



UEPB
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ERICKA FERNANDA CANDIDO DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA
DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

CAMPINA GRANDE-PB
2019

ERICKA FERNANDA CANDIDO DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA
DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Centro de Ciências Jurídicas, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

Área de concentração: Direito constitucional e processual penal.

Orientadora: Professora Dra. Rosimeire Ventura Leite.

**CAMPINA GRANDE-PB
2019**

É expressamente proibido 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 do trabalho.

S586p Silva, Ericka Fernanda Candido da.
O princípio da presunção de inocência e a execução antecipada da pena no ordenamento jurídico brasileiro [manuscrito] / Ericka Fernanda Candido da Silva. - 2019.
29 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.
"Orientação : Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Presunção de inocência. 2. Execução provisória. 3. Trânsito em julgado. 4. Efetividade do direito penal. I. Título
21. ed. CDD 345.05

ERICKA FERNANDA CANDIDO DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA
DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Centro de Ciências Jurídicas, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

Área de concentração: Direito constitucional e processual penal.

Orientadora: Professora Dra, Rosimeire Ventura Leite.

Aprovada em: 19/06/2019.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Alexandre Cordeiro Soares
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Charles Morais de Lima
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

A Deus e aos meus pais, pelo amor e carinho, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois sem ele não teria conseguido chegar até aqui! Sempre esteve presente e nunca me desamparou, a Ele seja dada toda honra e toda glória. Não tenho palavras para expressar a minha gratidão.

Aos meus pais que são o meu alicerce, nada disso seria possível sem o apoio e esforço deles. Sou muito feliz por tê-los ao meu lado, pois nos momentos em que mais precisei sempre estiveram comigo.

Ao meu namorado, pela compreensão e apoio durante a conclusão do meu curso.

Por fim, agradeço aos meus amigos, em especial aqueles que conquistei durante a graduação, por compartilharem comigo todas as alegrias e tristezas.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	8
2.1	EVOLUÇÃO E NORMATIVIDADE	8
2.2	DIFERENCIAÇÃO: REGRAS E PRINCÍPIOS	8
2.3	O DEVER DA PROPORCIONALIDADE	11
3	DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
3.1	ORIGEM	14
3.2	DA PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
3.3	DO DIREITO COMPARADO	16
3.4	CONCEITO E ALCANCE	18
4	DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA	20
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
	REFERÊNCIAS	25

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE PRELIMINARY EXECUTION OF THE PENALTY IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Ericka Fernanda Candido da Silva¹

RESUMO

Com a positivação do princípio da presunção de inocência na Constituição da República Federativa de 1988 o constituinte originário dispôs que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal considerou que a garantia da presunção de inocência não era violada com a execução provisória da pena. Diante disso, o presente artigo irá analisar a constitucionalidade da execução antecipada da pena no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, serão analisados os princípios jurídicos no que diz respeito à sua evolução histórica, normatividade e diferenciação entre as regras jurídicas. Também analisar-se-á o princípio da proporcionalidade como instrumento hábil a solucionar os conflitos principiológicos. Além disso, será realizada a pesquisa acerca da garantia da presunção de inocência em relação a sua origem histórica, positivação no ordenamento jurídico brasileiro, a sua aplicação no direito comparado e o seu conceito e alcance a partir do disposto no art.5, inciso LVII da CFRB/1988. Para viabilizar o presente artigo utilizar-se-á o método observacional, com abordagem descritiva e explicativa e quanto ao meio a ser utilizado ela será bibliográfica e documental. Ao final, conclui-se pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Palavras chaves: Presunção de inocência. Execução provisória. Trânsito em julgado. Efetividade do direito penal.

ABSTRACT

With the adoption of the principle of presumption of innocence in the Constitution of the Federative Republic of 1988, the original constituent ordered that no one will be considered guilty until the final res judicata. However, in 2016 the Federal Supreme Court considered that the guarantee of the presumption of innocence was not violated with the provisional execution of the sentence. Therefore, this article will analyze the constitutionality of the anticipated execution of the sentence in the Brazilian legal system. To this end, the legal principles will be analyzed with respect to their historical evolution, normativity and differentiation between the legal rules. The principle of proportionality will also be examined as a useful tool to solve the conflicts of principles. In addition, research will be carried out on the assurance of the presumption of innocence in relation to its historical origin, positivation in the Brazilian legal system, its application in comparative law and its concept and scope from the provisions of article 5, item LVII of CFRB / 1988. In order to make this article feasible, the

¹ * Aluna em graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. E-mail: erickadireito@gmail.com

observational method will be used, with a descriptive and explanatory approach and as to the medium to be used, it will be bibliographical and documentary. In the end, the provisional execution of the sentence is unconstitutional.

1 INTRODUÇÃO

Resultante dos ideais iluministas do final do século XVIII a garantia da presunção de inocência consiste em um direito fundamental legitimado pelos ideais do estado democrático de direito na medida em que confere um estado de inocência e que impõe limites ao Estado no decorrer da persecução penal. Trata-se de um dos mais importantes valores político-ideológicos do estado brasileiro, pois através do tratamento condigno conferido ao réu há garantia da dignidade da pessoa humana.

A garantia da presunção de inocência ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro a partir da adesão do país a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo artigo 11.1 a regulamentou expressamente. Hodiernamente é positivada no inciso LVII, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual dispõe que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Não obstante a isso, o Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Carta Maior de 1988 até o ano de 2009 entendia que a presunção de inocência não impedia a execução da sentença condenatória quando confirmada pelo segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes os recursos especiais e extraordinários. No entanto, com o julgamento do Habeas Corpus 84078/MG, no ano de 2009, o STF mudou de posicionamento, pois entendeu que a execução provisória da pena infringia o disposto no inciso LVII, do art. 5º da CFRB/1988. Mesmo diante dessa virada jurisprudencial, em 2016 o plenário do STF passou a entender que a presunção de inocência não impede o cumprimento da pena ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Em razão dessa oscilação jurisprudencial, surge a necessidade de serem feitas análises concernentes ao conceito e alcance da presunção de inocência e a possibilidade jurídica da execução provisória da pena no ordenamento brasileiro.

Desse modo, indaga-se: é possível a execução provisória da pena após o duplo grau de jurisdição, ainda que pendentes os recursos especiais e extraordinários, levando-se em consideração o disposto no art.5º, inciso LVII da CFRB/1988?

A fim de responder esse questionamento, faz-se necessário analisar a evolução e normatividade dos princípios e a sua diferenciação entre regras jurídicas, assim como instruir-se sobre o princípio da proporcionalidade.

Feito isso, estudar-se-á a origem da presunção de inocência, sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, sua regulamentação no direito comparado e por fim o seu conceito e alcance na Constituição brasileira.

