



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III - GUARABIRA
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

BRENDA FERREIRA BRILHANTE

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DO NOVO ENTENDIMENTO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**GUARABIRA
2016**

BRENDA FERREIRA BRILHANTE

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DO NOVO ENTENDIMENTO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
em Direito do Centro de Humanidades da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual
Penal e Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Pós-doutor Luciano
Nascimento Silva.

**GUARABIRA
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

B857e Brilhante, Brenda Ferreira

A execução provisória da pena à luz do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. [manuscrito] / Brenda Ferreira Brilhante. - 2016.

34 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2016.

"Orientação: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva, Departamento de Ciências Jurídicas".

1. Princípio. 2. Execução. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

21. ed. CDD 345

BRENDA FERREIRA BRILHANTE

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DO NOVO ENTENDIMENTO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

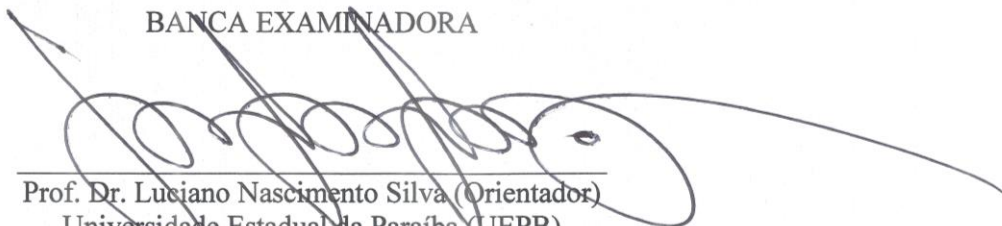
Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
em Direito do Centro de Humanidades da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual
Penal e Direito Constitucional.

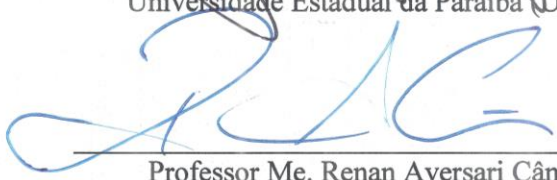
Orientador: Prof. Pós-doutor Luciano
Nascimento Silva.

Aprovada em: 18/05 2016

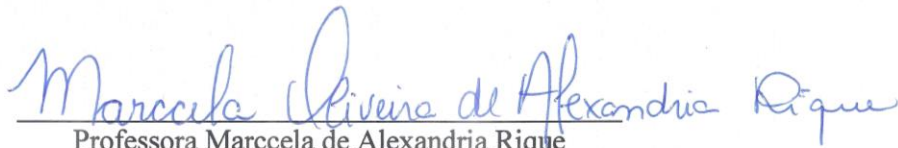
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professor Me. Renan Aversari Câmara
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professora Marccela de Alexandria Rique
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

A minha avó Josefa *in memoriam*, por sempre
defender o que é correto e digno, dedico.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que em meio a tantas adversidades me deu paciência, para estar atenta e aprender os conteúdos, coragem, para retomar cada dia com entusiasmo, responsabilidade, fazendo com que eu não tornasse omissa, firmeza, para enfrentar as dificuldades e abertura para que mesmo com pensamentos distintos, eu respeitasse a todos.

A minha família como um todo, que mais do que me proporcionar uma boa infância e vida acadêmica, agradeço por me fornecer meios para construir uma base sólida, na qual hoje, construo o meu caráter.

Ao meu orientador Luciano Nascimento Silva por participar desde o primeiro período até o último trabalho acadêmico em minha graduação, sendo um dos impulsionadores das atividades de pesquisa realizadas durante todo o curso, além das leituras sugeridas ao longo dessa orientação e pela dedicação.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso.

Aos meus colegas e amigos de estágio da 4ª vara cível da Comarca de Guarabira, pois foi com o seu auxílio que conheci a prática jurídica propriamente dita, além de todo incentivo e auxílio munido para a conclusão deste trabalho.

Também aos colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

“Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos.
Não perdem essa qualidade para se tornarem objetos processuais.
São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas
pela afirmação constitucional da sua dignidade.”

Eros Grau

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A LUZ DO NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Brenda Ferreira Brilhante¹

RESUMO

O presente trabalho busca analisar de forma objetiva o princípio da presunção de inocência, sua evolução histórica, importância constitucional no processo penal, bem como ainda analisar a execução provisória de sentença penal condenatória sem trânsito em julgado, tema este abordado no julgamento de habeas corpus 126.292/SP, que por sua vez alterou a interpretação do princípio citado em favor da execução antecipada em segundo grau, o qual também é analisado neste trabalho a fim de averiguar sua compatibilidade com o art. 5º, LVII da Constituição Federal. Utilizou-se o método indutivo qualitativo, através da leitura de legislação pertinente ao tema, artigos, obras acadêmicas que se dispõem a discuti-lo, sendo, portanto a pesquisa realizada de forma bibliográfica, de modo que se conclui que tal entendimento da Corte Suprema não se utilizou de um meio compatível para alterar o princípio da não culpabilidade e consequentemente com a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Princípio. Execução. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

Em 17 de Fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão que veio a modificar o entendimento sobre a execução provisória da pena de sentença condenatória de segundo grau sem que houvesse trânsito em julgado, estando a mesma pendente de julgamento de recurso especial para o STJ ou recurso extraordinário para o próprio STF.

Foi quando se esta celeuma, bem como houve a primeira alteração no ano de 2009, quando o próprio STF definiu que pela decretação de prisão mediante condenação em segundo grau, não poderia continuar sendo praticada pelos magistrados, haja vista tal prática ferir o princípio constitucional da presunção de inocência que está previsto no art. 5º, LVII, discorrendo de forma que *ninguém será condenado culpado ate o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.²

Dessa forma, era defeso que logo após a publicação de sentença penal condenatória de segunda instância a mesma já surtisse efeitos, já que ia de encontro com o principio da não

¹Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus III.

Email: brenda_brilhante@hotmail.com.

²BRASIL. Constituição Federal do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 11 de abril de 2016.

culpabilidade, porém a discussão não cessou, pois ainda era alegado que ambos os recursos especial e extraordinário possuíam efeito meramente devolutivo e não suspensivo de tal forma que no entendimento de alguns, nada impediria que houvesse o prosseguimento a execução de forma provisória, já que a interposição destes recursos não suspenderiam o prosseguimento da execução.

