



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

CAIO MATHEUS FERREIRA MAIA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO
CONFRONTADA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

MOSSORÓ/RN

2018

CAIO MATHEUS FERREIRA MAIA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO
CONFRONTADA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientador: Prof. Ms. Wallton Pereira de Souza Paiva

MOSSORÓ/RN

2018

CAIO MATHEUS FERREIRA MAIA

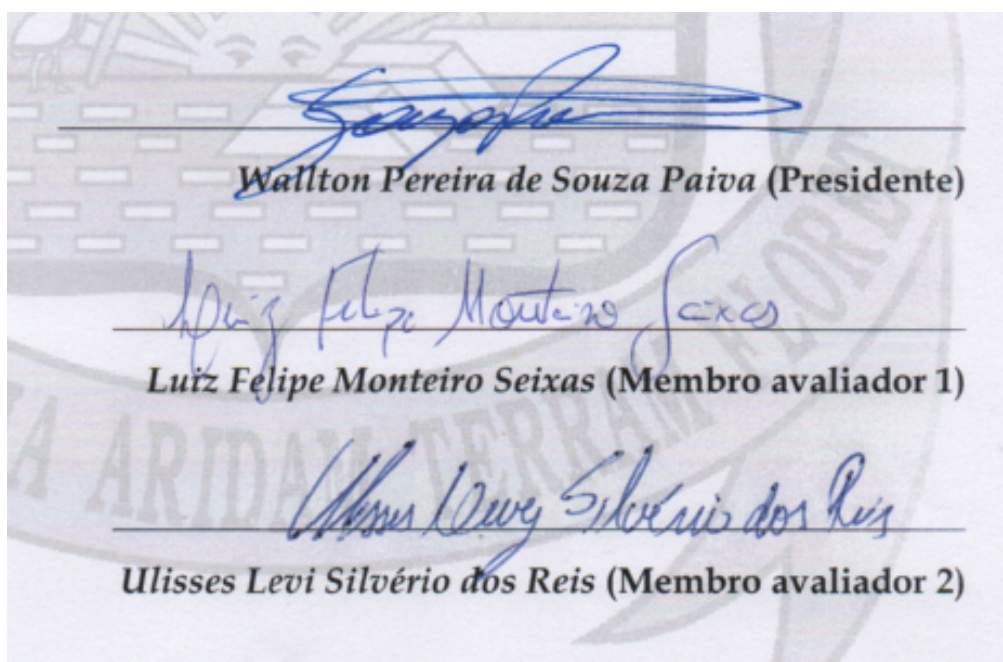
**EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO
CONFRONTADA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientador: Prof. Ms. Wallton Pereira de Souza Paiva

APROVADA EM: 04 / 04 / 2018

BANCA EXAMINADORA



Wallton Pereira de Souza Paiva
Wallton Pereira de Souza Paiva (Presidente)

Luiz Felipe Monteiro Seixas
Luiz Felipe Monteiro Seixas (Membro avaliador 1)

Ulisses Levi Silvério dos Reis
Ulisses Levi Silvério dos Reis (Membro avaliador 2)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	09
2.1 TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS.....	09
2.2 CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	11
2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL.....	13
3 EXECUÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	15
3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E EXECUTÓRIOS.....	15
4 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	18
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS.....	28

EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO CONFRONTADA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA¹

Caio Matheus Ferreira Maia²
Wallton Pereira de Souza Paiva³

RESUMO

A presente pesquisa tem o fito de promover uma análise com base na execução provisória da pena privativa de liberdade, iniciada a partir da confirmação da sentença pelo tribunal de segunda instância, sob a perspectiva do princípio da presunção de inocência, confrontando o referido princípio com a decisão que permitiu a execução. A Constituição Federal aduz explicitamente em seu rol de direitos e garantias fundamentais que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, enquanto não esgotarem as possibilidades de recursos e o *decisum* tornar-se imutável. Ocorre, porém, que o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente pela possibilidade de iniciar a execução da pena privativa de liberdade quando o acórdão condenatório ainda estiver pendente de recurso especial ou extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado. A decisão travou acirrada discussão entre os operadores do direito e dos próprios ministros do órgão de cúpula do poder judiciário, uma vez que, para alguns, a decisão vai de encontro com o texto expresso na Carta Magna Pátria, mitigando garantia constitucionalmente prevista. Dessa forma, analisa-se o instituto da execução provisória da pena tendo como foco principal o debate doutrinário acerca da mitigação ou não do princípio da presunção de inocência, cláusula pétrea do ordenamento jurídico. Utilizou-se o método de pesquisa qualitativo e explicativo, através do qual foi possível estudar a respeito do tema por meio da doutrina e jurisprudência pertinentes.

Palavras-chave: Execução Provisória; Pena Privativa de Liberdade; Princípio da Presunção de Inocência; Direitos e Garantias Fundamentais.

¹ Artigo apresentado à Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), como parte dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito.

² Graduando o 11º período em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido – campus Mossoró-RN, 2018. caiocce@hotmail.com

³ Orientador. Especialista em Direito Penal. Professor da Universidade Federal Rural do Semiárido. wallton.paiva@ufersa.edu.br

THE PROVISIONAL EXECUTION OF CRIMINAL CONDEMNATORY PROCESS COLLATED THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE⁴

Caio Matheus Ferreira Maia⁵
Wallton Pereira de Souza Paiva ⁶

ABSTRACT

This research aims to promote an analysis based on provisional execution of custodial penalty, started from the confirmation of the sentence by the appeal court, beneath the perspective of the principle of presumption of innocence, confronted with the decision whom allowed the execution. The Federal Constitution explicitly says in its list of fundamental rights and guarantees that no one shall be considered guilty before the final and unappealable criminal sentence, in other words, when exhausted the possibilities of appeal and the *decisum* become immutable. However, what occurs is that the Supreme Court recently decided by the possibility of starting the execution of custodial penalty when the condemnatory decision is still pending special or extraordinary appeal, that is to say, before the final and unappealable decision. The decision brought a tough discussion between legal practitioners and the own ministers of the highest level in judiciary power, since for some the decision goes against with the text expressed in the National Constitution, mitigating a provided constitutional guarantee. Thus, it analyzes the institute of provisional execution of the sentence with the main focus on the doctrinal debate about the mitigation or not of the principle of presumption of innocence, eternity clause of legal order. The qualitative and explicative method of research was used, which turned possible studying about the theme by means of the doctrine and the current jurisprudence.

