Penal, a inconstitucionalidade se consubstancia pelo fato de que tais dispositivos dirimiam que a pessoa condenada, caso desejasse recorrer da sentença recorrível ou da pronúncia deveria, em regra, ser recolhida à prisão ou deveria ser submetida ao Tribunal do Júri, a menos que fosse reconhecida como ré primária ou de considerados bons antecedentes. Não menos era constitucional o artigo 393, I, do mesmo diploma legal, o qual afirmava que como efeitos da sentença penal condenatória recorrível o réu ser preso ou conservado na prisão, tanto nas prisões inafiançáveis como nas afiançáveis enquanto não se prestasse o pagamento da fiança. Ainda em alusão ao referido dispositivo, Alexandre Wunderlich da seguinte forma aponta: “por qual motivo o instituto da fiança criminal obsta a execução da pena e o princípio constitucional da presunção de inocência não?” (WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: Carvalho, Salo de (Org.)

Crítica à execução penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 168, 2005.). Ou seja, havia crassa incongruência da inaplicabilidade do princípio constitucional da presunção de inocência.

Ainda nesta mesma linha de pensamento, Maria Lúcia Karan afirmava que tais dispositivos legais direcionavam ao entendimento equivocado de que a sentença penal condenatória teria como efeito imediato a execução da pena, de maneira provisória. A autora buscava expor o óbvio, que nada mais era a incompatibilidade do conteúdo dos artigos com a garantia constitucional. (KARAN, Maria Lúcia. Garantia do Estado de Inocência e Prisão Decorrente da Sentença ou Acórdão Penais Condenatórios Irrecorríveis. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 11, p. 168, 2005).

A despeito da reforma processualista penal dos idos de 2008, Maurício Zanoide de Moraes afirma que:

A reforma do Código de Processo Penal levada a cabo em meados de 2008 fez com que surgisse um novo alento no tema jurídico das prisões derivadas de decisões judiciais recorríveis. O legislador deixou claro, ao redigir o parágrafo único do artigo 387 (referente às prisões em decorrência da sentença condenatória impugnável) e o § 3º do artigo 413 (sobre prisão provisória derivada de pronúncia), que essas prisões deverão ter como critério legitimador os pressupostos, os requisitos e a finalidade estipulados para a prisão preventiva (art. 312 CPP). MORAES, Maurício Zanoide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 446.

Portanto, criou-se a falsa sensação de que poderia surgir à época um melhor relacionamento do sistema processual brasileiro se amoldando aos preceitos constitucionais, mais especificamente à garantia constitucional da presunção de inocência. Criou-se uma nova perspectiva em relação às prisões derivadas de sentenças penais recorríveis, pois o legislador estabeleceu de maneira clara que os pressupostos de tais deveriam ser alinhados com os mesmos da prisão de cunho preventiva. Com isso, a prisão apenas deveria ser decretada no decurso do trâmite do processo penal caso se verificasse a necessidade de se garantir a ordem econômica, a ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Em matéria de Legislação Especial, cito como exemplo da antecipação inconstitucional da pena o artigo 59 da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), o qual da seguinte forma se encontra redigido: “Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”. O entendimento do STF a respeito deste artigo foi satisfatório, pois no HC n. 83.810, o relator Ministro Joaquim

Barbosa entendeu que este dispositivo é inconstitucional, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Ainda na mesma linha da legislação especial, temos ainda o artigo 2º, §3º da Lei de Crimes Hediondos e o artigo 3º, segunda parte, da Lei de Lavagem de Capitais, nos quais nas palavras de Maurício Zanoide afirma que “os citados dispositivos legais, por sua vez, foram redigidos com outro viés. Não prescrevendo uma prisão provisória como regra, excepcionada apenas em uma gama pequena de hipóteses, determinam que caberá ao julgador, fundamentado em face de cada caso concreto se o condenado provisório deverá permanecer no cárcere ou ser preso, se, neste último caso, até então respondia solto à ação penal.” (MORAES, Maurício Zanoide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 445).

Ante o exposto, a anuência com a efetiva execução provisória da pena privativa de liberdade, sem a existência do trânsito em julgado de sentença condenatória e ainda, sem a existência dos requisitos que embasam a cautelaridade do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal nada mais é do que a legitimação de um processo penal de feições inquisitoriais, como bem expõe Salo de Carvalho, da seguinte maneira:

A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade.

Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena.

Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e a pena?

Trata-se de prisão cautelar?

Não, não estão presentes o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*.

Trata-se de pena?

Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença.

Então, essas modalidades de prisão – decorrente da sentença condenatória recorrível e decorrente da sentença de pronúncia – não são constitucionalmente admitidas; não se enquadram nas modalidades de prisão, aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade.

(CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 60-61).

O que Carvalho quis demonstrar, nos idos de 2006 foi a preocupação quanto ao posicionamento fático das Cortes Superiores à época. A inquietação se faz proeminente, pois se vislumbrava desde então a violação a princípios fundamentais insculpidos pelo constituinte em 1988.