Faz se necessário para a sociedade ter conhecimento e compressão dos seus direitos e garantias individuais e de quando os mesmos são alterados ou mitigados de forma a limitar sua liberdade. Diante dessa premissa, o presente trabalho procura analisar o princípio da presunção de inocência, de forma tal a conhecer sua historicidade, para então entender as formas como este princípio deve ser interpretado e aplicado no processo penal. Em um segundo momento analisar a legislação concernente à execução antecipada de sentença penal condenatória como também os entendimentos do colendo Supremo Tribunal com relação à execução provisória da pena, para só então no terceiro ponto averiguar se o recente entendimento do STF está de acordo com os ditames constitucionais expressos.

2. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade é um princípio constitucional estabelecido no rol das cláusulas pétreas, mais especificamente no art. 5º, LVII da Constituição Federal do Brasil, o qual dispõe sobre os direitos e garantias inerentes ao ser humano, que devem ser respeitados e protegidos pelas normas do ordenamento jurídico, aos quais, estes princípios servem de “norte” para aplicação de tais normas.

O referido princípio tem um papel fundamental no que diz respeito ao processo penal, haja vista este ser o fundamento de vários aspectos concernentes à realização do processo penal, não somente brasileiro, mas em todo o mundo.

Em seu teor normativo traz a seguinte redação, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³. Mesmo o texto normativo sendo bem específico, o mesmo abarca até hoje diversas interpretações e ao longo da história, diversas expressões, a brasileira não será primeira nem a última forma de como é redigida e interpretada, haja vista sua interpretação ainda ser tema para controversas discussões e posicionamentos divergentes entre os ministros do próprio STF, é o que notamos ao fazer uma breve leitura sobre o histórico desse princípio.

³BRASIL. **Constituição Federal do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 11 de abril de 2016

2.1 HISTÓRICO

O primeiro vislumbre que tivemos desse princípio faz referência ao direito romano, inequivocamente por influência já do cristianismo que surgia com a queda do império, dessa forma era dado ao acusado o direito da dúvida, o tão conhecido *in dubio pro reo*.

Nesse instituto ficava estabelecido que quando houvesse dúvida, o réu deveria ser favorecido caso não houvesse prova que demonstrasse autoria do acusado de tal conduta, de tal forma que era mais aceitável libertar um criminoso do que privar um inocente de sua liberdade.

Em 1215, a Carta Magna assinada pelo rei João-sem-Terra em seu art. 39 dispunha que:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.⁴

Nesse documento histórico também é possível perceber a presença do princípio da não culpabilidade de forma expressa, haja vista tal artigo dispor que ninguém seria preso ou privado de sua liberdade e direitos senão mediante julgamento regular.

Com a evolução da sociedade era possível perceber claramente a presença desse princípio, no entanto não foi o que se sucedeu na idade média, com a fragmentação do império romano, cada feudo possuía suas próprias leis, leis essas baseadas nos próprios costumes de cada região, dando espaço para o surgimento da *common law* na alta Idade Média, já na Baixa Idade Média o direito romano havia se transformado em direito canônico e a falta de provas virava-se contra o acusado, uma vez que ao contrário da Antiguidade, na Idade Média o sistema processual penal havia deixado de ser acusatório para tornar-se inquisitório.

De outro modo, se antes utilizava-se da dúvida para favorecer o acusado, esta por sua vez na Idade Média, era mantida para prejudicar o mesmo, logo, caso a pessoa do acusado não tivesse consigo argumentos convincentes, bastava apenas um indício de conduta criminosa, no qual este se transformava em uma “semiprova”, e dessa forma o acusado era “semicondenado” ou tinha uma pena menos gravosa, bem como assevera Ferrajoli,

⁴**Magna Carta.** Disponível em < <https://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal/> > Acesso em 13 de Abril de 2016.

[...] apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.⁵

O processo penal inquisitório persistiu durante os séculos XVI a XVIII, portanto, a essa época não era atribuído ao processo penal o princípio da presunção de inocência, mas sim o da culpabilidade, havendo essa inversão, o acusado era presumidamente culpado e este por sua vez deveria provar sua inocência.

Dessa forma, levando em consideração que o juiz realizava as tarefas de instruir, acusar e julgar, com tanto poder concentrado em apenas uma pessoa, o Estado-Juiz, o princípio predominante era o da culpabilidade, havendo não só uma inversão do próprio princípio, com também no ônus probante que antes ficava a cargo de quem acusava, neste momento, era tarefa da parte acusada demonstrar ela não ser a culpada.

Se com seus argumentos conseguisse convencer o Estado-Juiz de sua inocência, era absolvido, restando alguma dúvida com relação a isso era considerado culpado como também observado pelo historiador John Beattie:

Se qualquer presunção era feita na Corte sobre o prisioneiro, não era a de que ele era inocente até que o caso contra ele fosse provado além de qualquer dúvida razoável, mas que se ele era inocente, deveria ser capaz de demonstrar ao júri pela qualidade e caráter de sua resposta à prova da acusação. Isso coloca ênfase no papel ativo do prisioneiro. Ele estava na posição de ter que provar que o acusador estava enganado (...) Quando a prova era demonstrada pela acusação, o juiz voltava-se ao prisioneiro e dizia com efeito: ‘Você viu a evidência, o que você tem a dizer em seu favor? As implicações da questão do juiz eram perfeitamente claras. Quando um [acusado em julgamento por roubo em Surrey em 1739] respondeu simplesmente ‘eu não sou ladrão’, o juiz disse ‘você deve provar isso’, ele estava afirmando a situação em que cada prisioneiro se encontrava.⁶

Em 1789, meados do séc. XVIII, em meio à insatisfação de como eram tratadas as questões penais, os ideais iluministas totalmente contrárias ao sistema inquisitório, discussões sobre as funções do Estado-Juiz, os sistemas penais e como era aplicado, fez com que na França, por sua assembleia constituinte, finalmente fosse positivado pela primeira vez, o princípio da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em

⁵ FERRAJOLI, 2006, p. 506

⁶ Citado por MORO, Sérgio F. The privilege and common law criminal procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries. In: HELMHOLTZ, R. H. (org.). The privilege against self-incrimination: It's origins and development, p. 89.

seu art. 9º o qual dispunha de forma expressa que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁷.