Keywords: Provisional Execution; Custodial Penalty; Principle of presumption of innocence; Rights and Fundamental guarantees.

⁴ Article presented to the Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), as part of the requirements for obtaining a bachelor's degree in Law.

⁵ Graduating the 11th period in Law by the Universidade Federal Rural do Semiárido – Mossoró, RN campus, 2018. caiocce@hotmail.com

⁶ Leader. Specialist in Criminal Law. Professor at the Universidade Federal Rural do Semiárido. wallton.paiva@ufersa.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa ora esposada tem o fito de circunscrever um tema de significativa controvérsia e atualidade, que se posiciona quando menos entre dois pontos de vista vislumbrados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no que diz respeito à interpretação de princípios básicos norteadores do ordenamento jurídico e de primeira ordem, porquanto constitucionais, no que atine a elementos tais quais liberdade, inocência, pena e a forma de sua execução.

A forma como o assunto tem sido debatido na seara jurídica sinaliza que há ainda muito a ser considerado pelos operadores do direito e pela sociedade civil como um todo, de modo que a presente pesquisa procura abranger considerações gerais sobre o tema, sem, no entanto, esgotar a discussão.

Através do julgamento do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus de nº 126.292, realizado no dia 17 de fevereiro de 2016, ratificou-se a possibilidade de ser realizada a execução provisória de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que confirmada pelo juízo de segundo grau (STF, 2016).

Em contrapartida, em face de tal ato judicial, foram interpostas ações declaratórias de constitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Partido Ecológico Nacional, a ADC 44 e a ADC 43, respectivamente, ambas suscitando a observância do artigo 283 do Código de Processo Penal⁷, com a consentânea suspensão da execução prévia da pena. Contudo, o Supremo Tribunal Federal não retificou seu entendimento anteriormente firmado, julgando constitucional a execução antecipada da pena e mantendo o entendimento proferido no caso concreto supramencionado.

A mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro, em decisão no caso do Habeas Corpus de nº 126.292, realizou *overruling* em relação ao seu próprio entendimento assentado desde 2009, quando instruíra que era impossível a antecipação da execução da pena privativa de liberdade sem o respaldo do trânsito em julgado, haja vista a inobservância que tal instituto geraria ante o princípio constitucional da presunção de inocência. Hoje, como já é cediço, o entendimento

⁷ Art. 283, Lei nº 3.689, de 1941 – “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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”. (BRASIL, *web*, 2017)

do STF é o de que a execução respaldada pela reiteração da condenação penal em segunda instância judiciária não fere a sistemática jurídica pátria, não havendo descuido quanto ao cumprimento do mandamento constitucional.

Desse modo, considerando tal controvérsia de entendimentos, a questão a ser dissertada nesta pesquisa se condensa da seguinte maneira: há ou não transgressão do princípio jurídico da presunção de inocência no instituto da execução penal anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória? Para tanto, procurou-se considerar as principais argumentações tanto para um posicionamento, quanto para outro.

Assim, diante do que se apresenta, a pesquisa visa a analisar, de início, um panorama histórico acerca do princípio da presunção de inocência, desde uma preconização da matéria, que consiste em uma visão da teoria geral dos princípios jurídicos para melhor compreensão de sua presença no estudo do processo penal, passando pela conceituação e origem do princípio da presunção de inocência e evolução no tempo, bem como se deu a sua consolidação e como se propõe a atual relativização deste e de outros princípios que compõem a sistemática jurídica, à luz da técnica de ponderação dos princípios constitucionais.

Em outra frente, mas no mesmo norte, é imperioso explanar particularmente acerca da execução da pena privativa de liberdade no atual panorama fático-jurídico, contemplando, brevemente, seu início e seu curso como um todo, para que, a partir daí, entenda-se o instituto da execução antecipada da pena privativa de liberdade.

Feitas as abordagens sobre o princípio constitucional da presunção de inocência e a forma como se opera a execução da pena no ordenamento jurídico brasileiro, analisar-se-á o cerne desta pesquisa, que consiste em analisar a constitucionalidade da execução antecipada da pena pendente de confirmação em instância superior e, noutros termos, se tal instituto fere ou não a diretriz de presunção de inocência anotada na Lei Maior.

O estudo teve o escopo de propiciar o conhecimento do instituto jurídico da execução antecipada da pena por intermédio de uma via explicativa e qualitativa, razão pela qual se empregou o procedimento bibliográfico na metodologia do trabalho. Sendo assim, seguindo os ensinamentos de Gerhardt e Silveira (2009) citando Fonseca (2002), a pesquisa foi realizada levantando-se referências teóricas já analisadas a partir de uma análise múltipla de materiais diversos, previamente publicados, tanto por meio escrito, quanto eletrônico, quais sejam, no presente texto,

artigos, livros, orientações jurisprudenciais e doutrinárias, bem como notícias atinentes ao tema.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS

Inicialmente, cumpre destacar a definição de “princípio” no que concerne ao trabalho ora esposado, considerando o seu papel na feitura do direito, desde sua gênese até sua aplicação. Assim como abalizam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014), a doutrina prevê duas formas de normas jurídicas, as regras e os princípios, sendo que estes excedem àqueles por sua transversalidade de aplicação por todo o ordenamento jurídico, haja vista funcionarem na sustentação das demais normas.