A partir disso, restará que a execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro não é possível tendo em vista a opção do legislador constituinte em exigir o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Para viabilizar a presente pesquisa utilizar-se-á o método observacional, com abordagem descritiva e explicativa, uma vez que irá analisar as características de determinado fenômeno jurídico. Quanto ao meio a ser utilizado, a pesquisa realizar-se-á por meio dos procedimentos bibliográfico e documental, posto que, a base deste trabalho será materializada através da análise da literatura e textos normativos sobre o tema.

Ao final, conclui-se que os objetivos foram atendidos e a pergunta resta respondida com confirmação da hipótese, indicando que a execução provisória da pena é inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro

2 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

2.1 EVOLUÇÃO E NORMATIVIDADE

Hodiernamente os princípios são considerados como normas jurídicas, visto que estão no topo do ordenamento jurídico, não servindo apenas como fonte supletiva, já que são considerados como normas aptas a aplicar o direito quando demandados, além de servirem como fontes interpretativas de todo o ordenamento jurídico. E o que se verifica na medida em que abandonaram o papel puramente axiológico e falta de efetividade jurídica.

Para ter reconhecida a sua normatividade, constata-se que os princípios passaram por um longo percurso histórico para alcançá-la. Segundo o autor Paulo Bonavides (2012), os princípios no período jusnaturalista, época marcada pelos pensamentos do direito natural, eram mera abstração filosófica, sendo duvidoso o seu caráter normativo, já que praticamente não existia. Tratava-se de ideias abstratas inspiradas nos ideais de justiça.

Posteriormente, no denominado período positivista, os princípios passaram a ingressar nos códigos como fonte subsidiária, conferindo completude ao ordenamento jurídico quando este apresentasse lacunas, no entanto, ainda não possuíam normatividade. Nesse período, percebe-se que reputavam-se como existente apenas o direito posto pelo Estado, o qual era exteriorizado por regras. Dessa forma, verificava-se, a ineficácia dos princípios, uma vez que eles não integravam o ordenamento jurídico, isto é, não eram normas aptas a serem aplicadas a demandas judiciais, posto que, só eram aplicados quando não houvesse uma regra a regulamentar um caso em concreto.

Apenas com o pós positivismo, no período compreendido entre o século XX e que se acentuou após a segunda guerra mundial, que houve o reconhecimento da juridicidade dos princípios, tendo em vista a posição jurídica a que foram elevados, vez que, nesse momento estavam no topo das constituições, conferindo à mesma unidade, sistematicidade e dimensão axiológica valorativa (BONAVIDES, 2012).

2.2 DIFERENCIAÇÃO: REGRAS E PRINCÍPIOS

Reconhecida a normatividade dos princípios jurídicos, torna-se crucial a sua diferenciação em relação às regras, tendo em vista que se trata de duas espécies distintas de norma jurídica. Em relação aos critérios diferenciadores, destacam-se na doutrina as teorias baseadas na distinção fraca, na distinção forte e da conformidade que rejeita por completo a possibilidade de diferenciação entre regras e princípios.

A teoria da distinção fraca, defendida por autores como Josef Esser, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, é a tese que estabelece como critério diferenciador o grau de abstração e indeterminação atribuídos aos princípios. Além disso, informam que os princípios serviam como fundamento para a tomada de decisão. Nessa perspectiva, Humberto Ávila (2005) afirma que na concepção de Canaris há dois critérios diferenciadores entre princípios e regras. O primeiro seria o conteúdo

axiológico, pois diferentemente das regras, os princípios possuiriam caráter mais valorativo necessitando para tanto das regras para a sua concretização. O segundo diz respeito ao modo de interação com outras normas, uma vez que os princípios seriam aplicados através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

A tese da distinção forte tem como precursores os autores Ronald Dworkin e Robert Alexy. Dworkin (2007) em seus estudos revela que a distinção entre regras e princípios é revelada a partir do plano lógico. Diante disso, esclarece que as regras são normas jurídicas aplicadas à maneira do tudo ou nada, mediante a correspondência dos fatos ao respectivo texto normativo. Além disso, relata que em casos de conflitos entre regras, uma delas não será válida, pois irá ser revogada do sistema jurídico mediante a observância de critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento, como o cronológico, o da hierarquia ou o da especialidade.

Nesse sentido:

“Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”. (DWORKIN, 2007, p.43)

No tocante aos princípios, o referido autor os define como normas que estabelecem padrões a serem atingidos em busca da justiça e equidade. Trata-se, de normas caracterizadas pela sua importância ou peso e que em casos de conflitos entre essa espécie normativa deverá ser levado em consideração para a sua solução a relevância jurídica de cada um no caso em concreto, devendo prevalecer aquele princípio que tem peso maior.

Alexy (2008), informa que o critério mais utilizado para a diferenciação entre princípio e regras é o da generalidade na medida em que os princípios são caracterizados como normas de alto grau de generalidade, enquanto que as regras são normas com menor grau de abstração. Entretanto, ele afirma que o critério de distinção entre princípios e regras é o qualitativo, na medida em que os princípios são normas que ordenam algo a ser cumprido, estando limitados por situações fáticas e jurídicas, enquanto que as regras são normas que serão sempre aplicadas, não havendo entre estas limites fáticos e jurídicos que impossibilitem a sua aplicação, ou é válida e então aplica-se a regra, ou inválida, sendo por consequência excluída do ordenamento jurídico. Assim relata Alexy (2008, p.90) in verbis:

“Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também jurídicas (...) Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.

Do exposto, percebe-se que as classificações de Dworkin e Alexy se complementam. Tal fato fica evidente na medida em que definem as regras como normas que além de possuírem a hipótese de incidência preveem a consequência

jurídica, enquanto que classificam os princípios como normas valorativas que determinam obrigações e direitos a serem realizados. Quanto à aplicação, eles afirmam que as regras são aplicadas desde que haja a subsunção dos fatos à norma, isto é, ocorrida a hipótese de incidência aplica-se obrigatoriamente a consequência jurídica. Já os princípios seriam aplicados mediante a técnica da ponderação, observando as limitações fáticas e jurídicas para sua aplicação no caso concreto.

No que diz respeito aos conflitos entre regras, a solução aconteceria a partir de determinados critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento, como o da hierarquia e o da especialidade. Já em relação aos conflitos principiológicos a solução ocorreria a partir da harmonização dos princípios prevalecendo aquele que fosse mais preponderante no caso em análise.

A teoria da conformidade defende que não há distinção entre regras e princípios, uma vez que se trata de modos diferentes de interpretação em relação ao texto normativo. Um dos expoentes dessa teoria é Humberto Ávila (2005) que em sua obra denominada Teoria dos Princípios defendeu a tese de que, através de um mesmo dispositivo normativo é possível construir mais de uma norma jurídica, seja esta, regra, princípio ou postulado. Segundo o autor, a partir de perspectivas diferentes de interpretação da norma jurídica chega-se tanto a regras como princípios, relatando que:

“Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa” (ÁVILA, 2005, p.60).