2.2. A TUMA RECURSAL FEDERAL COMO MERO RITO DE PASSAGEM

Em outros diplomas, como o Código de Processo Civil de 2015, há artigos, como o 995, caput, que estipulam que os recursos não produzem eficácia da decisão, exceto quando houver disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Temos ainda o já revogado art. 27, §2º, da Lei n. 9.038/90, que previa que a recepção dos recursos especial e extraordinário devem produzir efeito apenas devolutivo. A importância de citar ambos artigos de seus respectivos textos legais, é a de que ambos não são aplicáveis ao processo penal, não havendo justificativa do fenômeno da incidência da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Apesar do art. 637, do Código de Processo Penal estabelecer que o recurso extraordinário não possui o efeito suspensivo, o ex-Ministro Eros Grau, no julgado do *Habeas Corpus* n. 84.078:

A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Podemos compreender, portanto que a reversão de efeitos na execução provisória da pena privativa de liberdade é impossível, diferentemente do que ocorre no processo civil em relação à garantia real ou fidejussória. Entretanto, devemos compreender que o direito de recorrer não deve ser usurpado do cidadão. Logo, a ausência do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, deve ser rechaçado em atenção ao princípio da presunção de inocência, por este ser elemento basilar da Carta Constitucional, suprimindo desta falta a falta da previsão legal da suspensão da eficácia da sentença condenatória refutada por meio de tais recursos.

A impossibilidade do indiciado recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo como argumento a ausência do efeito suspensivo nos recursos na esfera federal, ou pela materialização pelo duplo grau de jurisdição, nada mais é do que a comprovação de que os Tribunais Superiores, além de não resguardarem o condenado, violam o reexame específico da sua tutela jurisdicional. Há, então a caracterização de uma via

recursal de mero rito de passagem, sendo caracterizado como passivo e inerte frente às decisões proferidas em instâncias inferiores.

Por fim, deve-se caracterizar tal fenômeno como prática semelhante à países autocráticos, nos quais não há o reconhecimento de direitos básicos aos cidadãos, repudiando e desprezando desta maneira o direito fundamental de qualquer cidadão de que sempre seja considerado como inocente, até que enfim ocorra o trânsito em julgado, culminando em sua condenação penal.

2.3 OSCILAÇÕES DE INTERPRETAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao analisarmos a trajetória da discussão acerca da matéria nos Tribunais Superiores, bem como no Supremo Tribunal Federal, percebemos que há oscilações em vários momentos, principalmente se considerarmos o contexto fático-social que se enquadra cada decisão. Trata-se de decisões conflituosas, que contemplam ambas as correntes, favoráveis e desfavoráveis à execução provisória da pena.

Entretanto, salienta-se que após os recentes julgados do *Habeas Corpus* 126.292, bem como nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, o posicionamento favorável à execução provisória da pena se tornou sedimentado dentro do entendimento das Cortes Superiores.

2.3.1. OSCILAÇÕES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos idos dos anos 90, apesar do texto constitucional ainda estar “fresco”, constata-se que, apesar da formulação da Súmula n. 9 que assegurava que a exigência da prisão provisória, para que pudesse propor apelação não ofendia a garantia constitucional da presunção de inocência, o posicionamento da Corte era no sentido de que se constituía como impossível a execução provisória da pena privativa de liberdade.

Tal posicionamento se evidencia ao pesquisar sobre julgados da época, como o seguinte decidido no RHC 2306/SP, proferido pela Quinta Turma, em 25 de novembro de 1992, tendo como relator o Ministro Jesus Costa Lima, julgado da seguinte:

PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRISÃO PROVISÓRIA. REGIMES.

PROGRESSÃO.

1. “A EXIGENCIA DA PRISÃO PROVISORIA, PARA APELAR, NÃO OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA” (SUMULA 09 – STJ)
2. O CONDENADO PODE APELAR EM LIBERDADE, SE A SENTENÇA O CONSIDEROU PRIMARIO E COM BONS ANTECEDENTES. OS DOIS REQUISITOS DEVEM ESTAR REUNIDOS.
3. A PRISÃO CAUTELAR, EM CASOS TAIS, TEM POR FIM ASSEGURAR O PROPRIO RESULTADO DO PROCESSO, COM O CUMPRIMENTO DA PENA, EVITANDO QUE O CONDENADO VENHA A EVADIR-SE.
4. A PRISÃO CAUTELAR CUMPRE-SE EM REGIME FECHADO, SEMPRE QUE POSSIVEL SEPARANDO-SE O PRESO DAS PESSOAS DEFINITIVAMENTE CONDENADAS.
5. A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, AINDA QUE ESTABELECIDO O REGIME SEMIABERTO, TRANSITADA A SENTENÇA EM JULGADO, E DA COMPETENCIA DO JUIZO DA EXECUÇÃO, INCLUSIVE A PROGRESSÃO PARA REGIME MENOS RIGOROSO, OBEDECIDOS OS REUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS.
6. RECURSO CONHECIDO, POREM IMPROVIDO

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 2306/SP**, Quinta Turma. Recorrente: José Eduardo Ferreira Pimont. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Paulo Luiz Chiavegatti. Relator Ministro Jesus Costa Lima. Brasília, DF, julgamento em 25 de novembro de 1992. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199200271839&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em 03 de março de 2019.