Desse modo, o princípio da presunção de inocência assumiu papel importante no tocante à defesa e garantia do direito a liberdade e à prova perante o processo penal. Com o Código de Processo Penal francês de 1808, o qual instituiu o denominado sistema misto, confiado como modelo a toda Europa Continental e tido como um avanço em relação a legislação anterior, principalmente ao Código de Processo Penal francês de 1670.⁸

De outra forma, a DHHC, trouxe uma nova ótica do acusado fazendo com que o mesmo não fosse tratado como culpado antes do julgamento, não apenas isso como também era a garantia de que processo correria como era devido, uma vez que expressamente o princípio da não culpabilidade era derivado do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi apenas o marco inicial para o que se tornaria um princípio basilar nas mais diversas constituições e códigos penais que vieram a ser instituídos com o tempo, a constituição italiana, por exemplo, em 1948, assumiu que o acusado não poderá ser privado da liberdade senão mediante sentença definitiva que também coadunava com a Declaração Universal de Direitos Humanos emitida pela Organização das Nações Unidas também em 1948, após os conflitos da 2ª Guerra Mundial, evento esse em que ocorreram graves violações dos direitos humanos, em seu art. 11, dispunha que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”⁹.

Além desses textos normativos, também é possível citar outros como a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade, em 1950 em Roma, dispôs em seu item 6.2 o princípio da presunção de inocência e criou um órgão responsável pela efetividade desses princípios na Europa, a Corte Europeia dos Direitos do Homem. Pode-se citar também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre os Direitos

⁷FRANÇA,1789.

⁸GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coord.) **Comentários á Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p 441.

⁹Disponível em < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> > Acesso em 13 de Abril de 2016

Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), todas essas convenções além de outras constituições dos mais variados países aderiram gradualmente ao referido princípio.

Em nosso país, segundo o Código de Processo Penal de 1941 o réu deveria ser preso mesmo que recorresse da sentença penal condenatória, a liberdade nesse caso era a exceção, logo se pode perceber que o princípio da presunção de inocência não era presente no ordenamento jurídico brasileiro, ele só veio a aparecer explicitamente na Constituição Federal de 1988, no rol das cláusulas pétreas do art. 5º, LVII com a seguinte redação “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”¹⁰

Dessa forma é correto afirmar que é vedada a privação de liberdade e de direitos, conferida a quem é considerado culpado, a quem ainda não foi condenado por sentença penal definitiva, nas palavras de Aury Lopes Jr., “Em suma a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.”¹¹

Apesar de as constituições brasileiras anteriores conterem um rol dispondo sobre as garantias, estes eram meramente exemplificativos, nenhuma além da atual constituição trazia de forma expressa em seu bojo o princípio da presunção de inocência.

Isso veio a mudar devido à influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos demonstrando de forma aberta a necessidade de haver uma maior proteção aos direitos humanos, sendo ainda mais reforçado pela ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, que apesar de ser feito em 1969, o Brasil só veio a ratificá-lo em 1992. Desde então o princípio da presunção de inocência figura como um dos principais princípios do processo penal brasileiro.

2.2 A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Neste trabalho já foi descrita evolução histórica do princípio da presunção de inocência de tal forma que é possível inferir de maneira acertada que o mesmo passou por algumas modificações no decurso do tempo e de sua aplicação.

Em um primeiro momento esse princípio apenas garantia ao indivíduo acusado de que o mesmo teria o benefício da dúvida, ficando o ônus probante a cargo de quem alega, além de

¹⁰BRASIL. **Constituição Federal do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 11 de abril de 2016

¹¹LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª ed. p145

um julgamento justo, com o passar do tempo, houve a inversão desse princípio, logo o que era princípio da não culpabilidade tornou-se princípio da culpabilidade de maneira que se presumia a culpa e não a inocência e para além disso, a questão probatória voltou-se para o acusado sendo este o responsável por provar sua inocência uma vez que a presunção de inocência não era presente nesse sistema penal, o sistema inquisitório. O princípio da presunção de inocência somente voltou à tona com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 na França. No Brasil, esse princípio somente teve expressão na Constituição Federal de 1988, em que pela primeira vez em uma constituição brasileira estava presente de forma expressa.

Para entender melhor a importância do princípio da presunção de inocência, faz-se necessário entender o papel dos princípios no ordenamento jurídico atual, de tal forma que passaremos a analisar de forma breve, o papel dos princípios constitucionais brasileiros e sua aplicação no caso jurídico concreto.

Pois bem, as normas junto com os princípios atualmente compõe o corpo normativo do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, há uma diferença no que diz respeito a essas duas espécies, enquanto as normas preocupam-se em regulamentar as mais diversas circunstâncias específicas previstas pelo legislador, de outro modo, os princípios são os norteadores dessas normas, de como interpretá-las e aplicá-las, são regras gerais, diretrizes que não há como serem direcionadas por si só, logo seu significado não pode ser determinado em abstrato, somente nos casos concretos e somente neles pode-se entender seu alcance.

Da mesma maneira descreve Sérgio Moro:

As regras regulariam situações específicas e determinadas, enunciando os pressupostos necessários para sua aplicação. Já princípios constituíram apenas “standarts” ou “diretrizes”, pontos de vista que precisam ser considerados por seus destinatários, mas que não estabelecem as condições necessárias para sua aplicação, destinando-se a uma série absolutamente indeterminada de situações.¹²

Nesse mesmo sentido ainda citou Robert Alexy:

El punto decisivo para la distincion entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están

¹²MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos dos recursos**. Disponível em < http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/presuncao%20de%20inocencia%20e%20efeitos%20de%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.doc.> Acesso em 11 de abril de 2016.

caracterizados por el hecho de que se pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios e reglas opuestos.¹³

Logo, além de exemplificar, o antes já exposto, o referido autor ainda acrescenta que os princípios realizam o papel de mandados otimização, ou seja, os princípios têm um desempenho tão importante no tocante à aplicação da norma, posto de tal forma que estes se tornaram fontes subsidiárias do direito. Portanto é possível afirmar que se tal regra vai de encontro com um princípio constitucional, a mesma não é válida haja vista os princípios serem os norteadores da interpretação das normas ao caso concreto.

Verificada a definição do papel dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, segue-se com a análise específica do princípio da presunção de inocência. Em um primeiro momento faz-se mister saber que este princípio como já afirmado outrora, está previsto no art. 5º, LVII, o qual dispõe em outras palavras que ninguém será privado da sua liberdade, dos seus direitos e garantias, senão mediante sentença penal condenatória.