Segundo Robert Alexy (1993), a depender da estrutura da norma atribuir-se-á o caráter de princípio ou de regra, sendo este seu fator diferenciador, de modo que os princípios são normas mais gerais e mais abertas, enquanto as regras são mais específicas, de estrutura mais categórica. Ainda seguindo os ensinamentos de Alexy, tem-se que o funcionamento dos princípios perpassa a acepção de que se tratam de mandados de otimização, isto é, constituem mecanismos em busca da implementação do máximo do direito de dado ordenamento jurídico, na medida do que permitem as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, sendo-lhes reservado sempre um cumprimento de eficácia *prima facie*, diferente das regras, que, não se verificando alguma exceção à sua aplicação, possuem cumprimento definitivo.

Ao passo que a norma-regra eflui do positivismo jurídico tradicional e do Estado legislativo, que percebem o ordenamento jurídico como um sistema fechado, isento de valores, a norma-princípio é resultado do Estado constitucional, que abre o sistema jurídico para um diálogo com a moral e a justiça, permitindo a bifurcação das normas jurídicas tanto em regras, quanto em princípios.

Nesse esteio, é importante destacar definição que o brilhante administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 53) dá a princípios, anotando:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que dá sentido harmônico. (MELLO, 2009, p. 53)

De fato, para o jurista supracitado, a infringência a um princípio é muito mais dramática do que a violação a uma regra, haja vista que “a desatenção ao princípio, implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (MELLO, 2009, p. 53). Após isso, complementa, “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais” (MELLO, 2009, p. 53).

Sendo assim, verifica-se que princípios do direito desempenham o papel de fundamento de todo o ordenamento jurídico, já que funcionam como balizadores e limitadores da atuação dos entes que criam as leis e dos que as aplicam à sociedade.

Em tempo, cabe salientar que os princípios consolidados constitucionalmente, por mais inarredável que sua condição aparente dentro da sistemática jurídica, não são absolutos. O Princípio da Presunção de Inocência, bem como a liberdade, a vida e outros preceitos primários, são passíveis de relativização, mormente quando suas incidências são contraditórias para reger a complexa vida social e paradigmas se apresentam, muitas vezes sob a forma de aparentes antinomias. É por isso que as normas jurídicas não são inabaláveis, podendo, assim sofrerem limitações, para que a limitação de uma norma antagônica não se dê injustamente.

Uma observação a ser feita nessa teoria é a de que existe uma distinção a se fazer entre uma situação que envolva regras antagônicas e uma de colisão de princípios. Um caso de divergência de regras se resolve pela invalidação de uma em prol da eficácia de outra, ou aplicando-se uma regra como exceção de outra, conforme os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade. Destarte, para um caso concreto em que haja conflito de regras, é do modo supra que se decide qual aplicar. Por seu turno, em um caso concreto a que concernem princípios jurídicos colidentes, demanda-se por parte do operador do direito uma conduta mais ativa na aplicação dessas normas, o qual deverá mensurar o peso de cada um dos princípios atinentes ao caso concreto, analisando as circunstâncias e implicações, caso a caso, uma vez que, em abstrato, os princípios constitucionais têm peso igual, não se sobrepujam. Eis, portanto, a pertinência do mecanismo da ponderação dos princípios.

Das lições de Antônio da Silva (web, 2017),

Nenhum direito é absoluto, porquanto todos os direitos são passíveis de limitação no caso concreto. Em se tratando de princípios, quando estes estiverem em rota de colisão com outros princípios de igual peso, ou que, no caso em análise, deva ter peso mais elevado, deverá o magistrado realizar o exercício de ponderação para efetivar o máximo possível um dos princípios sem, contudo, esvaziar por completo o outro (SILVA, web, 2017).

Sendo assim, é válido dizer que quando ao magistrado se apresenta um caso concreto com princípios conflitantes, deve-se ponderar sobre eles, assegurando a aplicação do direito conforme os interesses preponderantes do caso.

2.2 CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Conforme consta do texto constitucional, em seu art. 7º, “*nenhum homem pode ser preso ou detido exceto nos casos determinados por lei e na forma que ela prescreve*” (BRASIL, web, 2017), nisto consiste a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência, instituto segundo o qual toda pessoa que responde judicialmente como agente de um ato delituoso é presumida inocente enquanto sua culpabilidade não tenha restado provada consoante previsão legal, por meio de julgamento público, estando resguardadas todas as garantias necessárias e atinentes à sua defesa.

Nas palavras de Marcelo Novelino (2014, p. 531), a definição do referido princípio, que atende também pela nomenclatura de princípio de não culpabilidade:

A presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas. Na definição de Humberto Nogueira Alcalá (2005), tal presunção consiste no “*direito que têm todas as pessoas a que se considere, a priori, como regra geral, que elas agem de acordo com a reta razão, comportando conforme os valores, princípios e regras do ordenamento jurídico, enquanto um tribunal não forme a convicção, através dos meios legais de prova, de sua participação e responsabilidade em um fato punível determinada por uma sentença firme e fundada*” (NOVELINO, 2014, p. 531)

Tratando-se de direito humano e fundamental, o Princípio da Presunção de Inocência carrega em si o aspecto da historicidade, porque foi galgando maiores dimensões de modo gradativo ao longo do tempo.

Luigi Ferrajoli (2002, p. 441) alude à importância do referido instituto no sistema punitivo acusatório, para o qual “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa - ao invés da de inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo”, mas é sabido que nem sempre foi assim. BENTO (2007, p.154) asseverou que, antes da consolidação da ora estudada

garantia fundamental, “imperava a presunção de culpabilidade, onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime, era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere”.

Nessa linha de raciocínio, CESARE BONESANA, MARQUÊS DE BECCARIA (2001, p. 15) ao se debruçar sobre um processo penal deficiente dos atuais direitos e garantias fundamentais, profere:

“É esse código informe, que não passa de produção monstruosa dos séculos mais bárbaros, que eu quero examinar nesta obra. Limitar-me-ei, porém, ao sistema criminal, cujos abusos ousarei assinalar aos que estão encarregados de proteger a felicidade pública (...) De resto, examinando os abusos de que vamos falar, verificar-se-á que os mesmos constituem a sátira e a vergonha dos séculos e dos legisladores”. (BECCARIA, 2001, p. 15)

Como se depreende, o indivíduo nem sempre viu tutelada a sua inocência em caráter presumido, estando à mercê, por muito tempo, à chamada presunção de culpabilidade, cujo efeito na sociedade é o de considerar culpado todo homem enquanto não fosse provada sua inocência.