Tanto esse, como outros julgados da década de 90 entendiam pela inexequibilidade da sentença antes do devido trânsito em julgado, por ser ação considerada como contrária ao o que apregoava a Constituição Federal recém promulgada, em 1988. Entendia-se que tal prática seria ato lesivo ao princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, inconstitucional.

No entanto, no final da década de 90, houve brusca alteração do entendimento de tal Corte, entendendo pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, por compreender a ausência do efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário. Vemos tal posicionamento no seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINARIO. EXECUÇÃO PENAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. EFEITO. CONTRA DECISÃO CONDEANTORIA DE SEGUNDO GRAU CABEM, APENAS, EM PRINCIPIO, RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINARIA – RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINARIO – SEM EFEITO SUSPENSIVO (ART. 27, PARAG. 2 DA LEI N. 8.038/90), RAZÃO PELA QUAL PODE SER DADO CUMPRIMENTO AO MANDADO DE PRISÃO EM FORMA DE EXECUÇÃO PROVISORIA. WRIT INDEFERIDO.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 6209/SP**, Quinta Turma. Impetrante: Rogério Maud. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Paciente: Ettore Ponzetta. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, julgamento em 27 de outubro de 1997. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199400277202&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em 03 de março de 2019.

Posteriormente, no ano de 2004, percebe-se uma brusca mudança no entendimento firmado de que a execução provisória da pena privativa de liberdade feria gravemente ao princípio da presunção de inocência. Houve, neste momento, a divisão da corte em duas correntes distintas: a que reconhecia a execução provisória da pena como violadora ao princípio da presunção de inocência, e a que entendia pelo não rompimento do princípio citado pela execução provisória da pena privativa de liberdade. Temos o seguinte julgado como notório exemplo de tal mudança de entendimento:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO MATIDA EM APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VERIFICAÇÃO.

1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. A determinação da prisão, após o julgamento da apelação, mas antes do trânsito em julgado, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.
3. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 72726/SP**, Sexta Turma. Impetrante: Ilana Muller. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Antônio Marcos Pimenta Neves. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, julgamento em 20 de novembro de 2007. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200602766835&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em 03 de março de 2019.

Entretanto, nos idos de 2009, houve o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, o qual irradiou seus efeitos na jurisprudência das Cortes infraconstitucionais, por constatar-se casuística de repercussão geral. Temos como exemplo o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTERPOSIÇÃO DE RECRUSOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, 'ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP' (Informativo 534).
2. Sendo decisão do Plenário do STF, a fidelidade ao enunciado sumular 267/STJ ao se justifica, porquanto somente traria ônus ao paciente.
3. Ordem concedida para determinar a expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, a fim de que permaneçam em liberdade até o trânsito em julgado da

condenação, sem prejuízo de que venha a ser decretada a custódia cautelar, com demonstração inequívoca de sua necessidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 122191/RJ**, Quinta Turma. Impetrante: Matusalem Lopes de Souza Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Sérgio Xavier da Silva e outro. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, julgamento em 04 de junho de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900111978&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em 04 de março de 2019.

Se torna perceptível a partir desta decisão que a Corte havia firmado o entendimento que, caso não houvesse o preenchimento dos requisitos que possibilitam a prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal), a prisão somente se constituiria a partir do trânsito em julgado da sentença penal. O último registro disponível da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se faz contrário à execução de maneira provisória da pena de cunho privativa de liberdade, é data de 17/12/2015.

Entretanto, no outro ano, mais especificamente em 17/02/2016, ocorreu o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, o qual emanou os seus efeitos imediatamente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. É o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO E CORRUPÇÃO PASSIVA. ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. OBJETIVO DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. MARCO DEFINIDOR. RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. RECURSO ESPECIAL. JÁ ANALISADO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. NOVAS DIRETRIZES DO STF. POSSIBILIDADE

[...]

4. A decisão proferida pela composição plena do STF, no *Habeas Corpus* n. 126.292-SP (ainda não publicado), indica que a mais elevada Corte do país, a quem a *Lex Legis* incumbe a nobre missão de ‘guarda da Constituição’ (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky – juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália –, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se a gravidade do quando de ‘desarrumação’ do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal.
5. Sob tal perspectiva é possível assimilar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma visão também objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais.

6. O aresto proferido pelo STF sinaliza que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ver desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em malferimento ao princípio da não culpabilidade. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidido que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC m. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos.
7. Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. Tal seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à vol *d'oiseau*, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação
8. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1484415/DF**, Sexta Turma. Embargante: Benedito Augusto Domingos. Embargado: Ministério Público do Distrito Federal. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, julgamento em 03 de março de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 04 de março de 2019.

A partir da leitura das ementas, evidencia-se que o embasamento da decisão foi de tão somente de que o se decidiu foi fundamentado com base no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, apesar de constar o reconhecimento de que tal prática pode ser lesiva a direitos e garantias fundamentais.