Mesmo tendo feito essa consideração, verifica-se que o autor, ainda estabeleceu critérios diferenciadores entre regras e princípios. Segundo Ávila (2005) as regras são normas caracterizadas pelo eminente teor descritivo tendo em vista que estabelecem proibições, permissões e obrigações e que a sua aplicação ocorre a partir da subsunção dos fatos à regra. Quanto à aplicação das regras, ele informa que o que se deve levar em consideração é a construção conceitual dos fatos em relação ao disposto na norma, bem como a finalidade que lhe dá suporte. Assim, o autor conclui que as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, pois geram uma solução específica para o caso. Já em relação aos princípios, ele afirma que elas são normas altamente finalistas, pois estabelecem fins relevantes a serem perseguidos. Em relação à sua aplicação, relata que deverão ser levados em consideração os efeitos das medidas tidas como eficazes para alcançar o fim esperado pelo princípio. E no que diz respeito à sua contribuição para a tomada de decisão, esclarece que se trata de normas que não geram uma solução específica para o caso concreto.

Em contrapartida, o autor Aulis Aarnio (1997) foi mais longe, pois relatou que não é possível haver a distinção entre as expressões linguísticas de um texto entre regras e princípios antes do processo interpretativo. Para tanto, afirma que o caráter deontico é presente tanto nas regras como nos princípios. Além do mais, informa que não é característica exclusiva das regras o grau de precisão ou de determinação, assim como não é a indeterminação característica distintiva dos princípios. Quanto ao modo de aplicação esclarece que, tanto as regras como os princípios podem ser aplicados mediante a técnica da ponderação, sem que tenham de ser declarados inválidos.

Diante dessas considerações a respeito da distinção entre princípios e regras, percebe-se que a diferenciação entre essas espécies normativas ocorrerá após a interpretação do texto normativo, uma vez que são relativizados os critérios utilizados para distingui-los. Isso se verifica, pois não se diferencia os princípios e as regras apenas levando em consideração o teor descritivo que esta espécie normativa apresenta, já que existem regras que não são dessa forma, pois não são tão inteligíveis como as demais. Isso evidencia-se nos casos de regras que possuem um teor mais abstrato, as quais necessitam de um processo interpretativo maior do operador do direito para que ocorra a subsunção dos fatos a norma.

Além disso, não se aplicam apenas os critérios da generalidade e indeterminação para distinção dos princípios em relação às regras, uma vez que há princípios que possuem o seu âmbito de atuação e aplicação delimitado. Ressalta-se ainda que, quanto ao modo de aplicação, há regras que são aplicadas mediante a técnica da ponderação, pois diante de um conflito normativo, seja com um princípio ou outra regra, poderá não ser aplicada e nem por isso será excluída do ordenamento jurídico.

Assim, a diferenciação entre regras e princípios depende da interpretação da norma em questão observando-se todas as particularidades apresentadas. Desta forma, nota-se que não há critério único pré-estabelecido para a distinção das regras e princípios.

2.3 O DEVER DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente cumpre registrar a controvérsia acerca da classificação do dever da proporcionalidade. Levando-se em consideração a teoria fraca de distinção entre princípios e regras, a proporcionalidade é classificada como princípio, pois trata-se de uma espécie normativa que resguarda os direitos fundamentais em face do poder estatal.

Por outro lado, levando-se em consideração o critério qualitativo da norma, a proporcionalidade é definida como regra, uma vez que é aplicada através da observância das suas máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que são aplicadas mediante subsunção. No entanto, há autores como Humberto Ávila (2005), que classifica o dever da proporcionalidade como postulado, uma vez que este não se enquadraria como princípio ou regra. Isso se justifica na visão do autor, visto que a proporcionalidade não é uma norma que impõe um dever gradual, pois a sua estrutura normativa estabelece uma única forma de aplicação. Além do mais, para ele, a proporcionalidade não consiste numa norma que estabelece qual conteúdo é relevante à conduta humana ou aplicação de outras normas.

Feitas essas considerações, é importante registrar que a doutrina majoritária e a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal denomina o dever da proporcionalidade como princípio. Diante do exposto, e levando-se em conta o fato de que o presente artigo não tem o objetivo definir a natureza da proporcionalidade, denominar-se-á o dever da proporcionalidade como princípio.

Destarte, em relação aos conflitos principiológicos, situação a qual ocorre a contraposição de dois ou mais princípios aplicáveis ao mesmo caso, observa-se a aplicação do princípio da proporcionalidade na jurisprudência brasileira. No que diz respeito ao seu conceito, verifica-se que este consiste em um instrumento de solução entre colisões de direitos fundamentais. Essa colisão se dá em razão da instituição simultânea de direitos e garantias individuais que são inconciliáveis entre si em

determinados casos. Nessa perspectiva, Ávila (2001, p.26) alega: “O direito tutela bens que se dirigem a finalidades muitas vezes antagônicas, cuja concretização exige, porque há correlação, uma ponderação dialética ou proporção”.

Ademais, o princípio da proporcionalidade expressa-se numa exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a determinar a preferência de determinado direito em detrimento de outrem. Trata-se de uma forma por meio da qual afere-se que norma irá prevalecer e em que medida. Nas palavras de Roberta Negrão Pereira Costa:

“A proporcionalidade é frequentemente utilizada como forma de aferir a legitimidade de restrições a direitos, ou seja, um limite à atuação estatal, que deve ser também proporcional, no sentido de obrigar ao ente estatal, quando da sua atuação, escolher os meios adequados e necessários à consecução de determinado fim de modo a menos restringir direitos fundamentais. Portanto, a atuação estatal limitadora de direitos fundamentais deve observar não apenas a previsão e admissibilidade constitucional, mas também a proporcionalidade das restrições estabelecidas” (COSTA, 2017 p.13).

Nesse sentido, no julgamento habeas corpus 82-424, pelo plenário do STF, em que se discutia os limites da liberdade de expressão frente ao princípio da dignidade humana, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que nos casos que envolvam colisões entre direitos fundamentais deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, pois:

“Constitui uma exigência positiva e material relacionado ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo, a estabelecer um limite do limite ou uma proibição do excesso nas restrições de tais direitos fundamentais” (HC 82 424, 2003, p. 21/22).

Concluindo o seu voto, Gilmar Mendes ressaltou que o princípio da proporcionalidade é uma solução existente para estabelecer restrições aos direitos fundamentais. No mesmo sentido, o ministro Mauricio Correia no discorrer de seu voto, no *habeas corpus* supracitado, esclareceu que não há princípio jurídico incondicional que não se possa impor nenhuma restrição. Ademais, afirmou a necessidade de aplicação da ponderação aos princípios colidentes no caso em concreto, pois é dessa maneira que será verificado qual princípio irá ser determinante. Da mesma forma, argumentou o ministro Celso de Melo no *habeas corpus* mencionado, já que no que diz respeito a colisão de direitos fundamentais ele informou que: “A colisão há de ser equacionada, utilizando-se de método da ponderação de bens e valores, de tal forma, que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade (...)” (HC 82 424, 2003).