Para a doutrina majoritária isso implica em dizer que o princípio da presunção de inocência, é um princípio concernente ao indivíduo, conectado a prevalência de interesse do réu e a imunidade a autoacusação, conferindo a pessoa do acusado não somente o benefício da dúvida e a questão do ônus da prova que fica voltada a quem alega como também garante a este uma garantia de tratamento, haja vista se o acusado tem sobre si o manto da presunção de inocência, o mesmo deve ser tratado como tal até que ocorra o trânsito em julgado.

Em mesmo sentido, Guilherme Nucci infere:

Tem por finalidade servir de obstáculo à auto acusação, consagrando o direito ao silêncio. Afinal, se o estado natural é de inocência, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Por derradeiro, reforça o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal deve dar-se apenas quando absolutamente indispensável. Criminalizar todo e qualquer ilícito, transformando-se em infração penal, não condiz com a visão democrática do Direito Penal. O estado de inocência somente merece ser alterado para o de culpado quando se tratar de delitos realmente importantes – e não singelas insignificâncias ou bagatelas.¹⁴

Além dessa breve exposição é importante ressaltar os aspectos de garantia desse princípio, o primeiro deles é a própria presunção de não culpabilidade, que no momento da instrução processual inverte o ônus da prova, esse aspecto está correlacionado ao fato de que

¹³ALEX, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1993 p 86.

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.)

ninguém pode produzir prova contra si mesmo, dessa forma cabe a acusação levantar provas que demonstrem que a conduta criminosa em comento tenha sido realizado pelo então acusado. Nas palavras de Nereu José Giacomolli:

O encargo probatório é exclusivo da acusação no processo penal, bastando a defesa tornar crível a sua alegação. Isso não veda que esta, tanto na dimensão pessoal quanto técnica, aproveite a oportunidade processual de também produzir prova e contraprova, na dialética contraditória.¹⁵

Outro aspecto a ser apontado referente a esse princípio é o benefício da dúvida concedido ao réu, derivado do *in dubio pro reo*, presente principalmente na fase instrutória, essa faceta do princípio da não culpabilidade informa que quando houver alguma dúvida com relação às provas apresentadas, o acusado não poderá ser prejudicado por isso. Dessa forma, na racionalização valorativa entre a motivação fática e jurídica, na insuficiência probatória, na dúvida, ou diante de contradição, o julgador, como corolário da presunção de inocência, manterá o *status* de inocente, mediante absolvição plena”.¹⁶

O último aspecto a ser destacado, é também o menos aplicado, respeitado ou conhecido, trata-se do tratamento dirigido à pessoa do acusado, principalmente quando refere-se a questão da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em anterior entendimento do STF só era possível prisão de natureza processual antes de condenação, a prisão cautelar que ainda assim, necessita que vários requisitos sejam preenchidos para que tal prisão se cumpra. Da mesma forma aduz a doutrina de Nereu José:

O fato de estar sendo investigada ou processada, não retira da pessoa a integralidade do *status* que lhe confere a presunção de inocência, motivo por que não se admite qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo) de uma sentença sem o trânsito em julgado, ou mesmo de sentença absolutória ou extintiva de punibilidade. A estigmatização afasta a inocência em toda sua plenitude. As restrições somente se justificam, após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.¹⁷

Atualmente o STF em recente julgamento proferiu decisão que altera esse entendimento de forma que a execução provisória da pena não esteja tão somente em especulações de doutrinadores e juízes Brasil afora, mas sim uma realidade com a qual nos deparamos atualmente, mas esse assunto será tratado de forma mais específica no próximo tópico.

¹⁵GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p 443-444.

¹⁶Ibidem, p 444.

¹⁷Ibidem, p 444.

Por todo exposto, conclui-se que o princípio da presunção de inocência, concentra em sua essência em três garantias, conferidas ao sujeito acusado como também dispõe Capez:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.¹⁸

Portanto, o princípio da presunção de inocência trata-se de uma das mais importantes garantias concernentes ao indivíduo no processo penal haja vista sua importância estar além da simples questão probatória, que nesse quesito refere-se ao intuito probante por parte da acusação, uma vez que o mesmo imprime ao processo penal seguridade de tratamento a pessoa do acusado sendo este sujeito de direitos na relação processual, levando em conta que este deve ter seus direitos de cidadão preservados.

Direitos esses que podem ou não estar sendo violados, devido ao julgamento do STF mais recentes do Habeas Corpus 126.292, o qual permite que a pessoa do acusado seja preso mesmo sem que tenha ocorrido trânsito em julgado da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição, pendente seja de recurso especial para o Supremo Tribunal de Justiça, ou Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

3. DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Já se sabe que o princípio da presunção de inocência é o princípio que concede garantias ao sujeito acusado, uma delas é que este não pode ser considerado culpado, senão mediante sentença penal condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, até 17 de Fevereiro de 2016, o entendimento do STF no tocante a interpretação do princípio de presunção de inocência, era que tendo em vista o princípio constitucional da não culpabilidade, expresso no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, ficava vedada a prisão antecipada ou provisória de natureza processual antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória definitiva, com a exceção da prisão cautelar, que respeitados os requisitos, poderia ser realizada no decurso da ação penal, porém, esta não tem o intuito de antecipar a pena, assim a mesma era possível desde que seguisse os requisitos previstos no art. 312 de CPP:

¹⁸CAPEZ. 2003. p. 39.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).¹⁹

Entretanto, com o novo entendimento do STF em decisão prolatada na referida data no julgamento do *habeas corpus* 126.292, a aplicação do princípio da presunção de inocência deu espaço para que novamente a execução provisória fosse possível no processo penal.

A princípio o Código de Processo Penal de 1941, havia duas modalidades de prisão que poderiam ser realizadas no curso do processo, a primeira seria a prisão cautelar, prevista no art. 387, § 1º do CPP que dispunha:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)²⁰

Assim a prisão preventiva não tem cunho de punição ou de antecipar os efeitos da sentença, mas de garantir a integridade física e mental da vítima durante processo, no caso de violência doméstica, por exemplo. Portanto o magistrado deve analisar se estão presentes os pressupostos, para que seja decretada a prisão preventiva, caso contrário o acusado permanece em liberdade.