2.3.2. OSCILAÇÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para que se possa fazer uma análise sucinta e concreta do posicionamento da Corte Máxima no ordenamento jurídico brasileiro, devemos remontar aos idos do ano de 1982, antes mesmo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nas decisões proferidas pela Corte até o posicionamento atual, na qual se reconhece a execução provisória da pena privativa de liberdade antes da concretização do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A primeira análise que será realizada é datada de 11 de maio de 1982, sendo a seguinte:

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo relativamente à execução da pena imposta em sentença-criminal. A regularização da duração da reprimenda, para ser atendida em habeas corpus, pressupõe comprovada inequivocamente a irregularidade ou ilegalidade, pois, de regra, constitui incidente inerente à execução da competência do respectivo juiz de primeiro grau. 'Habeas corpus' indeferido.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 59757/MG**, Primeira Turma. Impetrante: Antônio Carlos Rodrigues. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Paciente: Antônio Carlos Rodrigues. Relator Ministro Soares Munoz, Brasília, DF, julgamento em 11 de maio de 1982.

A próxima análise a ser realizada é datada de 1987, sendo a seguinte:

HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO. FIANÇA – DEFEITO DE INTIMAÇÃO QUE FOI SANADO COM O COMPARECIMENTO DO RÉU, QUE APELOU. PROCEDENCIA DA ALEGAÇÃO DE TER ELE DIREITO A PRESTAÇÃO DE FIANÇA PARA APELAR SOLTO. HABEAS CORPUS DEFERIDO.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 62423/DF**, Segunda Turma. Impetrante: Décio Costa Ferraz e outro. Paciente: Pedro Hajji Coutinho Ribeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, julgamento em 07 de dezembro de 1984.

Verificamos em ambos os julgados que a motivação da execução provisória da pena é tão somente o seguimento ao que dita o art. 637, do Código de Processo Penal, o qual dirime que não há óbices em tal ação por conta de os recursos extraordinários não possuírem em sua essência o efeito suspensivo. Nota-se também a incidência do art. 594, do Código de Processo Penal, que afirmava que o réu só poderia apelar quando o mesmo se recolhesse à prisão ou então caso prestasse fiança.

Importante salientar que mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o posicionamento da Suprema Corte continuou inalterado no que se refere à temática, como podemos analisar no seguinte julgado:

'HABEAS CORPUS'. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 5º, ITEM LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O dispositivo do item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que 'ninguém será considerado culpado até o réu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegura a liberdade provisória, o que decorre do disposto em outros preceitos da Carta Magna, tais como itens LIV, LXI e LXVI, do mesmo art. 5º.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 68037/RJ**, Segunda Turma. Impetrante: Wilson Lopes dos Santos e outros. Paciente: Castor Gonçalves de Andrade Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, julgamento em 10 de maio de 1990.

Na sequência outros julgados continuaram seguindo este posicionamento supracitado por um longínquo período, viabilizando a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, exclusivamente em decorrência da ausência do efeito suspensivo do recurso extraordinário.

O panorama jurisprudencial do Supremo permaneceu inalterado, até que no ano de 2003, a partir da Reclamação n. 2391/PR, havendo alteração da jurisprudência de tal Corte. Nesta Reclamação foram sustentados os seguintes pontos: a) a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n. 9.034/95 (revogada pela Lei n. 12.850/13), que previa a impossibilidade de o réu poder apelar em liberdade caso cometesse algum crime atrelado à prática de crimes correlacionados à organizações criminosas; b) a interpretação plena do art. 3º da Lei n. 9.613/98 (posteriormente revogado pela Lei n. 12.683/12) em conformidade com o texto constitucional; e c) a impossibilidade de haver execução provisória da pena privativa de liberdade. Tal empecilho gerou como efeito imediato a liberação de todos aqueles réus que não possuíssem sentença penal condenatória transitada em julgado, até que tal questão fosse dirimida, tendo como exemplo o seguinte julgado:

HC: questão pendente de decisão do Plenário, no qual já conta com diversos votos favoráveis à tese da impetração: “inadmissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade”: deferimento liminar da liberdade provisória do paciente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83584/SP**, Primeira Turma. Impetrante: Brenio Apio Bezerra Filho. Paciente: Ênio de Jesus Mais. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, julgamento em 16 de dezembro de 2003.

Enfim, a Resolução n. 2.391 acabou sendo prejudicada, tendo em vista que os réus que se encontravam reclusos pleitearam a providencia da liberdade a partir da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Com isso, as decisões do Supremo voltaram a entender pela validação da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

No entanto, ao analisarmos as decisões de 2007, percebemos uma tendência da jurisprudência da Corte estar apta a passar por alterações, a partir do entendimento firmado no HC 89952/MG, que alegou que “era incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a segregação cautelar baseada, exclusivamente, na disposição legal que prevê efeitos meramente devolutivos aos recursos excepcionais”, sendo o julgado o seguinte *in verbis*:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A SEGREGAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VALOR PREVALENTE. ORDEM CONCEDIDA. I – Viabiliza-se a superação do teor da Súmula 691 do STF quando o indeferimento liminar fundamenta-se em Verbete do STJ que esteja em confronto com a orientação jurisprudencial desta Corte relativa aos direitos fundamentais. II – É incompatível com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a segregação cautelar baseada, exclusivamente, na disposição legal que prevê efeitos meramente devolutivos aos recursos excepcionais. III – Ordem concedida.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91183/SP**, Primeira Turma. Impetrante:

Fernando da Costa Tourinho Filho. Paciente: José Pedro Ormelezi. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgamento em 12 de junho de 2007.