No que concerne à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, deve-se levar em consideração as suas subdivisões para que haja a restrição de um determinado princípio em detrimento do outro, são eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Antes de tudo é importante esclarecer que há uma relação harmoniosa e cumulativa entre os subprincípios da proporcionalidade de modo que só ocorrerá a análise da proporcionalidade em sentido estrito uma vez preenchidos os requisitos da adequação e necessidade.

A adequação verifica se o princípio que irá ser aplicado e que prevalecerá em detrimento de outrem é apto para alcançar e fomentar o objetivo desejado. Trata-se de um juízo de conformidade entre o meio utilizado e o resultado a ser alcançado.

Para ilustrar o sub princípio descrito, cita-se como exemplo a Lei seca, a qual proíbe dirigir sob influência de álcool. Trata-se de uma medida que restringe o âmbito da liberdade individual do indivíduo e que foi criada com o objetivo de reduzir o número de acidentes no trânsito. Diante disso, analisar-se-á se o objetivo pretendido é alcançado com a proibição imposta. Percebe-se que sim, pois uma parcela significativa de acidentes de trânsito acontecem em razão dos motoristas estarem alcoolizados. Desta forma, o meio utilizado é apto a fomentar o objetivo pretendido.

Outro caso prático, dessa vez utilizado Virgílio Afonso (2002), é o julgamento da Ação direta de constitucionalidade 9-6. Na referida ação discutia-se a constitucionalidade dos arts. 14 a 18 da MP 2152-2, uma vez que esses dispositivos legais disciplinavam metas de consumo de energia elétrica bem como a interrupção de energia caso não se desse o cumprimento das metas preestabelecidas. Nas palavras do autor o objetivo da medida provisória era:

“(..) compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica” (SILVA, p. 15-16).

Nessa perspectiva, assevera:

“É questionável se a previsão de suspensão do fornecimento de energia elétrica, nos moldes previstos pela MP 2152-2, é medida adequada - ou a mais adequada - para que sejam completamente evitadas "interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica". Mas é inegável que, devido ao seu caráter coercitivo, a medida pressiona os consumidores a economizar energia elétrica e, ainda que, sozinha, não seja necessariamente capaz de evitar as interrupções no fornecimento de energia, colabora para que esse objetivo possa ser alcançado. **Destarte, pode-se dizer que as medidas previstas nos arts. 14 a 18 da MP 2152-2 são adequadas, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade**” (SILVA, 2002, p. 15-16).

Ante o exposto, percebe-se que o objetivo da medida provisória em diminuir o consumo de energia elétrica é alcançável através das metas de consumo e sanções estabelecidas pela referida MP, sendo, dessa forma, a restrição imposta adequada.

A necessidade determina que a restrição a determinado bem/princípio seja insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Em suma, a necessidade consiste em verificar se não há outra medida menos gravosa a alcançar o resultado desejado. Citando o exemplo da Lei seca, constata-se que a intervenção na esfera individual do indivíduo é necessária, pois não há outro meio menos gravoso do que a proibição de dirigir sob o uso de álcool.

Já a proporcionalidade em sentido estrito leva em consideração a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e os benefícios trazidos com o direito fundamental que esteia a adoção da medida restritiva.

Observa-se, então, que na realidade a proporcionalidade em sentido estrito realiza a ponderação entre os danos causados em decorrência da restrição de um direito fundamental com as vantagens decorrentes do atingimento do objetivo

pretendido. Dessa forma, será desproporcional a restrição de um direito fundamental quando os benefícios trazidos com o objetivo pretendido não forem suficientes para justificar a restrição ao direito atingido. Portanto, somente com a observância dos requisitos acima mencionados poderá ocorrer a restrição de um princípio em face de outro valor fundamental.

3 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 ORIGEM

Resultante dos ideais iluministas do final do século XVIII, a presunção de inocência surge como retaliação às normas processuais penais da época do regime absolutista. Tratou-se de um período marcado pelo autoritarismo, o qual não garantia nenhum direito àquele que era acusado, de modo que, com apenas alguns indícios da prática delituosa, o Estado já estava apto a considerá-lo culpado, vigendo, dessa forma, a presunção da culpa.

Dentre os ideais do iluminismo destaca-se a importância que passou a ser conferida ao ser humano, pois nesse período ele se tornou o centro e finalidade do Estado, uma vez que os objetivos e fins a serem alcançados por este estavam centrados nos interesses sociais da população. Nesse contexto, foi promulgada a Declaração de Direitos do Homem do Cidadão de 1789, a qual em seu artigo 9º, dispôs que: “Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei”.

Da análise do artigo supracitado, depreende-se o reconhecimento, por parte daqueles que aderiram à declaração, de valores essenciais ao ser humano, na medida em que presumiram a inocência do acusado que até então era tido como culpado. No entanto, não há nenhum condicionamento temporal à formação da culpa nem os elementos necessários para sua constituição.

Posteriormente a esse marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU), influenciada pelos princípios norteadores do iluminismo, também dispôs expressamente acerca da garantia da presunção da inocência. Nesse sentido prescreve o art. 11, 1:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Analisando o artigo supracitado, constata-se a implementação de determinados direitos que aperfeiçoam o sentido e alcance da presunção de inocência, como a publicidade dos julgamentos e a ampla defesa.

Outro diploma de suma importância para a concretização dos direitos humanos e que também reconheceu e disciplinou a garantia da presunção de inocência foi o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 8º, 2, dispôs que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Observa-se que o Pacto de São José da Costa Rica regulamentou a presunção de inocência da mesma forma que a Declaração Universal

dos Direitos dos Homens na medida em que a reconheceu e limitou o seu alcance até a formação da culpa, que seria provada através de um processo legal.

Em relação às organizações de âmbito regional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950, foi de suma importância na consolidação do estado de inocência na medida que a regulamentou: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (art.6,2).

A partir desses documentos, verifica-se que os principais tratados e convenções internacionais de direitos humanos reconheceram e dispuseram a presunção de inocência, apesar de não estabelecerem os seus elementos constitutivos e de condicioná-la apenas até o momento de formação da culpa.

3.2 DA PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alguns autores afirmam que a garantia da presunção de inocência só veio a ser reconhecida e conseqüentemente observada no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o autor Fernando Tourinho (2010), argumenta que apesar da previsão implícita da presunção de inocência com a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, ela não existia no ordenamento jurídico brasileiro, pois “os réus continuaram sem o direito de apelar em liberdade”, além disso, quando o réu era absolvido na sentença penal, se a pena cominada fosse igual ou superior a oito anos, no seu grau máximo, aquele que até então tinha sido absolvido iria continuar preso até o trânsito em julgado.