O segundo tipo de prisão que era prevista no CPP, é conhecida como execução provisória ou antecipada da pena, ela é assim chamada por dar-se antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e antecipa os efeitos da sentença, mesmo que ainda o acusado recorra por essa norma, ele aguardaria julgamento da apelação privado de seus direitos de cidadão, logo entende-se que essa não continha em seu âmago, sequer resquícios do princípio da presunção de inocência, dessa forma é fácil concluir que a execução provisória era permitida com base no art. 393, I e II, *in verbis*:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

¹⁹BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 1941, Código de Processo Penal.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm > Acesso em 20 de Abril de 2016

²⁰Ibidem

- I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;
- II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.²¹

Nesse artigo fica claro que nesse período a execução provisória da pena era completamente possível inclusive de sentença penal condenatória de primeiro grau, além disso, o réu mesmo sem que houvesse o trânsito em julgado teria o seu nome no rol dos culpados, outro ponto em que não coaduna com o princípio da não culpabilidade, haja vista estigmatizar o acusado sem que o mesmo fosse considerado culpado. Felizmente esse artigo foi revogado pela Lei 12.403 de 04 de Maio de 2011, lei essa que altera dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, relativos a prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

Da mesma forma, os art. 594 e 595 do Código de Processo Penal também foram revogados, entretanto por leis diferentes o art. 594, revogado pela Lei 11.719 de 2008 que altera dispositivos do CPP, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Já o art. 595 fora revogado pela mesma lei que revoga o dispositivo do Código de Processo Penal que permite a execução provisória, estes por sua vez condicionavam o recurso de apelação ao estado de prisão do acusado ferindo não somente o princípio da não culpabilidade, como também o do contraditório e da ampla defesa. Observe o texto de lei já revogado:

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973)

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.²²

Mesmo sendo os dispositivos acima revogados, a execução antecipada da pena sempre consegue de alguma forma se fazer possível, no livro IV que trata sobre a execução, no art. 669, I do CPP:

Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo:
I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;
II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

²¹Ibidem.

²²Ibidem.

Esse texto normativo faz ressalva sobre o trânsito em julgado quando trata-se de sentença penal condenatória, sendo este dispositivo utilizado para fundamentar juridicamente a prisão do acusado quando este ainda tem a hipótese do recurso, de outro modo em seu inciso II verifica-se a possibilidade de se absolvido, o acusado não necessitar aguardar o período do trânsito em julgado para que seja solto, desde que o crime que lhe fora imputado não tenha pena por tempo igual ou superior a oito anos.

Além disso, no art. 105 da Lei de Execução Penal trata de forma expressa que só após o trânsito em julgado o juiz expedirá a guia de recolhimento de execução, senão vejamos,

Art. 105. 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.²³

Portanto, sendo a guia de recolhimento sendo expedida somente após o trânsito em julgado, encontra-se o primeiro dispositivo inviabilizando a execução provisória ou antecipada da pena, ou seja, aquela realizada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com intuito de antecipar os efeitos dessa sentença, mesmo que ainda seja resguardado ao acusado o direito ao recurso.

Sabe-se que de sentença de primeiro grau é cabível apelação para o segundo grau de jurisdição, essa por sua vez tem efeitos devolutivo (após o julgamento em segunda instância, o processo é devolvido para o juízo *a quo* para que esse dê seguimento á execução do acórdão prolatado na segunda instância) e suspensivo (a interposição do recurso faz com que o processo principal fique suspenso até o julgamento deste, dando então continuidade a execução), segundo o art.597 do CPP:

Art. 597. A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (art. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.²⁴

Levando em conta que o art. 393 do CPP fora revogado, o referido dispositivo informa que, mesmo que a sentença penal condenatória condene o acusado, a apelação faz com que este recorra em liberdade. Além disso, no efeito suspensivo da apelação, há exceção prevista no art. 596 do CPP, o qual trata em seu *caput*:

²³Ibidem.

²⁴Ibidem.

Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973)

Parágrafo único. A apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente.²⁵

Tendo em vista o texto acima, presume-se que com relação a sentença absolutória, o efeito suspensivo da apelação não pode ser aplicado, uma vez que sendo o acusado absolvido o mesmo pode de imediato ser liberto, se preso estiver.

No entanto o mesmo não acontece com a sentença prolatada em segunda instância, isso ocorre devido os recursos cabíveis de sentença em 2º grau, serem os recursos especial para o Supremo Tribunal de Justiça e recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, e ambos os recursos não suspendem o processo principal, nos termos do art. 637 do CPP “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.”²⁶

De forma que a partir da sentença já pode ser dada início a fase de execução, uma vez que ambos os recursos têm efeito meramente devolutivo, efeito esse cabível em todo recurso, entretanto o efeito suspensivo não está presente nessas espécies de recurso.

Com base nos apontamentos legislativos acima, o panorama da execução provisória da pena pendente de recurso estava montado da seguinte maneira, na primeira instância, sendo a sentença condenatória, é respeitado o período do trânsito em julgado e de interposição de apelação, para somente após o seu julgamento seja dado início a execução, em caso de absolvição, nos termos do art. 596 do CPP, não seria necessário aguardar o trânsito, mesmo que seja interposta apelação, para o segundo grau.

Em sentença penal de segundo grau sendo esta absolutória, da mesma forma que ocorre na primeira instância a pessoa do acusado não precisa aguardar o trânsito, ocorre a execução provisória da mesma forma e se for sentença penal condenatória, o réu poderá ser preso mesmo sem que tenha decorrido o trânsito em julgado, haja vista os recursos cabíveis de dessas sentenças (recurso especial e recurso extraordinário) não produzirem efeito suspensivo, dando portanto, continuidade a execução da pena de forma que o STJ e o STF em julgamento deram entendimento favorável com base, muitas vezes na súmula 267 do STJ que confirma, “a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem

obsta a expedição de mandado de prisão”²⁷, como é observado nas seguintes decisões prolatadas pelo STJ e pelo STF sobre o tema:

- Decisão prolatada de *habeas corpus*, em recurso especial para o STF de sentença de primeira instância, julgado pela 1ª turma.

HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO ACUSADO - INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO - POSSIBILIDADE DE PRISÃO IMEDIATA DO CONDENADO - MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO AO PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL - DELIBERAÇÃO QUE NÃO VINCULA OS TRIBUNAIS SUPERIORES - PEDIDO INDEFERIDO. PRISÃO DO SENTENCIADO E INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. - A mera interposição dos recursos de natureza excepcional - recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) - não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes. JUIZ QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL. - A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal ad quem - porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal - faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de primeiro grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE DO RÉU. O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E PRISÃO ANTECIPADA DO CONDENADO. - O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede - em tema de proteção ao status libertatis do réu (Artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366- SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade.²⁸

²⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Súmula 267**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2650&seo=1>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

²⁸STF - HC: 72610 MG, Relator: CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 05/12/1995, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 06-09-1996

Com mesmo entendimento prolatou decisão, o STJ:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO. RECORRER EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Persiste a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que, sendo desprovido de efeito suspensivo o recurso especial, a sua interposição não inibe a expedição de mandado de prisão após o julgamento do apelo, não havendo falar, em casos tais, em violação qualquer do princípio constitucional da presunção de inocência. 2. "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão." (Súmula do STJ, Enunciado nº 267). 3. Ordem denegada.²⁹

Esse panorama se manteve até 2009, quando por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal julgou o *habeas corpus* de número 84.078, em recurso extraordinário. A corte rechaçou a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, vez que tal instituto feria o princípio da não culpabilidade, perfazendo em seu relato pontos até então discutidos nesse trabalho, como a aplicação do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal do Brasil, logo apenas a prisão cautelar poderia ser decretada antes do trânsito em julgado.

Assentando também que a execução provisória limitava o exercício da ampla defesa, uma vez que esse também deveria estender-se a fase recursal do processo, sendo a execução de sentença após o julgamento de apelação, considerada uma restrição a esse direito, gerando dessa forma certo desequilíbrio entre a pretensão estatal de punir e o direito individual do acusado.

Verificou ainda que manutenção da execução provisória de sentença condenatória antes do trânsito em julgado favoreceria apenas os magistrados, uma vez que com o contrário o STF e STJ ficariam afundados em processos, tomando isso como uma atitude de “jurisprudência defensiva”.

No fim, reafirmou que mesmo a pessoa do acusado, indiciado, ou condenado é sujeito de direito na relação processual e que, portanto, deve tê-los respeitados. Segue abaixo a ementa do acórdão que concedeu o *habeas corpus* e proferiu novo entendimento sobre a respectiva celeuma:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA

²⁹STJ - HC: 31378 RJ 2003/0194129-1, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 06/04/2004, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 22.09.2008.

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 a 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 subseqüentes 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. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São

pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.³⁰

A partir da ementa acima colacionada e do acórdão que dispõe o entendimento da Corte Suprema, ficou determinado que a execução de sentença penal condenatória de 2º grau sem trânsito em julgado é inconstitucional haja vista ir de encontro com o princípio constitucional da presunção de inocência e a ampla defesa, nas palavras do relator, Eros Grau “não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do artigo 5º”³¹.

Contudo, como foi informado no início desse trabalho, a discussão não cessou, pois apenas seis anos após ser proferido esse entendimento, em 17 de Fevereiro de 2016, novamente por sete votos a quatro, o mesmo fora alterado no julgamento do *habeas corpus* de número 126.292, considerando ser possível a execução antecipada de sentença penal condenatória de segundo grau, de forma que o seu relator, o Ministro Teori Zavaski, fundamentou seu voto, de forma a dar “nova” interpretação ao princípio da presunção de inocência.

O “nova” entre aspas se refere ao fato de que esse novo entendimento nada mais é, que o antigo entendimento com relação a esse princípio, uma vez que fora reafirmado que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória de segundo grau, não fere o princípio da presunção de inocência, haja vista os recursos para instâncias superiores, não figurarem como terceiro ou quarto grau de jurisdição, uma vez que a matéria a ser tratada nesses recursos, são matérias de direito e não matéria fática, desse modo haveria uma preclusão da matéria no processo, sendo portanto o efeito suspensivo negado aos recursos dessa natureza, nas palavras do relator,

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.³²

Para além disso, ainda ressaltou que o princípio da presunção de inocência interfere apenas na questão probante e apenas nas instâncias ordinárias, ressalte-se primeiro e segundo

³⁰STF – HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010

³¹Ibidem.

³²STF - HC: 126.292/SP, Relator: Min. TEORI ZAVASKI. Data de Julgamento: 17/02/2016. Tribunal Pleno.

grau de jurisdição, sendo possível a concretização dos efeitos do acórdão proferido em segundo grau, utilizando-se ainda do exemplo da Lei Complementar 135/2010 (Ficha Limpa), na qual bastava apenas que houvesse sentença condenatória pelos crimes por ela elencados para que se torne inelegível o possível candidato, havendo nesse patamar, a execução provisória uma vez que mesmo antes do trânsito em julgado, a condenação já produz seus efeitos, nas palavras do ministro Zavaski:

Realmente, 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. Nessa trilha, aliás há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, 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.³³

Em seu voto, o relator ainda colacionou jurisprudências de variados países como Inglaterra, Alemanha, França, Estados Unidos da América, entre outros para demonstrar que essa decisão não é uma novidade brasileira e que para tanto o país estaria apenas se igualando ao modelo internacional.

Está claro que o relator se utilizou de argumentos da antiga jurisprudência e de jurisprudência de outros países concernentes ao tema, para fundamentar o seu voto, no entanto ele representa apenas a maioria e não a unanimidade desses votos, de modo que alguns dos ministros se expressaram de forma descontente com essa decisão, a exemplo do Ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski que em entrevista a um site jurídico, lamentou a decisão e o triunfo do antigo entendimento.

4. IMPASSE: EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL x GARANTIA DO INDIVÍDUO

³³ Ibidem.

Os conceitos, aplicações e entendimentos favoráveis/desfavoráveis ao princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena de sentença penal condenatória de segundo grau, antes do trânsito em julgado, figuram um embate entre esses dois institutos.

De um lado busca-se garantir que o acusado seja considerado inocente, sendo esse ônus probante, dirigido a acusação, e só então venha a sofrer os efeitos penais durante a tramitação processual penal da sentença condenatória transitada em julgado. De outra banda, muitos juízes e doutrinadores defendem o entendimento de que mesmo sem o trânsito em julgado da sentença que condena o réu, essa já deva surtir seus efeitos, uma prática que há muito, tem sua cultura enraizada desde a gênese do processo penal brasileiro.

Diante deste embate encontra-se o Estado – Juiz, representante da vontade do povo soberano, com a missão de proteger as garantias individuais do ser humano, e a segurança da sociedade, visando manter um equilíbrio entre esses institutos antagônicos.