Finalmente, em 05 de fevereiro de 2009, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal considerou, por maioria dos votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA'. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente'. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil.

[...]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078/MG**, Tribunal Pleno. Impetrante: João Eduardo de Drumond Verano e outro. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009.

Salienta-se que o último julgado registrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual se posicionava contrário à execução provisória da pena privativa de liberdade, foi datado em 09 de junho de 2015, no HC 107710/SC, o qual estipulou a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória e 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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292/SP**, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016.

Em síntese, salta aos olhos que a trajetória do entendimento jurisprudencial acerca da execução provisória da pena, ao firmar-se a legitimidade da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, há lesai de um dos mais importantes institutos de proteção, por dirimir sobre questões que envolvem garantias e direitos fundamentais de todos os cidadãos.

3. CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES DO STF

A decisão nos julgados do STF, como o *Habeas Corpus* n. 126.292, bem como o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 obtiveram como efeito imediato o retrocesso de toda a sistemática penal brasileira à um sistema anterior ao Estado Democrático de Direito, pois como afirma Paulo Saint Pastous Caleffi, a partir de tais decisões os direitos dos cidadãos deixaram de ser a prioridade para o Estado, fazendo com que a Constituição Federal perdesse a representatividade da garantia de soberania do povo ante as instituições estadistas. (CALEFFI, Paulo Saint Pastous, p. 103, 2015).

Portanto, se tornou ineficaz a premissa de que todo cidadão deve ser considerado como inocente até que haja o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Perdeu-se a aplicabilidade e eficácia da norma, passando a viger somente de maneira fabulosa, distante da realidade do judiciário brasileiro. Adiante, ao passar pela análise do voto do já falecido Ministro Teori Zavascki nos julgamentos supracitados, haverá a análise de como isto se irradiou na sistemática processualista penal e no sistema penal brasileiro, o qual há anos vem sendo massacrado, servindo como mero reduto social de exclusão e marginalização.

3.1. ANÁLISE CRÍTICA DOS VOTOS DOS MINISTROS

Neste item, o principal objetivo é analisar de maneira correlata com o contexto fático-social as decisões proferidas pelos ministros do egrégio Superior Tribunal Federal, que de maneira errônea deram interpretação diversa ao conteúdo do Princípio da Presunção de Inocência, equiparando-o num contexto que abarca outras sistemáticas processualistas estrangeiras. O erro crasso se encontra ao compreendermos que a adoção de tal analogia ao nosso sistema deveria ser repugnada, pois a mesma é conflituosa com os nossos mandamentos constitucionais.

O primeiro voto a ser analisado é o do Ministro Teori Zavascki, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, que é o julgamento que será adotado como referencial para a narrativa dos julgamentos que se sucederão. O ministro à época argumentou que deve ser observado necessariamente

o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019.

O ministro elabora o seu voto enfatizando que, além do alcance e o equilíbrio a serem objetivado, “*a execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988*”, e que a “*a alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG*”, julgamento no qual se firmou o entendimento de que o princípio da presunção de inocência se mostrava incompatível por inteiro à possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ao abordar o próprio princípio em si, o ministro da seguinte maneira enfatizou:

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as

partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019.

Em ato contínuo, o mesmo ministro afirma que “*o plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas*”. Porém, a base sustentadora do julgamento começou a se modelar quando o mesmo afirmou que é no juízo de apelação que

fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019.

Ponderando a via revisional criminal, o Ministro Zavascki frisou ainda que “*é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, portanto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado*”. Não satisfeito, ainda completa da seguinte forma: “*os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se presam ao debate de matéria fática probatória.*” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019).

Conseqüentemente, ainda houve o apontamento de que, pelo entendimento de os recursos especiais e extraordinários possuírem “*âmbito de cognição estrito à matéria de direito*”, e se fazendo ainda presente “*em segundo grau de jurisdição, em juízo de*

incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária”, afirma-se que o seu pensamento estava em conformidade com a afirmação de que seria “*inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.*” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019).

As pronúncias supracitadas são nada mais que a justificativa da negativa do efeito suspensivo atribuído aos recursos extraordinários, previsto em texto infraconstitucional (art. 537, do Código Penal Brasileiro e no já revogado art. 27, §2º, Lei n. 8.038/90). Adiante, no próximo tópico do voto, vemos o ministro relativizando o princípio da presunção de inocência sob a seguinte ótica:

a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019.

Como forma de dar maior plausibilidade ao seu posicionamento, o relator ainda cita que a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), da seguinte forma afirma:

em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019.

Como já amplamente debatido em momento anterior, não compete à lei infraconstitucional violar indiscriminadamente a principiologia apregoada pela Constituição

da República Federativa do Brasil, haja visto que aquelas devem obediência direta para esta. O ministro ainda buscou sustentação no voto da Ministra Ellen Gracie no julgamento do *HC* n. 85.886, no qual aferiu que “*em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema*”. Ao citar demais países, o ministro se apoiou no ordenamento jurídico de países como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Canadá, França, Espanha, Portugal e Argentina, nos quais o duplo grau de jurisdição promovem a execução provisória da pena privativa de liberdade sem o devido trânsito em julgado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019).