Não obstante a isso, verifica-se alguns resquícios da presunção de inocência no ordenamento brasileiro antes mesmo da aprovação da Declaração de 1948, ainda que sejam ínfimos. A Constituição de 1824 dispôs acerca da presunção de inocência na medida em que o art. 179, §§ 8º, 9º e 10º estabelecia que ninguém poderia ser preso sem culpa formada. No entanto, observa-se que não houve menção acerca do marco temporal da formação da culpa.

O significado conferido ao estado de inocência pela Constituição de 1824 repetiu-se na Constituição de 1891, uma vez que na seção II do Título IV, que tratava da Declaração dos Direitos, havia a prescrição normativa de que ninguém poderia ser mantido ou levado à prisão antes de formada a sua culpa.

Já a Constituição de 1934 instituída à época do governo provisório de Getúlio Vargas não dispôs acerca do estado de inocência, uma vez que o art. 113 regulamentava apenas questões atinentes à prisão em flagrante e a decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente.

Posteriormente veio a Constituição de 1937, a qual foi outorgada pelo presidente da república. Essa constituição refletiu o cenário da época e ficou caracterizada pelo autoritarismo do poder executivo e retrocessos no que diz respeito às garantias de direitos fundamentais. Nesse contexto, foi editado um decreto em que estabelecia a presunção da culpa em crimes cometidos contra a segurança nacional. Diante disso, o disposto no art. 123, item 11 da referida Constituição não era observado, já que estabelecia que ninguém poderia ser mantido preso sem a devida formação da culpa. Foi sob a égide desse governo autoritário que foi promulgado o código processual penal brasileiro que é até hoje vigente.

Nesse cenário, constata-se que o código de processo penal tinha como objetivo primordial a tutela dos interesses da coletividade, manifestada sob o *jus*

puniendi estatal, em detrimento das garantias individuais. Nesse sentido é a exposição de motivos do Código processual penal, na medida em que dispõe: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”.

Posteriormente, foi promulgada a Constituição de 1946 que reorganizou o regime democrático. Não obstante a isso, não houve progressos acerca da presunção de inocência, uma vez que a Carta Maior regulamentou apenas questões atinentes à prisão em flagrante e decorrente de ordem escrita e fundamentada por autoridade competente. Durante a sua vigência, o Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual dispunha acerca da presunção da inocência. No entanto, observa-se que a sua eficácia restou prejudicada, uma vez que não era observada por não ser prevista de forma explícita no ordenamento jurídico.

Com o golpe militar de 1964 adveio a Constituição de 1967 a qual foi influenciada pelo regime autoritário. Quanto à presunção de inocência, a Constituição reiterou a mesma disciplina conferida na Constituição de 1946. Na vigência desse regime foi promulgada a Emenda Constitucional 1/69, fundamentada no Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 que restringiu os direitos e garantias individuais de modo a suspender o *habeas corpus* e afastar da apreciação do poder judiciário os atos previstos na referida norma. Sendo assim, a presunção de inocência perdeu o seu sentido jurídico na medida em que era previsto apenas formalmente, não havendo nenhuma garantia de que fosse observada ou respeitada.

Diante dessas considerações, verifica-se que foi apenas com a Magna Carta de 1988 que a garantia da presunção de inocência passou a ser reconhecida e efetivada, já que além de ser prevista explicitamente no artigo 5º, inciso LVII da CF/1988, foi definido e condicionado o seu marco temporal ao trânsito em julgado.

3.3 DO DIREITO COMPARADO

Tratando-se de direito fundamental previsto não apenas na Constituição Federal de 1988, mas também em outras constituições mediante a influência e incorporação dos tratados de direitos fundamentais, como a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto de São José da Costa Rica (1968), o presente estudo analisará o sentido e alcance da presunção de inocência nos ordenamentos jurídicos de outros países.

Conforme Fernando Brandini Barbagalo (BARBAGALO, 2015, p.42), na França a garantia da presunção de inocência não é prevista expressamente na Constituição de 1958, mas os direitos humanos fundamentais previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foram incorporados pela referida Constituição na medida em que seu preâmbulo estabeleceu:

“O povo francês proclama solenemente o seu apego aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preambulo da Constituição de 1946” (FRANÇA, 1958).

Assim sendo, foi incorporado o art. 9º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, o qual dispõe que todas as pessoas serão consideradas inocentes até que sejam declaradas culpadas. Deste modo, percebe-se que o alcance da presunção de inocência não foi condicionada ao trânsito em julgado, na medida em que será afastada quando já declarada a culpa.

Nos Estados Unidos a presunção de inocência não é prevista explicitamente em sua Constituição, no entanto, o código de processo penal vigente em todos os Estados da Federação à disciplina, dispondo que ela é garantida até a decisão condenatória (NEVES; SOUZA; 2017, p.10/11). Diante disso, a regra nos Estados Unidos é a execução da pena logo após a sentença condenatória, uma vez que há profundo respeito às decisões da primeira instância. Nesse contexto os autores Gusman e Garcia (2008) citando o Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta à consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, relatam que:

“Nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes. Prossegue informando que “o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão” (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2008, p.11).

No México, apesar da previsão da presunção de inocência em sua Carta Magna, constata-se que no referido sistema processual penal ocorre a execução provisória da pena, vez que a Constituição dos Direitos Mexicanos de 1917 condiciona a presunção de inocência à sentença: “a que se presume sua inocência enquanto não se declare sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa” (art. 20). Dessa forma, é nítido o sentido e alcance da presunção de inocência no ordenamento mexicano, pois a Constituição foi clara ao dispor que a garantia da presunção de inocência perdura até a sentença proferida pelo juiz.

Em relação à Portugal, observa-se que a presunção de inocência é condicionada ao trânsito em julgado, tendo em vista o disposto na Constituição da República Portuguesa de 1976: “Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (n2 do art.32)”.

Não obstante o condicionamento da presunção de inocência ao trânsito em julgado, vê-se a aplicação da execução provisória da pena no direito português, uma vez que está pacificado o entendimento pelo Tribunal Constitucional do país de que não é necessária a imutabilidade da sentença para que ocorra a execução da pena. Nesse sentido, os autores Garcia, Gusman e Frischeisen (2008, p.22) afirmam que:

“O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições (...) As decisões dessa mais alta corte portuguesa dispõem que tratar a presunção da inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares”.

Assim como Portugal, a Itália previu expressamente a presunção de inocência na Constituição de 1947, conforme a previsão do art. 27:

“A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até a decisão definitiva. As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte” (art. 27).

Sendo assim, vê-se que sequer o acusado é considerado réu antes do trânsito em julgado da sentença. Deste modo, a partir da legislação italiana a execução da pena só ocorrerá com a sentença da qual não caiba mais recurso.

A garantia da presunção de inocência também é reconhecida expressamente pela Constituição Nacional da Argentina de 1853, a qual prevê que nenhum cidadão será responsabilizado penalmente sem a realização de um juízo prévio fundado em lei (NEVES; SOUZA; 2017, p.12). Assim, diferentemente do que dispõe a Constituição brasileira, vê-se que na Argentina a execução da pena se efetuará quando já houver condenação mesmo que ainda esteja sujeita a recurso.