A raiz histórica do moderno Princípio da Presunção de Inocência foi instalada de modo incipiente no direito inglês medieval, quando da edição da Magna Carta da Inglaterra, no ano de 1215, a qual ficou conhecida como Carta de João Sem Terra e que previu, na cláusula 39, que:

Nenhum homem será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra. (BRASIL, web, 2017)

Todavia, foi com o advento da Revolução Francesa, em 1789, quando da edição da Declaração dos Direitos Humanos, que o referido princípio fundamental teve seu marco principal, justificando-se no ensejo dos ideais iluministas que despontavam à época, momento em que a presunção de inocência ganha garantia expressa em um mandamento jurídico, o qual prevê que:

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 (BRASIL, web, 2017).

A consolidação da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, foi viabilizada através da adesão do país à Declaração Universal de Direitos do Homem em 1948, cujo art. 11º, primeira parte, assim atesta:

Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (BRASIL, web, 2017).

Posteriormente, com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969, a presunção de inocência do homem era mais uma vez garantida no processo judicial, uma vez que asseverou:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (BRASIL, *web*, 2017)

Ademais, em 1988, ano da promulgação da atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o Princípio da Presunção de Inocência foi consagrado expressamente no corpo da Carta Magna, passando a integrar o rol de direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, inciso LVII, do supracitado diploma, tendo a aduzir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, *web*, 2017).

Portanto, como se vê, paulatinamente, o princípio da presunção de inocência foi consagrado nas constituições de diversos países, granjeando status de preceito fundamental e garantindo que os cidadãos não seriam tidos por culpados precocemente, senão apenas quando se provasse a culpa, conforme disciplinasse a lei.

2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

Consoante já dissertado anteriormente, a Magna Carta de 1988, quando de sua edição e promulgação, assim como as constituições de muitas outras nações, dispôs expressamente sobre o Princípio da Presunção de Inocência, integrando o rol de direitos e garantias individuais e coletivas do art. 5º, inciso LVII, do referido diploma legal, prevendo que ninguém seria considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, *web*, 2017).

No esteio do tema da constitucionalização da presunção de inocência no ordenamento jurídico pátrio, têm Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt (*web*, 2017) a aduzir, acerca da proteção desse direito fundamental pela Carta Magna que o prescreve, que a legislação brasileira foi mais longe que a maioria das legislações alienígenas, por ter restringido categoricamente o *jus puniendi* do Estado à exigência do requisito processual do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, eis que o poder-dever de punir do Estado deve conviver com a liberdade pessoal dos cidadãos. Em suas palavras:

Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto, deverá absorver e obedecer tal princípio. Ou seja, o texto constitucional brasileiro foi eloquentemente incisivo: exige como marco da presunção de inocência o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, indo além, portanto, da maior parte da legislação internacional similar (BITENCOURT, *web*, 2017).

Conforme dito, é notória a clareza que o constituinte originário emprega ao fazer a previsão constitucional da supramencionada presunção de inocência, a fim de se precaver contra eventuais confusões e circunstancialismos quando da aplicação de tal norma fundamental. Para tanto, a retirada da capa da inocência só estaria autorizada com o marco do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Seguindo essa linha lógica, o relator Ministro Eros Grau (STF, 2008) aduziu, à época de seu voto no Habeas Corpus nº 84.078, que:

Nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafio da Constituição. (BRASIL, *web*, 2008)

Afora isso, o legislador ordinário fez questão de repetir o mandamento constitucional, ratificando o Princípio de Presunção de Inocência, quando, ao elaborar a Lei 12.340/11, atualizou a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, dispondo que o flagrante delito, a prisão temporária e a prisão preventiva são os únicos meios de se proceder à prisão penal anteriormente ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, *web*, 2017)

Em semelhante ensejo, a Lei de Execuções Penais entendeu por bem assegurar a inocência do acusado durante a persecução penal, declarando, em seu artigo 15, que “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução” (BRASIL, *web*, 2017).

Destarte, o que se nota é que tanto o legislador originário quanto o infraconstitucional se preocuparam em manter a presunção de inocência até o momento definitivo, em que a matéria processual torna-se imutável, eis que se vê a preservação da inocência presumida em diplomas legais, tais quais a Lei nº

7.210/84, que condiciona o início da fase executória ao ordenamento de expedição de guia de execução por parte do juiz competente, e as modificações executadas no Código de Processo Penal em razão da Lei nº 12.340/11, a qual se nega a acatar a prisão pena no contexto de processo criminal recorrível como forma de prisão legítima de nosso ordenamento jurídico, como já mencionados acima.

3 EXECUÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) preceitua a execução da pena no Brasil, ordenando no tocante ao tratamento tanto do preso definitivo, quanto do preso provisório. Para o estudo ora realizado, salienta-se, todavia, que se reterão apenas lições pertinentes à execução da pena privativa de liberdade fruto de sentença condenatória, deixando de fora, pois, o instituto da privação de liberdade em caráter cautelar.

Destarte, propõe-se expor que no direito pátrio subsiste a forma de prisão cautelar, a qual é passível de ser decretada em qualquer momento ao longo da persecução penal, uma vez que sejam verificados os requisitos legalmente previstos para tanto, assim como a forma de prisão pena, a qual, por sua vez, é determinada via dispositivo condenatório irrecorrível, em regra.

É de bom alvitre salientar a diferenciação entre prisão cautelar e prisão pena estabelecida por Alexandre Cebrian Reis e Victor Eduardo Gonçalves (2016, p. 204), segundo os quais a prisão pena “refere-se ao cumprimento de pena por parte de pessoa definitivamente condenada a quem foi imposta pena privativa de liberdade na sentença”, ao passo que a prisão cautelar “é decretada quando existe a necessidade de segregação cautelar do autor do delito durante as investigações ou o tramitar da ação penal por razões que a própria legislação processual elenca” (REIS e GONÇALVES, 2016, p. 204).