O relator ainda afirmou que não se configura como medida arbitrária, mas de fato plausível, a possibilidade de o julgador determinar de pronto o imediato cumprimento da pena, sendo cabível, inclusive, a restrição de liberdade do acusado, após consolidada a responsabilidade da culpa criminal pelas instâncias de natureza ordinária. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>, acessado em 26/03/2019).

Caminhando para o fim de seu voto, o mesmo ainda afirmou que “*podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias*”, no entanto, “*para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena.*”. Dando prosseguimento, Teori Zavascki da seguinte maneira finalizou o seu voto:

poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

O voto do relator foi seguido pelos Ministros Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Carmén Lúcia e Luís Roberto Barroso, efetivando desta maneira a plausibilidade da execução provisória da pena sem o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3.2. A INAPROPRIADA COMPARAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM FULCRO EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Conforme citado no tópico anterior, o Ministro Teori Zavascki, relator do *Habeas Corpus* n. 126.292, apontou na sustentação do seu voto que alguns outros países autorizariam a execução provisória da pena privativa de liberdade, resolvida a fase do duplo grau de jurisdição. O posicionamento se demonstra errôneo, pois a questão paradigmática aqui não é considerar quais países que acatam a execução provisória da pena, mas sim verificar quais destes países elencados adotam, sem seus respectivos ordenamentos jurídicos, a garantia constitucional do trânsito em julgado para que se dê início ao compute da execução da pena. Neste diapasão, temos o voto divergente do Ministro Celso de Mello, que da seguinte forma afirma:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

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. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>,
acessado em 26/03/2019.

É importante ressaltar ainda que o ministro relator da garantia constitucional pleiteada, elabora de maneira equivocada um rol taxativo, pois enquadra em tal países como Portugal e Alemanha. Na constituição portuguesa, por exemplo, o princípio da presunção de inocência se encontra insculpida no art. 32, nº 2, da seguinte forma: “*todo o arguido se presume inocente*”

até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. (PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**).

A doutrinadora portuguesa Alexandre Vilela afirma ainda que,

A presunção de inocência é muito mais que uma simples regra probatória que determina que a prova de culpabilidade deva ser feita pela acusação. Antes possui ainda, e também, uma profunda ligação com a liberdade individual do arguido, o que se começa a revelar desde o momento em que se inicia o processo até ao momento em que é proferida a decisão final irrecorrível. (VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 291.)

Outro doutrinador português que aborda a temática debatida é Jorge Figueiredo Dias, que afirma em sua obra *Direito Processual Penal* que, o direito a ser presumido o acusado como inocente, trata-se de um direito subjetivo público, que possui duas funções primordiais: o direito do acusado receber tratamento digno e em conformidade com a sua condição de presumidamente inocente, até que se prove ao contrário. Há ainda a visão de que o direito de ser condenado após uma extensa formulação de matéria probatória, a qual deve ser unificada de matéria comprobatória, deve se encontrar neutra à qualquer dúvida que paira na decisão do julgado. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 198, v. 1.)

Portanto, não restam dúvidas de que a presunção de inocência além de ser um dos pilares que dão sustentação ao ordenamento processual penal português, trata-se ainda de um direito subjetivo, que visa resguardar o indivíduo do poder arbitrário do Estado “*baseado numa opção política, que resulta da convicção que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal*” (BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32, nº 2, da CRP). **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, n. 70, p. 456, 1994).

Outro doutrinador processualista de nossa ex metrópole do remoto tempo colonial que aborda a temática é João Castro Souza, que afirma que o princípio da presunção de inocência “*impõe que qualquer limitação à liberdade do arguido anterior à condenação com trânsito em julgado deva não só ser socialmente necessária, mas também suportável*”. Ou seja, o recolhimento do acusado à pena privativa de liberdade no decurso do processo deve ser restringido somente ao cabimento das condições impostas pela prisão preventiva. Razão esta que colabora à justificativa de que o Ministro Teori Zavascki se equivocou, pois, a execução

da pena privativa de liberdade nos ditames do processo penal português não ocorre com a efetivação do duplo grau de jurisdição.

Já a Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, datada de 1949), deve-se destacar que não há a contemplação expressa de tal princípio em seu texto, apesar de seu órgão jurídico superior, o Tribunal Federal Constitucional, considera-lo incluído ao princípio do Estado de Direito, que é um dos norteadores daquela sistemática jurídica, como afirma Paulo S. P. Caleffi.

O ordenamento jurídico alemão estabelece que a viabilidade da prisão em caráter preventivo, deve ser fundamentada, não podendo em quaisquer hipóteses se configurar como antecipação da pena. Portanto, em regra, estabelece-se que para que haja o efetivo início do cômputo da execução da pena, deverá haver decisão transitada em julgado pelo Tribunal Federal de Justiça, o que equivale ao Superior Tribunal de Justiça em nosso ordenamento. Como explica Gilmar Mendes, há uma diferença abissal entre o nosso ordenamento com o deles, pois lá não há a existência da Corte Constitucional eivada de instância jurisdicional. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**; aspectos políticos e jurídicos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 14.)