No Paraguai também há o reconhecimento expresso da presunção de inocência na Constituição de 1992, de modo que a execução da pena só ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (NEVES; SOUZA; 2017, p.12).

Pelo exposto, verifica-se que a maioria dos ordenamentos jurídicos supracitados ocorre a execução da pena antes que tenha ocorrido o trânsito em julgado. Contudo, há de salientar que os tribunais brasileiros especialmente aquele que tem a função precípua de proteger a Carta Magna não deve fundamentar a execução provisória da pena no Brasil em razão do que é aplicado no direito comparado, visto que se trata de realidades diferentes, pois cada país possui particularidades próprias que interferem tanto na forma de legislar como na de aplicar o direito.

3.4 CONCEITO E ALCANCE

A garantia da presunção de inocência é um princípio constitucional que norteia todo o direito processual penal e que confere um estado de inocência que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para poder considerar alguém como culpado. Trata-se de um direito fundamental de primeira geração regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que resultou de um sistema processual penal marcado pelo autoritarismo estatal.

Antes da promulgação da Constituição de 1988 a presunção de inocência não era efetivamente garantida, visto que em épocas como o Estado Novo a regra era a presunção da culpa de modo que o acusado tinha que provar a sua inocência. Assim, a garantia da presunção de inocência no Brasil surge como retaliação ao que anteriormente era consagrado nas normas processuais penais, impondo limites ao uso arbitrário do poder punitivo estatal na medida em que estabelece um tratamento condigno à dignidade da pessoa humana àquele que está sendo acusado.

Em relação ao conteúdo da norma em comento a doutrina a subdivide em três regras: regra de julgamento, regra probatória e regra de tratamento. Nesse giro, os autores Távora e Alencar (2016, p 45), citando George Sarmento relatam: “a necessidade de cristalizar a presunção da inocência como um direito multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento”.

Quanto à norma de julgamento a doutrina afirma ser o *in dubio pro réu* decorrente da presunção de inocência. Trata-se de uma regra que determina que em casos de dúvida ocasionada por insuficiência de provas que demonstrem a autoria e a materialidade o magistrado deve absolver o acusado. Corroborando esse entendimento, Auri Lopes Junior e Gustavo Badaró citando Pissani relatam que:

“Trata-se, pois, de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza”. (BADARÓ, 2016, p.8)

Sob esse aspecto do *in dubio pro reu*, é importante esclarecer que ele só será aplicado quando houver incerteza sobre fatos imprescindíveis para delimitar a materialidade e autoria da prática delituosa. Esse desdobramento é observado no ordenamento jurídico brasileiro, pois não há como mensurar a prejudicialidade de uma condenação, além de que não há meios para compensar as injustiças pelas quais passou aquele que foi condenado apesar de ser inocente.

Como regra probatória a garantia da presunção de inocência impõe ao Ministério Público o dever de provar a culpabilidade e a existência dos fatos imputados ao acusado. Além disso, deve a instrução processual penal ser pautada nas normas fundamentais que garantem o devido processo legal. Nessa perspectiva, o autor Renato Brasileiro Lima relata:

“(..) por conta dessa regra, também conhecida como regra de juízo, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não este provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. (LIMA, 2016, 44)”.

E em outro passo assevera:

“O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção da não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. Enfim, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre se assenta-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica (...)” (LIMA, 2016, p.44).

Quanto à regra de tratamento a presunção da inocência impõe ao estado o dever de conferir ao acusado um tratamento igual ao de quem nunca foi investigado e sequer processado. Sobre esse aspecto Badaró citando Velez Mariconde (2016) afirma que a presunção da inocência “não consagra uma presunção, mas um estado jurídico ao imputado, o qual é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença firme”. Dessa forma, vê-se claramente que se trata de uma forma do constituinte limitar o *jus puniendi* estatal na medida em que informa que nenhum fato imputado ao acusado deve lhe ocasionar um tratamento conferido aquele que já foi condenado. Reforçando o exposto, o ministro Celso de Melo informa que:

“O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra além de outras consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao

suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário” (HC 126.291/SP, p.85).

Diante do exposto, constata-se que a presunção da inocência norteia todo o sistema processual penal e que se trata de direito fundamental de suma importância ao estado democrático de direito, uma vez que a persecução penal deve estar amparada em uma série de normas que garantem o devido processo legal.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Diante do que foi analisado, faz-se necessário ressaltar o artigo 5º, inciso LVII da constituição federal de 1988, que regulamenta a presunção de inocência da seguinte forma: “Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se de uma norma que impõe de forma muito clara que para haver a descaracterização do estado de inocência deve antes de tudo ocorrer o trânsito em julgado da condenação criminal.

Contudo, mesmo após a promulgação da constituição de 1988, em 5 de outubro de 1988, até o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal possuía o entendimento pacífico acerca da possibilidade do início do cumprimento da pena privativa de liberdade ainda que a decisão fosse recorrível. Essa situação foi alterada a partir do julgamento no STF, pelo plenário, do Habeas Corpus 84.078-7/MG, oportunidade em que o supremo por sete votos a quatro entendeu que a execução da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado. Entretanto, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, o STF mudou o seu posicionamento aludindo que a execução provisória da pena não contraria a constituição. Um dos vários argumentos elencados seria o fato da garantia da presunção de inocência ser um princípio, e por essa razão seria uma norma com elevado grau de indeterminação o que, conseqüentemente, demandaria do intérprete do direito um processo maior de interpretação de modo a possibilitar o imediato cumprimento da pena.

No entanto, analisando-se a norma extraída do art. 5º, inciso LVII da CF/1988, percebe-se que ela não se trata de um princípio geral e abstrato como os demais princípios jurídicos, uma vez que o alcance da presunção da inocência foi condicionado ao trânsito em julgado. Trata-se, na verdade, de um princípio preciso e que não apresenta grau nenhum de indeterminação. É o que se verifica, uma vez que o constituinte originário estabeleceu o marco temporal da garantia da presunção de inocência.

Além disso, conforme foi analisado no presente estudo, a precisão e a determinação não são características exclusivas das regras na medida em que há princípios claros e precisos. Frisa-se, ainda, que o enunciado da norma insculpida no art. 5º, inciso LVII da CF/1988 é delimitado por uma expressão clara e taxativa, o trânsito em julgado. Dessa forma, percebe-se o entendimento equivocado do STF, pois o princípio da presunção de inocência não comporta interpretações para além daquilo que foi estabelecido.

Ainda convém lembrar que a presunção da inocência não é prevista na constituição apenas como direito fundamental, mas também como direito essencial, na medida em que é cláusula pétrea, não podendo haver, assim, a sua mitigação.