Com isso, deduz-se que a prisão processual é determinada com finalidade cautelar, não precisando estar atrelada à sentença, ao passo que a prisão pena é consequência, via de regra, de sentença penal condenatória insuscetível de recurso.

3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E EXECUTÓRIOS

De igual modo, neste ponto, impera relatar brevemente como se insere a execução penal dentro da sistemática do processo penal. Primeiramente, é de bom

tom retomar alguns conceitos acerca da persecução penal como um todo até adentrarmos à definição, objetivos e pressupostos da execução penal.

Fernando Capez (2011) instrui que a aplicação de punição a quem transgrida a legislação penal deve ser perpassada por um sistema procedural denominado persecução penal, cujo termo inicial normalmente coincide com a abertura do inquérito policial, procedimento administrativo e investigativo que procura por indícios de autoria e prova da materialidade da transgressão, desembocando na propositura da ação penal e, ao final da instrução processual, uma vez que haja acolhimento da pretensão acusatória, dando início à fase de execução, que visa o cumprimento integral da pena e se encerra quando determinada a extinção da punibilidade.

Dessa forma, percebe-se que, com a transgressão de um preceito penal, dá-se início à persecução por parte do Estado com a finalidade de impor ao agente delitivo uma reprimenda, conforme previsto na legislação atinente, observando-se o preceito secundário da norma infringida, no qual está anotada a pena cominada em abstrato. Para isso, o meio de atribuir a responsabilidade penal ao infrator é a sentença, a ser prolatada após instrução judicial, mediante devido processo legal e após a qual inicia-se a execução da pena, desde que não haja interposição ou acolhimento de recurso.

Guilherme de Souza Nucci (2011) entende que a sentença no processo penal consiste em decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito e deverá abordar todos os elementos que se relacionem à pretensão punitiva do Estado, decidindo pela procedência ou improcedência desta.

Já, relativamente à execução da pena, Capez (2011, p. 130) escreve que:

É a fase da persecução penal que tem por fim propiciar a satisfação efetiva e concreta da pretensão de punir do Estado, agora denominada pretensão executória, tendo em vista uma sentença judicial transitada em julgado, proferida mediante o devido processo legal, a qual impõe uma sanção penal ao autor de um fato típico e ilícito. (CAPEZ, 2011, p. 130)

Da definição dada por Capez, infere-se que a sentença penal condenatória transitada em julgado põe termo à pretensão punitiva estatal *stricto sensu*, autorizando o começo da pretensão executória, a qual procura, a partir de então, satisfazer a condenação outrora prolatada.

Cabe destacar que Nucci (2011, p. 997), por sua vez, tem para aduzir sobre o assunto o seguinte:

Trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária. Com o trânsito em julgado da decisão que lhe impôs a pena, seja porque recurso não houve seja porque foi negado provimento ao apelo, a sentença torna-se título executivo judicial, passando-se do processo de conhecimento ao processo de execução (NUCCI, 2011, p. 997).

Uma vez que a sentença penal condenatória tenha transitado em julgado, resultando na formação de um título executivo judicial, emerge a pretensão executória do Estado, que, a partir de então, irá aplicar a pena anotada na decisão que condenou o acusado.

A Lei nº 7.210/84, legislação que regulamenta a execução penal, estabelece que o juiz deverá ordenar a emissão da guia definitiva de recolhimento, também conhecida como carta de guia, ou ainda guia de execução, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, caso o réu esteja ou venha a ser preso, conforme prescrito no artigo 105 da referida lei, a fim de que, mediante a expedição desta guia, a fase da execução possa se iniciar regularmente (BRASIL, web, 2017).

Por seu turno, o artigo 106 da Lei de Execuções Penais elenca os elementos obrigatórios que devem figurar na guia de execução penal. *In verbis*:

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

- I - o nome do condenado;
- II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;
- III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;
- IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução;
- V - a data da terminação da pena;
- VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário. (BRASIL, web, 2017)

Inequivocamente, a Lei de Execuções Penais, no artigo 107, ratifica que a expedição de guia de execução trata-se de ato indispensável para a condução da fase executória, tendo a aduzir que “ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária” (BRASIL, web, 2017).

Nessa linha de raciocínio, Renato Marcão (2015) prediz que quando sobrevier o trânsito em julgado da sentença ou acordo, a competência para executar esta decisão passa a ser o juízo da Vara de Execuções Penais, oportunidade em que receberá do juízo de conhecimento a denominada carta de guia, para que possa, a partir daí, deflagrar e impulsionar o processo de execução.

Vê-se, portanto, que a Carta de guia é verdadeiro espelho da sentença condenatória, imprescindível para o cumprimento da pena, uma vez que nela consta todas as informações necessárias para tanto.

4 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como é cediço, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, bem como o artigo 283 do Código de Processo Penal e 145 da LEP, o véu da presunção de inocência é retirado no instante em que a sentença condenatória torna-se imutável, ou seja, quando há o trânsito em julgado.

Até 17 de fevereiro de 2016, imperava o entendimento da Suprema Corte Brasileira de que o acusado era presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença, ou seja, só poderia haver prisão anterior ao trânsito se fosse necessária para acautelar o processo, com o fundamento de que a antecipação dos efeitos da condenação malferia o Princípio da Presunção de Inocência garantido na Carta Magna Pátria.

Todavia, com a nova interpretação proferida pela nova formação dos ministros que compõem aquela corte, a qual autorizou o cumprimento da pena a partir da confirmação da sentença pelo Tribunal local, abriu-se acirrada discussão jurídica em meio aos operadores de direito, averiguando se esse *decisum* não feriria a presunção de inocência constitucionalmente garantida ao réu da ação penal.