Assim sendo, demonstra-se a completa equivocação do relator valer-se do sistema alemão para justificar a sua decisão, pois este se assemelha em vários aspectos à normativa brasileira, no qual após a decisão pronunciada pelo juízo *a quo*, haverá a análise da apelação (*die Berufung*) por um tribunal especificamente regional e, somente então a posteriori, haverá a impetração do recurso de cassação (ora denominado como *die Revision*), o qual podemos afirmar que se equivale ao recurso especial. (JUY-BIRMANN, Rudolphe. O Sistema Alemão, In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad.: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro, Lumen Juris. p. 56-57.)

Ainda não se esquivando do sistema alemão, temos a citação de Claus Roxin, Klaus Tieddemann e Gunther Arzt, que da seguinte maneira narram, que

O efeito suspensivo da impugnação denota que a decisão não transitará em julgado e, por conseguinte, não poderá ser executada. Apenas a apelação e a revisão desenvolvem esse efeito de impedimento da execução da decisão impugnada (§§ 316 e 343 do CPP Alemão), em compensação, ele não existe no agravo (§ 307 do CPP Alemão). Portanto, uma ordem de prisão será executada ainda que interponha agravo contra a sua decretação. Apelação e revisão dirigem-se contra sentenças, enquanto agravos orientam-se contra resoluções e disposições. (ROXIN, Claus; ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Trad.: Gersélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 220.)

Evidencia-se, portanto, que, apesar de haver discrepâncias em caráter procedimental, a execução provisória da pena privativa de liberdade após o quesito do duplo grau de jurisdição não pode ser categorizada como regra prima na sistemática processualista penal alemã, demonstrando-se completamente o oposto a isto.

3.3. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 283 do CPPB sofreu uma alteração respeitável em 2011, com a promulgação da Lei n. 12.403/2011, por meio da qual o legislador garantiu de maneira explícita a garantia prevista na Constituição Federal, ao legislar da seguinte forma:

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.

De imediato, deve-se considerar o artigo supracitado como norma categorizada como regra geral do sistema processual. Portanto, a partir da análise breve do dispositivo, compreende-se que o recolhimento do acusado à prisão deve ser dado de maneira fundamentada, a qual acarretará em prisão preventiva.

À época do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, Lenio Streck da seguinte maneira afirmava:

O artigo 283 é, por assim dizer, uma questão pré-judicial e prejudicial. Ele é barreira para chegar ao resultado a que chegou a Suprema Corte. [...] o próprio relator, ministro Teori Zavascki, contrariara posição que assumira como ministro do Superior Tribunal de Justiça na Reclamação n. 2.645, em que ficou assentado – corretamente – que *o judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei se a declarar formalmente inconstitucional* (esse enunciado constitui a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o judiciário pode deixar de aplicar uma lei).

Assim, o STF contrariou uma jurisdição constitucional, naquilo que ele próprio vem estabelecendo. Veja-se, nesse sentido, a Súmula Vinculante n. 10, pela qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato por normativo do poder público, afasta sua incidência, ao todo ou em parte”.

[...] por que existe a SV 10 e o artigo 97 da CF? Simples: *É pra evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado* para se chegar a um determinado resultado. No caso, o STF afastou – sem dizer – a incidência do artigo 283. E ao não dizer e fundamentar devida e claramente, fez algo que ele mesmo proíbe aos demais tribunais. (STRECK, Lenio Luiz. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev->

Ante a análise, evidencia-se que a não observância do que dispõe o artigo 97 da Constituição Federal de 1988, bem como do que dispõe a Sumula Vinculante n. 10 do próprio STF causou estarrecimento e indignação aos estudiosos jurídicos, pois não houve justificativa plausível que desse causa à não fundamentação da completa exclusão da apreciação de ambos pelo Supremo Tribunal Federal. Estima-se, então, que a decisão pode ser categorizada como puramente para alcançar um fim-social, que justifique a execução privativa da pena de liberdade, não importando se tal ação vá contra súmulas e artigos constitucionais.

Em razão de tal não fundamentação, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, as quais tinham o condão de estabelecer a harmonização do artigo 283 do CPP com o texto da Constituição. Restou-se então duas opções viáveis para os ministros de tal órgão: a) concordar que a decisão proferida na decisão do julgamento do *HC* n. 126.292 foi conflituoso ao que dispõe o artigo 283 do CPP e, com isso, realizar a reforma da decisão; b) outra saída seria decretar de uma vez por todas que o referido artigo processual é inconstitucional em sua essência e aplicabilidade. A saída apontada pelos ministros, infelizmente, não foi nenhuma das opções acentuadas. Na verdade, optaram pelo reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado e não reconheceram que “*em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado*” como regra absoluta. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 05 de outubro de 2016. Disponível em: <https://stf.jus.br/penal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 27 de março de 2019).