Além disso, a Lei de execução penal não prevê a execução provisória, pois para haver o início do cumprimento da pena é necessário a guia de recolhimento, a qual é expedida apenas com o trânsito em julgado da decisão condenatória, conforme o disposto nos artigos 107 e 105 da lei supracitada.

Mesmo que não levasse em consideração as observações acima descritas, a de que a presunção de inocência não é um princípio geral e abstrato como os demais, tendo em vista a forma pela qual foi redigido na constituição, a execução provisória da pena não seria constitucional no ordenamento jurídico brasileiro pelas razões a seguir expostas.

Outra forma apta a justificar a execução provisória na visão do STF seria do o fato de ser a presunção de inocência um direito fundamental e como tal poderia haver a aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos em que houvesse a sua colisão com outro valor fundamental regulamentado pelo direito brasileiro.

Diante disso, um dos motivos a proceder a imediata execução da pena ainda que pendentes os recursos especiais e extraordinários seriam as implicações da presunção de inocência em relação à efetividade do direito penal principalmente na sua prevenção geral e especial. Essa situação revela-se diante do atual cenário processual brasileiro, vez que uma das causas inibidoras da efetividade do direito penal é a morosidade da justiça brasileira, especialmente no julgamento dos recursos extraordinários e especiais, pois há um lapso temporal gigantesco entre a sentença condenatória e o julgamento dos recursos interpostos perante o STF e o STJ – Superior Tribunal de Justiça.

Dessa maneira, tem-se como consequência a extinção da pretensão punitiva, já que após a revisão da sentença pelo tribunal de segunda instância, isto é, após o duplo grau de jurisdição, o marco interruptivo do prazo prescricional se dará unicamente como o início do cumprimento da pena.

Sobre esse aspecto da prescrição da pretensão punitiva o ministro Gilmar Mendes informa que:

“(..) ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade” (HC 126.291/SP, p.65).

Nesse contexto, o que se mostra é a interposição de recursos meramente protelatórios com o nítido objeto de impedir o trânsito em julgado e conseqüentemente em ver extinta a persecução penal com a ocorrência da prescrição.

Dessa forma, tem-se de um lado a presunção de inocência que dispõe que nenhum efeito condenatório possa ser destinado ao acusado até a definitiva responsabilidade criminal e do outro a efetividade da lei penal. Assim, aplicando-se o princípio da proporcionalidade à colisão de direitos fundamentais em análise, verifica-se que a execução provisória da pena não se justifica no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente porque a garantia da presunção de inocência é um direito fundamental de imensurável importância, trata-se de um dos fundamentos do estado brasileiro, pois diz respeito a uma das facetas da dignidade da pessoa humana, de modo que não poderia sequer ser ponderado com a efetividade do direito penal. Nesse sentido, o Ministro Celso de Melo, citando o Ministro Eros Graus informa:

“Nem mesmo constelações de ordem prática – dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos –, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção da inocência”. ((HC 126.291/SP, p.97)

A preocupação existente com o imediato cumprimento da pena diz respeito à gravidade dos efeitos da privação de liberdade, já que não se tem como revertê-los. Trata-se de um dano que se projeta no campo psicológico, familiar, e social do indivíduo sujeito à restrição de liberdade. Nas palavras do ministro Carlos Britto:

“Porque, de fato, é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso. Primeiro, com sua ordem de prisão, o indivíduo sofre um abalo psíquico. A sua autoestima fica ao rés do chão. Segundo, é um desprestígio familiar, é um fato que causa uma comoção doméstica, inclusive com repercussão no trabalho, na obtenção do ganho da família. Terceiro, é um fator de desqualificação profissional. O fato em si da prisão circula, chega ao conhecimento de outras pessoas, de outras esferas sociais e o indivíduo que é preso vê reduzidas as suas oportunidades de emprego. E, finalmente, o desprestígio social, o conceito social, que também fica abalado” (HC 84.078, p. 106/107).

Ressalta-se que para a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ocorrer a observância de suas máximas, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em estrito sensu. Pois bem, no caso em questão observa-se que a efetividade do direito penal não é alcançada com imediato cumprimento da pena pendentes os recursos especiais e extraordinários, pois os réus que poderiam ser absolvidos terão que aguardar o pronunciamento do poder jurisdicional presos, em um sistema carcerário precário e desumano como o brasileiro. Desta forma, verifica-se apenas a inversão do problema, já que continuará a prevalecer uma imensa demora do julgamento dos recursos supracitados.

Também é possível inferir que há outros meios eficazes para se combater a impunidade a partir de instrumentos jurídicos que inibam a prescrição da pretensão punitiva como, por exemplo, a reforma do sistema recursal, evidentemente adequada aos preceitos da constituição. Poderia haver mecanismos como uma lei processual penal que penaliza-se os recursos que apenas almejam o adiamento da execução da pena com o nítido objetivo em ver extinta a pretensão punitiva. Dessa maneira, não haveria o imediato cumprimento da pena nos casos em que realmente ocorresse a reformulação da sentença condenatória.

Além disso, é importante registrar que o STF já adota um mecanismo para impedir a interposição de recursos protelatórios, pois determina a certificação do trânsito em julgado, com baixa imediata dos autos, quando os segundos embargos declaratórios forem desprovidos, por considerá-los protelatórios. Sendo assim, não é atendido a máxima da necessidade, pois há outra forma de impedir a prescrição da pena sem que haja a mitigação da garantia da presunção de inocência.

Além do que foi mencionado, também não serve o argumento de que em outros países há a execução provisória da sentença antes mesmo de ter ocorrido o trânsito em julgado, a exemplo de Portugal onde o Tribunal Constitucional do referido país

entendeu que apesar do disposto em sua Constituição a presunção de inocência não interfere na imediata aplicação da pena, uma vez que cada país possui regramento e legislações próprias baseados em sua cultura e realidade. Além disso, a restrição de direitos fundamentais assegurada a toda e qualquer pessoa não deve servir como exemplo a ser seguido.

Pelo exposto, verifica-se a inconstitucionalidade do imediato cumprimento da pena quando pendentes os recursos especiais e extraordinários no ordenamento jurídico brasileiro em face da insuperável vedação constitucional e ainda por inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou analisar a constitucionalidade da execução provisória da pena levando-se em consideração a garantia da presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII da CF/1988. O tema aqui discutido justificou-se pela importância do estado de inocência no Estado democrático de direito, visto que representa uma conquista histórica da sociedade contra poder opressivo e autoritário do Estado. Também tornou-se relevante diante das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, principalmente diante da instabilidade jurisprudencial do STF com relação a aplicabilidade da execução antecipada da pena no direito brasileiro.

A partir do estudo realizado verificou-se a inconstitucionalidade da imediata execução da pena após o duplo grau de jurisdição, uma vez que o princípio da presunção de inocência não comporta interpretações para além da lei, já que o legislador constituinte originário o condicionou taxativamente ao trânsito em julgado. Diante disso, conclui-se que a presunção de inocência não é princípio geral e abstrato como os demais na medida em que foi estabelecido o seu alcance jurídico pela Constituição de 1988.