Nessa ilação, formou-se duas correntes de posicionamento, tanto no próprio Supremo Tribunal Federal, vez que o julgamento se deu em sete votos a quatro, quanto no âmbito jurídico dos operadores do direito e doutrinadores. Indaga-se, assim, até onde vai a presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

O posicionamento daqueles que entendem que a execução provisória não fere o Princípio da Presunção de Inocência opera principalmente sob a justificativa de que, com a confirmação da sentença pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, encerram-se os debates acerca dos fatos e provas que abancaram a culpa do condenado, substituindo a presunção de inocência pela presunção de culpabilidade.

Em seu voto, o ministro relator Teori Zavascki (STF, 2016), posicionando-se a favor da execução provisória, aduziu que a presunção de inocência é garantida até a

confirmação pelo tribunal de segunda instância, pois a partir daí são encerrados os debates acerca da matéria fático-probatória e fixada a responsabilidade penal do acusado.

Para estes, a execução provisória não compromete o núcleo da presunção de inocência, pois o *status* de inocente do acusado já fora garantido em todo processo ordinário penal.

No mesmo liame, o Ministro Edson Fachin (STF, 2016) tratando sobre o que dispõe no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, aduz que:

Considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. (STF, *web*, 2016)

Percebe-se que, conforme dito por Fachin (STF, 2016), a fundamentação daqueles que entendem ser possível a execução provisória consiste na alegação de que o Princípio da Presunção de Inocência não é tido como princípio absoluto, comportando relativização ou até mesmo ínfima incidência quando diante de outro princípio.

Na execução provisória, conforme dito por alguns doutrinadores, existe um aparente conflito principiológico entre o Princípio da Presunção de Inocência e o Princípio da Efetividade Jurisdicional, pois enquanto o acusado não pode ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado, impedindo o cumprimento da pena, o Estado não pode exercer seu *jus puniendi*, deixando de aplicar ao suposto infrator a sanção penal prevista.

Ademais, a demora na entrega jurisdicional, na hipótese de o crime não prescrever, faz com que, segundo dito por aqueles que defendem a bandeira da execução provisória, a sociedade permaneça com sentimento de impunidade.

Nos dizeres do Ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2016) a presunção de inocência deve ser utilizada com menor ênfase quando da confirmação da condenação no segundo grau, de modo que prevaleça, assim, a efetividade da função jurisdicional.

A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade

da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). Não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. (STF, *web*, 2016)

Assim, condicionar a execução da pena ao esgotamento dos recursos em nome do Princípio da Presunção de Inocência seria fazer deste um princípio absoluto.

Deve, pois, segundo os adeptos desse posicionamento, prevalecer o Princípio da Efetividade da Lei Penal quando, no caso da condenação confirmada pelo segundo grau, houver antinomia deste com o Princípio da Presunção de Inocência. Tem-se, portanto, que a presunção de inocência é exaurida no momento em que a matéria é revista, por meio de apelação, pelo Tribunal de Justiça ou Regional Federal, onde, a partir de então, o condenado deixa de ser presumidamente inocente e passa a ser presumidamente culpado.

Doutro modo, divergindo do entendimento da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, existem aqueles que defendem que a presunção de inocência de todo e qualquer acusado é garantida até que haja o efetivo esgotamento dos recursos, não se exaurindo na condenação dos Tribunais Locais ou Regionais Federais.

O Ministro Celso de Mello, ao se pronunciar sobre a questão (STF, 216), enfatizou que o trânsito em julgado é pressuposto indispensável à execução da pena:

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. (STF, *web*, 2016)

Essa corrente defende que a lei é clara ao afirmar que o exaurimento da presunção de inocência dar-se-á com a imutabilidade da decisão. Desse modo, ainda que a condenação seja corroborada pela segunda instância, na hipótese de

interposição de recursos, não haverá, por consequência, o trânsito em julgado, e, não havendo trânsito em julgado, o acusado deve ser considerado inocente.

Aury Lopes Júnior (2016), ao tratar sobre os limites da presunção de inocência aduz que o acusado só poderá ser considerado culpado com o advento da imutabilidade da condenação.

O conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está 'comprovada legalmente a culpa' como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória. (LOPES JÚNIOR, *web*, 2016)

Assim, com base nessa doutrina, não há em que se falar em condenado, tampouco tratar como se condenado fosse, quando a sentença estiver pendente de recurso, ainda que estes sejam de natureza extraordinária, pois o manto da presunção de inocência só pode ser dissipado quando sobrevier sentença penal irrecorrível. Desse modo, qualquer juízo prematuro de culpa deve, e assim o é, por força do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ser afastado.

Conforme enfatizou o Ministro Celso de Mello (STF, 2016), a inocência presumida é descaracterizada com o advento do trânsito em julgado, impondo ao Estado, bem como aos seus agentes, o dever de não tratar acusados ou indiciados com juízo de culpa prematuro:

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (STF, *web*, 2016)

Destarte, rebatendo a alegação defendida por outros de que a presunção de inocência deve ser utilizada gradativamente com menos rigor ao passo que se aproxima da condenação definitiva, o douto ministro aduz que este princípio deve subsistir com a mesma veemência até a imutabilidade da condenação, conforme dito expressamente da Constituição Federal, repelindo qualquer suposto juízo de culpa.

Outrossim, quando de seu voto no Habeas Corpus nº 84.078, o Ministro Eros Grau, trazendo à baila o Princípio da Ampla Defesa, afirmou que a inocência presumida deve ser garantida em todas as fases processuais, inclusive na fase recursal, ainda que pendente de recurso especial ou extraordinário.

A ampla defesa não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. 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. (STF, *web*, 2016)

Nessa vertente, denota-se que para esta corrente a execução provisória vai de encontro não só com o Princípio da Presunção de Inocência, mas, do mesmo modo, com o Princípio da Ampla Defesa, uma vez que restringirá a aplicação desse princípio ainda no deslinde da persecução penal, quando pendente de recurso e, por consequência, de possível modificação.