No mesmo sentido ao apontamento, temos a visão de Eugênio Pacelli de Oliveira, que afirma “a nova redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar, jamais descumprir”. Nesse sentido, quando houve a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e não legitimar o valor do conteúdo de tal, os egrégios ministros da Suprema Corte, ao menos em sua maioria, acabaram realizando a sedimentação da interpretação semântica da expressão “trânsito em julgado”, a qual acabou por violar de maneira contundente a Constituição Federal, ocasionando na denominada *fraudem legis*. (OLIVEIRA,

Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 493).

Por fim, deve-se ressaltar a decisão de um dos ministros que se auto declararam favoráveis à execução provisória da pena, o senhor ministro Gilmar Mendes, que em uma de suas renomadas obras acentuou que “a experiência histórica de diversos países parece confirmar que os eventuais detentores do poder, inclusive o legislador, não são falíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”. Ao considerarmos o contexto fático-jurídico atual, salta aos olhos que os togados deveriam ter se consubstanciado na declaração do ministro, embora seja mais fácil e cômodo reconhecer os erros e imperfeições alheios do que os próprios (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: IBDC, 1998, p. 28.).

Conclui-se então a percepção de que não devemos considerar a estranheza de alguém que não reconheça a valoração de um dos princípios basilares constitucionais (art. 5º, LVII, CF/88), tenha considerado um simplório artigo infraconstitucional, de origem processualista penal (art. 283, CPP). Nada como mais atrativo se deixar levar por devaneios rasos, sucumbindo à tentação do abuso de poder que ali dispõe e da perversão de cunho ideológico. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 451).

CONCLUSÃO

Ao conferirmos o que foi debatido no presente trabalho, se percebe que a discussão do tema é de notória relevância tanto para a sociedade quanto para o Direito Brasileiro, pois estamos presenciando uma interpretação errônea da Constituição Federal – Diploma que conceituadamente tem o condão de delimitar o norte do sistema jurídico – por parte do Supremo Tribunal Federal, algo que é inconcebível no Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem com premissas estabelecer as suas próprias normas, conforme a vontade representativa do povo, cabendo ainda ao Estado observar tais imposições e ainda as obedecer fielmente, independente das circunstâncias. O objetivo almejado com isso é de que todo o sistema seja baseado em regras e objetivos a serem alcançados por meio de políticas sociais e a prática da justiça em todos os polos, buscando-se a equidade.

Entretanto, as recentes decisões da Corte Suprema se contrapõem a expressões legais, tanto de cunho constitucionais como de cunho infraconstitucionais, pois além de violar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, viola ainda o Código de Processo Penal Brasileiro e a Lei de Execuções Penais, como restou-se demonstrado, gerando assim um acentuado grau de instabilidade jurídica, sendo que há mutações de interpretação e até mesmo flexibilizações normativas ilegais, que ferem princípios constitucionais.

É evidente que as repentinas mudanças de entendimento, bem com a ordem que prevalece atualmente, ferem diretamente o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, pois tal dispositivo tem o condão de assegurar, de maneira expressa, que ninguém poderá ser declarado como culpado até que se transite em julgado a sentença penal condenatória.

Em matéria infraconstitucional, fere os artigos 105, 147 e 160 da Lei de Execução Penal, pois estes nos apontam que a execução deverá ser iniciada assim que se dê como entendida como transitada em julgado a sentença penal condenatória.

A decisão proferida pelos Ministros do STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, bem como no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, ainda afastou as possibilidades práticas da aplicabilidade do instituto da prisão preventiva, que se encontra previsto no Código de Processo Penal, em seu artigo 312, uma vez que se

passou a não ser mais obrigatório justificar e fundamentar em que se baseia a necessidade do acusado de ser preso antes que se tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória. Houve, portanto, uma supressão de um princípio por outro, ou seja, a execução provisória da pena ante a declaração de prisão preventiva.

Vale ainda, por fim, salientar que não é cabível em tal hipótese uma análise interpretativa de cunho comparativo, pois se buscou, de fato, respaldo em ordenamentos estrangeiros que observam e concedem a possibilidade de execução provisória da pena. Entretanto, não foi analisado que em tais ordenamentos, não há óbices que impeçam tal execução em suas respectivas Constituições, ignorando-se assim o que dispõe a nossa Carta Política de 1988, que é o diploma legal que rege todas as demais normas, que inclusive a devem obediência, não excluindo de tal imposição o que resta por decidido em todos os tribunais de todas as esferas na jurisdição nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009;
- BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Giuffrè, 1973;
- BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32, nº 2, da CRP). **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, 1994;
- CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017;
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998;
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;
- FELDENS, L. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;
- FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 6. ed. Trad: Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014;

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991;

JUY-BIRMANN, Rudolphe. O Sistema Alemão, In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos Penais da Europa**. Trad.: Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005;

KARAN, Maria Lúcia. Garantia do Estado de Inocência e Prisão Decorrente da Sentença ou Acórdão Penais Condenatórios Irrecorríveis. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 11, 2005;

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1;

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Milenium, 1999;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994;

MORAES, Mauricio Zanoide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012;

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Desafios do neoconstitucionalismo: a aplicação das normas constitucionais e a tensão entre justiça e segurança jurídica. In: QUARESMA, Regina (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000;

WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: Carvalho, Salo de (Org.) **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.