Além do mais, ficou claro que mesmo que não se levasse em consideração as peculiaridades acerca da presunção de inocência não era possível a execução provisória da pena, pois não poderia aplicar o princípio da proporcionalidade para solucionar o conflito entre o estado de inocência e a efetividade do direito penal. Isso ficou evidente, pois com a execução provisória não haverá o alcance da efetividade da lei penal, já que não haverá a solução da mora do julgamento dos recursos pelo poder judiciário. Além disso, há outras formas de impedir a prescrição da pena sem que haja a restrição da garantia da presunção da inocência, até porque já é aplicado pelo STF o imediato cumprimento da pena após a constatação de que o acusado está interpondo recursos meramente protelatórios. Ademais, outra hipótese apta a efetivar a aplicação da lei penal e a impedir a impunidade seria a criação de um dispositivo legal que interrompesse a prescrição da pena após a decisão do tribunal de segunda instância. Deste modo, constata-se que não restou atendido a máxima da adequação e necessidade, impossibilitando-se, assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Outro ponto, essencial, que surgiu nessa análise diz respeito a atuação do Supremo Tribunal, o qual tem a função precípua de guarda da constituição, conforme define o artigo 102 da constituição de 1988. Desse modo, levando em consideração o fato de que a presunção de inocência é um direito fundamental regulamentado não apenas pela constituição de 1988, mas também por tratados de direitos humanos o

quais o Brasil é signatário, depreende-se que a decisão do supremo não foi fundamentada nos preceitos constitucionais. Dessa forma, vê-se que trata de um período de crise institucional, pois o único parâmetro possível para as decisões judiciais são as normas constitucionais, de forma que qualquer outro fundamento é considerado como ato discricionário e atentatório à democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

ARGENTINA. **Constituição Nacional da Argentina de 1853**. Disponível em: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar147es.pdf>>. Acesso em: 24/04/2019.

AARNIO, Aulis; VALDÉZ, Ernesto Garzón; JYRKI, Uusitalo. **Las reglas en serio**. La normatividad del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997. p.19-31.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Revista diálogo jurídico, Salvador, vol.1, n.º 7, p. 1-30, outubro de 2001.

BARBAGALO; Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro**. Brasília: Escola de administração judiciária, 2015. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 25/03/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Centro gráfico, 2018.

_____. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário oficial da União, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário oficial da União, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

_____. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário oficial da União, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019

_____. **Emenda Constitucional n.1 de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 abril de 2019.

----- **Decreto Lei nº88/37, de 20 de dezembro de 1937**. Modifica a Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro–RJ, dezembro 1937. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 01/04/2019.

_____. **Decreto nº678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 7 nov.1992 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

_____. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Exposição de Motivos do Código de Processo penal n.º 212, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>>. Acesso em: 01/04/2019.

_____. **LEI n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de execução penal. Brasília, Diário Oficial da União, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01/04/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292** Paciente: Osmar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. São Paulo, 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078-7** Paciente: Marcio Rodrigo Dantas. Relator: Ministro Teori Zavasck. Mina Gerais, 05 de fevereiro de

2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-2**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Presidente. Rio Grande do Sul, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/255_Ellwanger%20-%20Voto%20Moreira%20Alves.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15° ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARDOSO, Brito Diego. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. Revista constituição e garantias de direito, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327/7300>>. Acesso em: 24/04/2019.

EU. **Convenção Europeia dos Direitos Homem**. Convenção para proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 4 de novembro de 1950. Roma 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 04/03/2019>.

COSTA, Magalhães Frederico. **A indiferença entre princípios e regras: repensando a teoria dos princípios com Aulis Aarnio**. Revista de teorias do direito e realismo jurídico, 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/3741/pdf>>. Acesso em: 01/05/2019.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. **Proporcionalidade: uma classificação do conceito**. Disponível em: <file:///D:/Downloads/11_-_proporcionalidade2.pdf>. Acesso em: 03/05/2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2007.

FRANÇA. [Constituição (1958)]. **Constituição da Quinta República Francesa 1958**. França, 3 de junho de 1958. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 05/05/2019>.

------. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. 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: 03/05/2019.

FRISCHEISEN; Luiza Cristina Fonseca, Garcia; Mônica Nicida, Gusman; Fábio. **Execução provisória da pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Disponível: <<http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr2/coordenacao/e>>

ventos/econtros-tematicos-e-outros/outros-eventos/docs/execução-da-pena/3_execução_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf>. Acesso em: 03/02/2019.

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana de 1947**. Disponível em: <[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazion i/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazion%2Flibreria/novita%2FXVII%2FCOST_PORTOGHESE.pdf)>. Acesso em: 24/04/2019.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo e Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: <[https://emporiiodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de _Inocencia_Do_concei.pdf](https://emporiiodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 02/04/2019.

LAVRADOR, Jasmine Louise Souto. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro e a impropriedade da execução da sentença penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição. 2017. Monografia** (bacharelado em direito) – Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33134/33134.PDF>> . Acesso em: 02/03/2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. Salvador: Editora JusPODIVM 2016.

MÉXICO. [Constituição (1917)]. **Constituição dos Direitos Mexicanos de 1917**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/mla/pt/mex/index.html>>. Acesso em: 23/04/2019.

NEVES; Helen Correia, SOUSA; Carla Cristina. **O princípio da presunção de inocência na ótica do habeas corpus 126.292/STF: uma análise do direito comparado**. Revista Perquirere, Patos de Minas, setembro/dezembro de 2017. Disponível em: <[https://revistas.unipam.edu.br/index.php/perquirere/documents/1833550/2013121/O +princ%C3%ADpio+da+presun%C3%A7%C3%A3o+de+inoc%C3%A4ncia.pdf/a3ea 3bdb-2340-4b94-b165-e9326d073b90](https://revistas.unipam.edu.br/index.php/perquirere/documents/1833550/2013121/O+princ%C3%ADpio+da+presun%C3%A7%C3%A3o+de+inoc%C3%A4ncia.pdf/a3ea3bdb-2340-4b94-b165-e9326d073b90)>. Acesso em: 03/04/2019>.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 03/04/2019.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 03/04/2019.

PARAGUAI. Constituição (1992). **Constituição da República do Paraguai de 1992**. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em 24/04/2019>.

PORTUGUAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa de 1976**: Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>>. Acesso em 23/04/2019.

SILVA, José Andrade. **O princípio da presunção de inocência no processo penal.** Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://joseandradedasilva.jusbrasil.com.br/artigos/308629386/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-no-processo-penal>>. Acesso em: 02/03/2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos tribunais 798, 2002. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 05/04/2019.

SOUZA, Telles Rodrigo. **A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais.** Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 01/05/2019.

TÁVORA; Nestor, ALENCAR; Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11 ed. Salvador: Editora JusPODIVM 2016.

TOURINHO FILHO; Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva 2010.