Ademais a isso, nota-se que, conforme dito por Celso de Mello (STF, 2016), até mesmo para a execução da pena restritiva de direitos ou multa, nos termos do artigo 147 da Lei nº 7.210/84, Lei de Execuções Penais, é indispensável o trânsito em julgado da decisão, quiçá a pena privativa de liberdade, a qual trata do direito de ir e vir do cidadão, sendo, pois, muito mais gravosa.

Em contrapartida ao argumento de que os recursos extraordinários não analisam matéria fática, mas apenas de direito, e que, por isso, o juízo de culpa já fora estabelecido no caso concreto, os operadores defendem que essa execução é inconstitucional ainda que o recurso pendente não seja dotado de efeito suspensivo, vez que o artigo 5º, LVII, da CF apenas prevê que haja decisão transitada em julgado, pouco importando o tipo de recurso pendente de julgamento.

Daiane Carolina de Souza Machado (*web*, 2016), ao abordar essa fundamentação no tocante a ausência de efeito suspensivo do recurso aduz que:

O art.5º, inciso LVII, não faz distinção entre a natureza da decisão que transita em julgado, exigindo apenas que a culpa somente seja formada com a integralidade da decisão da qual não caiba mais recurso. Não se exige, por exemplo, que um capítulo da sentença que verse sobre matéria fática se torne imutável, enquanto o outro, ventilando questão constitucional, seja passível de questionamento via recurso. Ainda que a matéria a ser discutida pela Corte Constitucional deva ventilar matéria estritamente de direito, a mera existência de possibilidade de modificação impede que haja trânsito em julgado da decisão condenatória, mantendo-se a condição de não culpado do réu, que, não tendo contra si os requisitos para a decretação da preventiva ou outra medida de natureza cautelar, pode aguardar em liberdade a aplicação do devido processo legal. (MACHADO, *web*, 2016)

Para a autora e demais adeptos dessa concepção, ainda que o recurso interposto não seja dotado de efeito suspensivo o acusado não poderá ser tratado como se condenado fosse, vez que a Constituição Federal, ao tratar da presunção de inocência, aduz a estrita necessidade do trânsito em julgado.

Pelo que se extrai dos dois posicionamentos existentes, vê-se que a Constituição Federal e demais diplomas normativos, Lei de Execuções Penais e Código de Processo Penal, são claros ao afirmar que a presunção de inocência deve ser mantida até imutabilidade da sentença penal condenatória.

O legislador originário e ordinário foi enfático ao trazer como pressuposto à condenação o trânsito em julgado, de modo que a prisão antes desse instituto deveria ser a título de cautela, jamais em execução da pena.

Outrossim, tem-se que o Princípio da Presunção de Inocência, como cláusula pétrea do ordenamento jurídico, consagrado no decorrer de séculos, deve ser preservado quando em suposto conflito com o Princípio da Efetividade da Lei Penal, sobretudo quando a matéria trazida pelos defensores da execução provisória tiver fundamento no anseio de uma sociedade que busca, a todo custo, sem respaldo jurídico, a punição daqueles que são acusados de cometimento de crime.

Ao Supremo Tribunal Federal confere a guarda da Carta Magna Pátria, fazendo valer os preceitos nela contidos, respeitando o entendimento do constituinte e aplicando o que foi dito por este. Não deve ser visto com bons olhos a figura do denominado “ativismo judicial” tão utilizado nos últimos tempos, em que o Poder Judiciário faz em diversas oportunidades, diga-se, em muitos momentos, o papel do Poder Legislativo.

Assim, necessário preservar não apenas o texto contido na Constituição Federal, mas também a vontade do povo, exercida pela atuação dos membros do poder legislativo eleitos, de modo que a execução tenha início somente depois de esgotadas todas as vias recursais.

Não merece prosperar, além disso, a justificativa de que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo ou tampouco que em outros países não há previsão do pressuposto da imutabilidade da condenação, como argumentam os defensores de que a execução não depende de trânsito em julgado.

Ora, a princípio deve-se dizer que o legislador não condicionou em nenhum momento a execução a recursos com efeito suspensivo, ou seja, pouco importa o

recurso que deva combater a matéria. Importa, porém, que não exista possibilidade de recurso.

Doutro modo, não me parece plausível usar como parâmetro a jurisdição de países que não apregoam em sua Carta Política a necessidade de trânsito em julgado.

É importante frisar, ainda, que conforme dito por Celso de Mello (STF, 2016) pouco mais de 25% dos recursos criminais que chegaram ao STF, do ano de 2006 a 2016, foram providos, revertendo uma condenação injusta, demonstrando quão frágil pode ser exaurir a inocência presumida na segunda instância. Desse modo, autorizar a execução antecipada da pena privativa de liberdade seria condenar um indivíduo que pode, quando da decisão do recurso, ser julgado de forma diferente.

É certo que há casos em que a dita infundável via recursal leva a prescrição da pena, deixando um possível infrator da norma penal sem cumprir a reprimenda imposta. Todavia, sabe-se que é por essa mesma via que a justiça, por muitas vezes, é feita, quando, por exemplo, inocenta um indivíduo que desde a primeira instância vinha sendo condenado pelos juízos.

Mitigar garantias fundamentais conquistadas ao longo do tempo em resposta ao clamor social a qual anseia a sensação de justiça seria um verdadeiro retrocesso no que atine aos preceitos fundamentais, que, por se tratarem de cláusulas pétreas devem, necessariamente, ter um núcleo como intangível.

Desse modo, impõe-se que seja resguardado ao acusado a inocência presumida durante todo o deslinde processual, independente da natureza do recurso pendente de julgamento, garantindo que nenhum indivíduo seja executado por um juízo prematuro de culpa, e dando prevalência à vontade do legislador originário e ordinário em contrapartida ao clamor social avocado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente pesquisa não foi esgotar o assunto, nem mesmo poderia, mas sim trazer à baila as duas correntes de entendimento sobre a atual decisão do Supremo Tribunal Federal a qual autorizou a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a condenação for confirmada pelo tribunal de segundo grau, confrontando com o Princípio da Inocência Presumida.