E é dessa perspectiva que surge o impasse que é formado pela pretensão de punir do Estado, garantindo assim a segurança em geral, e ao mesmo tempo por o dever de proteger os direitos do indivíduo, mesmo que este seja a pessoa do indiciado, acusado, ou condenado em um processo penal, uma vez que o princípio da presunção de inocência garante que este sujeito também é indivíduo de direitos na relação processual.

Na última decisão do colendo admite-se que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, de certa forma perdeu a luta, mas não a batalha, essa expressão se dá por que observando o contexto atual em que se encontra o país, o descontentamento por parte da população com relação à impunidade, a qual só tem se elevado nos últimos anos, crimes de corrupção, crimes violentos, entre outros, algo deveria ser feito a respeito.

Assim assevera Willian Garcez,

É visível que a Suprema Corte decidiu pela possibilidade de execução provisória da pena, após o duplo grau de jurisdição, atendendo aos anseios sociais, dado o momento histórico de combate a corrupção que o país atravessa, quando estamos diante da maior operação da Polícia Federal de toda a história. A intenção por trás do julgamento, nesse contexto, é louvável e precisa, pois, com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal pretende dar um basta à impunidade generalizada dos barões do crime que, por meio de seus defensores, protelam – e, por vezes, inviabilizam –, a aplicação da pena, empurrando os processos por longos anos, de uma forma quase que ad infinitum.³⁴

³⁴GARCEZ, Willian. **A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292**. Disponível em < <http://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292> > Acesso em 03 de Maio de 2016.

Nesse diapasão o Supremo Tribunal Federal não excluiu por completo o princípio da presunção de inocência do processo penal, contudo relativizou sua interpretação de modo a fazer com que agora o mesmo passasse a figurar somente em recurso para segunda instância, utilizando-se do argumento que nos recursos para as instâncias superiores, não há efeito suspensivo de forma que pode ser dado início a execução provisória e sendo o mesmo condenado, a mesma converte-se em execução definitiva.

A relativização do princípio da presunção de inocência foi o meio termo encontrado pela Corte Suprema para equilibrar a situação conflitante, uma vez que com o último entendimento não foi criado nenhum enunciado que vinculasse o antigo entendimento às decisões judiciais nas instâncias ordinárias, fazendo com que dessa forma, os magistrados continuassem a expedir mandado de prisão no bojo da sentença penal condenatória de segundo grau e conseqüentemente, mais recursos seriam apresentados para apreciação às instâncias superiores, que se amontoariam nesses tribunais, tornando mais caótico o volume de demanda de processos nestas cortes, atingindo ao direito social do acesso a uma justiça célere e eficiente.

Sobre a questão da interpretação da presunção de inocência em relação a execução provisória também discorre Sérgio Fernando Moro,

A correta interpretação do princípio da presunção de inocência vincula-o à questão probatória. Isso não quer dizer que o princípio não possa ser maximizado e surtir outros reflexos no processo. Um deles, diz respeito a situação do acusado antes do julgamento. Até este momento processual, impor restrições a sua liberdade ou a seus bens deve ser tido como medida excepcional. Após a demonstração da responsabilidade criminal, mesmo por julgamento não-definitivo, a situação processual pode ser diferente. A opção pela interpretação exacerbada, proibindo a execução provisória, ainda contradiz o momento histórico atual, em que a sociedade reclama uma Justiça mais eficaz, especialmente em relação a crimes graves, violentos ou de colarinhos brancos.³⁵

Da mesma forma que no direito comparado, o ordenamento jurídico brasileiro, prima pelo direito coletivo acima do individual de forma que a segurança da sociedade, a satisfação social e a efetividade da função jurisdicional, ocasionou a relativização do princípio supracitado.

³⁵MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos dos recursos**. Disponível em < http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/presuncao%20de%20inocencia%20e%20efeitos%20de%20recurso%20-%20Sergio%20Fernando%20Moro.doc> Acesso em 11 de abril de 2016.

Contudo, não se pode olvidar que em análise do voto do relator, no julgamento do HC 126.292/SP, houve uma mitigação de um texto constitucional alocado no rol das garantias individuais, em razão de lei federal, mais especificamente o art. 637 do código de processo penal, quando o que deveria ocorrer era o inverso, de maneira que acaba por criar um precedente “vicioso”, haja vista este ser um direito constitucional individual, garantidor dos direitos inerentes ao acusado, e este por sua vez ter sua interpretação alterada sem que para tanto tenha havido um procedimento mais gravoso para sua devida alteração em favor da descrição no entendimento jurisprudencial, da seguridade social e efetividade da função jurisdicional, gerando risco de que essa decisão se torne precedente para outras decisões semelhantes, vindo a limitar cada vez mais as garantias individuais.

No mais, o argumento no qual se baseou o relator para justificar o atual entendimento, tem como base a jurisprudência de outros países como Estados Unidos da América e Alemanha, não é sólido o suficiente, tendo em vista que tais entendimentos se aplicam nos respectivos sistemas penais, mas cumpre salientar que diferem do sistema penal brasileiro e desse modo o que vem a funcionar em um sistema penal, não necessariamente venha a obter os mesmos resultados satisfatórios, uma vez que possuem realidades e culturas diferentes das quais surgirão consequências diferentes.

Não se legitima os meios pelos fins, da mesma forma que não se legitima a decisão do Pretório Excelso em limitar os direitos inerentes aos indivíduos de recorrer em liberdade, previstos na Constituição Federal em seu art. 5º, LVII, utilizando-se meio impróprio para tal, além de passar por cima não somente da norma máxima como também do Pacto de São José da Costa Rica, a jurisprudência anterior, em favor de um direito disposto em lei hierarquicamente inferior, utilizando-se do direito comparado e de argumentos de entendimentos, que mesmo que condigam com a atual realidade brasileira, não são suficientes para transformar de forma negativa a interpretação de uma cláusula pétrea a qual só poderia ser alterada ou suprimida pelo legislador constituinte originário.

É notório que as consequências dessa decisão serão muito mais negativas do que benéficas, pois se assegura que a sociedade se sentirá mais segura, ocorrerá o inverso, pois que segurança jurídica terá uma sociedade, na qual a sua corte suprema não respeita os trâmites legais para que ocorra a alteração na interpretação de um preceito fundamental concernente a liberdade do indivíduo, acarretando a criação de um precedente negativo dando espaço para que isso aconteça mais vezes?