O referido *decisum* trouxe uma acirrada discussão no âmbito jurídico, divergindo opiniões na sociedade, na classe jurídica, e no próprio Supremo Tribunal

Federal. Há aqueles que seguem a linha do Supremo Tribunal Federal e entendem que a execução provisória não colide com o princípio da presunção de inocência e aqueles que aludem que a execução é incompatível com este princípio.

De um lado, há os que, assim como o STF, defendem a execução provisória com argumentos jurídicos, embasado principalmente no entendimento de que a presunção de inocência deve se esgotar com o proferimento do acórdão de segunda instância. Doutro lado, os defensores de que não se pode ter negado vigência a um princípio fundamental em nossa Constituição, executando a pena privativa de liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da decisão.

Não se pode olvidar, como dito alhures, que há um clamor social diante da sensação de impunidade que se afigura. Este aspecto, menos jurídico e mais social, também foi levado em consideração ao tempo do proferimento da decisão pelo Órgão de Cúpula.

Ocorre, porém, que não me parece de bom tom flexibilizar direitos e garantias fundamentais em nenhum momento, mas, sobretudo, em tempos que o poder judiciário esteja descredibilizado, como dizem alguns, com o objetivo de alcançar a “justiça” a qual a sociedade anseia.

É certo que há casos em que diante da pluralidade de recursos possíveis no ordenamento o Estado não pune aquele que infringiu a lei penal em razão de ocorrer a prescrição da pretensão punitiva. Do mesmo modo, não se pode deixar de concordar que existem casos em que os recursos são interpostos com o único fito de protelar o andamento processual, em busca da tal prescrição.

Todavia, entendo que a saída para a tão falada impunidade não seria restringir direitos fundamentais conquistados ao longo do tempo. Conforme asseverou o Ministro Celso de Mello (STF, 2016) entre 2006 e 2016 um pouco mais de 25% dos recursos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal foram providos em benefício do réu. Assim sendo, não há como aduzir que o juízo de culpabilidade se esgota no tribunal de segunda instância, uma vez que quase 1/3 dos recursos extraordinários levado ao STF têm o apelo provido.

O Supremo Tribunal Federal não deve nem pode atender as vozes da rua em detrimento de normas e princípios constitucionalmente garantidos, mesmo porque, a meu ver, a morosidade do judiciário não se baseia somente na quantidade de recursos existentes, mas, também, na demora em julgá-los.

Assim, tem-se que a “culpa” de determinados crimes prescreverem não é apenas da defesa que interpõe recursos, mas, concorrentemente, do poder judiciário, que em determinadas situações não cumpre seu papel com a efetiva prestação jurisdicional.

Ademais, se há possibilidade de recurso, da matéria ser revista por outros julgadores, o mais correto seria que a defesa, prestando o que lhe é devido, interponha-os. Se, de fato, a impunidade encontra guarida na infindável via recursal, a saída para este problema seria emendar a Constituição Federal e modificar o Código de Processo Penal no afã de diminuir a quantidade de recursos existentes.

No ano de 2011, o Ministro Cezar Peluso apresentou a proposta de emenda à constituição nº 15, conhecida por PEC dos Recursos, a qual estabelecia que os processos terminassem após duas decisões judiciais, depois do julgamento do juiz de primeiro grau e do tribunal competente, com o fito de, segundo explicitado, reduzir o número de recursos aos tribunais superiores e dar mais agilidade às execuções, antecipando assim a execução da pena.

Ocorre, porém, que a emenda não foi aprovada pelo poder legislativo, o qual rejeitou a PEC. O debate travado em torno da proposta girou em torno do risco de antecipar a execução, de provocar dano irreparável ao acusado que pode vir a ter reconhecido sua inocência, ou seja, os mesmos fundamentos daqueles que ainda hoje são contra a antecipação da fase executória.

Ora, se o Congresso Nacional, legítimo representante do povo, ao rejeitar a PEC dos recursos não permitiu a execução provisória da pena quando de sua análise em um passado muito próximo, não nos parece plausível que o Supremo Tribunal Federal, atuando como verdadeiro legislador, mitigue a garantia constitucional da presunção de inocência.

Fazer com que um acusado seja recolhido ao falido sistema penitenciário enquanto a sua condenação pode ser modificada não nos parece razoável, mesmo porque a condenação eventualmente reformada trará prejuízos irreparáveis àqueles que foram injustamente levados ao cárcere.

Diante do estudo realizado, consoante o que se expôs acima, resta patente que Constituição Federal é expressa em afirmar que ninguém será considerado e tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, ao nosso entender, executar a pena privativa de liberdade quando a sentença estiver pendente de recurso vai de encontro com o que previu Carta

Magna Pátria, violando, portanto, garantia constitucionalmente garantida a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, tradução nossa.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1879. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 14 out 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>. Acesso em: 9 out 2017.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 9 out 2017.

_____. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 11 maio 2017.

_____. Lei nº 3.689/41. **Código de Processo Penal**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 27 de dezembro de 2017.

_____. Lei nº 7.210/84. **Dispõe sobre Lei de Execuções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm> Acesso em 2 de out 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº84.078**. Rel. Min. Eros Grau, julgado em 09/04/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acesso em 13 set 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 277.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 15.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo. Quartier Latin do Brasil. 2007. p. 154

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vânia Barbosa Adorno. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook> Acesso em: 01 fev 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE LIMA, Jair Antônio Silva. **A presunção de Inocência: conteúdo histórico e relativismo**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a->

presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html.> Acesso em 9 out 2016.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. Editora Martins Fontes. São Paulo, p. 127.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GERHARDT, T. E. SILVEIRA, D. T. **Métodos de pesquisa**. 1 ed. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>>. Acesso em: 02 jun 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. **A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.929**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-e-a-decisao-do-supremo-tribunal-federal-no-hc-n%C2%B0-126292,55363.html> Acesso em 03 julho 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 53.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 531.

NUCCI, G. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Vander Oliveira. **A Carta Magna de João Sem-Terra e o devido processo legal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33931/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal> Acesso em 9 out 2016.