No mais, se a real intensão dessa decisão era desobstruir os tribunais superiores, o mesmo não vai acontecer, haja vista o elevado número de habeas corpus que serão

impetrados, pois do mesmo modo que não houve a criação de uma súmula ou enunciado que solidificasse a decisão anterior, o mesmo vai acontecer com esse novo entendimento caso nada seja feito para regulamentar o novo entendimento.

Com base no exposto, não assiste razão ao último entendimento do STF com relação a execução provisória de sentença penal condenatória de segundo grau pendente de recurso para as instâncias superiores em desfavor do princípio da presunção de inocência, resultando na sua limitação através da relativização da interpretação desse princípio, pela qual só seria assistido por esse princípio as instâncias ordinárias de jurisdição sendo então possível a execução provisória da sentença condenatória de segundo grau.

5 CONCLUSÃO

Foi averiguado no decorrer deste trabalho que o princípio da presunção de inocência fora um dos primeiros princípios inerentes ao indivíduo a ser observado no processo penal, no entanto o mesmo sofreu diversas modificações em sua aplicação. Atualmente ele está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal e traz consigo três aspectos concernentes o processo penal, o benefício da dúvida do qual se origina o *in dubio pro reo*, do qual entende-se que o réu não poderá ser prejudicado em razão da dúvida do magistrado.

Outro aspecto relevante consiste na questão probatória, uma vez que se ao acusado é garantida a presunção de que o mesmo seja inocente até que se prove o contrário, não cabe a ele constituir prova contra ele mesmo, ficando o encargo do ônus probante a cargo da acusação.

O último aspecto relevante do princípio da não culpabilidade é com relação ao tratamento dispensado ao réu, uma vez que, se este é presumidamente inocente, cabe ao mesmo, tratamento pertinente, de outra banda esse aspecto também refere-se a questão da prisão antecipada de sentença penal condenatória pendente de recurso especial e extraordinário, o qual, segundo texto normativo expresso na constituição não seria possível, uma vez que o mesmo afirma que só será privado de seus direitos e garantias aquele que fosse condenado em sentença penal condenatória transitada em julgado.

No entanto, por muito tempo a execução provisória predominou no processo penal, mesmo que houvesse esse princípio previsto na CF/88. Tal entendimento só veio a ser verdadeiramente interpretado em 2009 com a decisão prolatada pelo STF, assumindo que em razão do princípio da presunção de inocência, o acusado deveria recorrer em liberdade para instâncias superiores.

Contudo, um novo entendimento foi tomado pela corte suprema, o qual possibilita novamente a execução provisória de sentença ou acórdão de segundo grau, haja vista os recursos cabíveis não possuem efeito suspensivo, de forma tal que a sentença pode de pronto ter os seus efeitos penais em vigor mesmo sem que tenha decorrido o prazo para interposição de recurso. O relator dessa decisão também vale-se do direito comparado para argumentar em favor da execução provisória de sentença de segundo grau, pelo qual nenhum dos países citados pelo ministro se utilizam da interpretação absoluta do referido princípio, de forma que em todos há de alguma maneira a execução provisória da pena.

Por outro lado, compreende-se que equilibrar uma balança na qual em um prato tem uma garantia individual e do outro um direito social, não é das tarefas mais fáceis que o colendo tribunal deve realizar, de modo que a mesma vai decaindo sempre para o lado em que o clamor social é maior principalmente, contudo isso não legitima que o Supremo Tribunal Federal altere o entendimento de uma cláusula pétrea, a qual tem redação clara e específica, sem que para tanto utilizasse o procedimento devido.

Por todo exposto, conclui-se que tal decisão do Supremo Tribunal Federal não é compatível com o texto expresso na Carta Maior, em alterar o anterior entendimento sobre a aplicação do princípio da presunção de inocência no processo penal de forma a favorecer um direito social (efetividade da função jurisdicional) em detrimento deste princípio constitucional sem o rito necessário, fazendo com que a execução provisória seja novamente possível, e o direito de recorrer em liberdade seja cada vez mais limitado, haja vista o princípio que resguarda essa liberdade se encontra cada vez mais mitigado, de forma que o mesmo agora atinge apenas as instâncias ordinárias abrindo precedente “negativo” para que outras decisões em mesmo sentido sejam encorajadas, evento este que não deve acontecer, caso contrário, estaremos presenciando o início do colapso da atual Constituição.

THE PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF PENALTY A NEW UNDERSTANDING OF THE FEDERAL SUPREME COURT LIGHT

ABSTRACT

This study seeks to analyze objectively the principle of presumption of innocence, its historical evolution, constitutional importance in criminal proceedings, and also consider the provisional execution of criminal sentence without res judicata, a topic addressed in the judgment of habeas corpus 126,292 / SP, which in turn changed the interpretation of the principle mentioned above in favor of early implementation in the second degree, which is also analyzed in this work in order to verify its compatibility with the art. 5, LVII of the Constitution. We used the qualitative inductive method, through the relevant legislation of reading the topic, articles, academic works that are willing to discuss the issue, and therefore the survey of literature form, so that it can be concluded that such an understanding of the Supreme Court not used in a way compatible to change the principle of no guilt and consequently with the highest law of the Brazilian legal system

Keywords: Principle. Execution . Federal Supreme Court. STF.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ailton Silva. **Execução provisória na pendência de recursos de natureza extraordinária: entendimento do STF**. Brasília, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BOTELHO, Caio Rothsahl. **A impossibilidade da execução provisória da pena decorrente de sentença penal condenatória: entendimento do STF**. Florianópolis, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 1941, Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm > Acesso em 20 de Abril de 2016

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Súmula 267**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2650&seo=1>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

FRANÇA, **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos> > Acesso em 11 de abril de 2016.

GARCEZ, Willian. **A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292**. Disponível em < <http://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292> > Acesso em 03 de Maio de 2016

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 11.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MORO, Sérgio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos dos recursos**. Disponível em < http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/combate/presuncao%20de%20inocencia%20e%20efeitos%20de%20recurso%20%20Sergio%20Fernando%20Moro.doc> Acesso em 11 de abril de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STJ – **HC 31378/RJ** 2003/0194129-1, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 06/04/2004, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 22.09.2008.

STF – **HC 72610/MG**, Relator: CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 05/12/1995, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 06-09-1996

STF - **HC: 84.078/MG**. Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010

STF - **HC: 126.292/SP**. Relator: Min. TEORI ZAVASKI. Data de Julgamento: 17/02/2016. Tribunal Pleno.