



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

THALLES VIEIRA ROCHA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA
DA PENA**

BACHARELANDO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2019

THALLES VIEIRA ROCHA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA
DA PENA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Rede de Ensino DOCTUM de Caratinga, como exigência parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processo Penal e Direito Constitucional.

Orientadora: Prof. Msc. Júlia de Paula Vieira

CARATINGA - MG

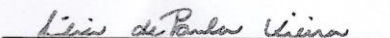
2019


TERMO DE APROVAÇÃO


Trabalho de Conclusão de Curso **O princípio da presunção de inocência e a execução antecipada da pena**, elaborado **Thalles Vieira Rocha** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 09 de febre 2019


Prof. Julia de Paula Vieira


Prof. Almir Fraga Lugon


Prof. Anderson Fábio Nogueira Alves

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I: O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA.....	14
1.1- O Princípio da presunção de inocência.....	14
1.1.1- Noções introdutórias.....	14
1.2- (In) Constitucionalidade da Execução Antecipada da Pena.....	16
CAPÍTULO II- DIÁLOGO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
2.1- Contexto histórico da Constituição Federal brasileira de 1988: garantismo constitucional.....	20
2.2- O Habeas Corpus 126.292/SP julgado em 2016 pelo supremo: uma visão panorâmica.....	22
2.3- Breve síntese sobre o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44.....	32
CAPÍTULO III- REPERCUSSÕES JURÍDICAS E PRÁTICAS DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.....	35
3.1- Da relativização das normas e preceitos constitucionais.....	36
3.2- Da abertura de perigoso precedente no Ordenamento Jurídico brasileiro.....	38
3.3- Da contribuição à precariedade do sistema prisional brasileiro.....	39
CONSIDERAÇÃO FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS.....	45

Dedico esse trabalho a minha família que muito me ajudou, dando-me força na medida exata para prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço o apoio de minha família, apoio esse crucial para a finalização deste trabalho.

Nesta oportunidade, dedico um parágrafo aos meus pais pelos sacrifícios enfrentados para sustentar a mim e aos meus irmãos, não nos deixando faltar nada realmente necessário a nossa subsistência. Ouvir um “não” muitas vezes é mais valioso que vários “sins”. Portanto devo agradecê-los pelos “nãos” ouvidos.

Agradeço também aos meus irmãos Wesley, Samyra e Anderson, irmão por afinidade, pelo apoio, cada qual a sua maneira de ser; e, especialmente a minha irmã Sabrina, que não falhou um dia sequer em me motivar, com palavras ditas na medida correta e que funcionaram como um sopro de coragem nesta tortuosa jornada a qual me sujeitei.

Agradeço a todos aqueles que torceram e ainda torcem pelo meu sucesso; e aos amigos que conquistei durante esta caminhada, certamente não hei de esquecê-los.

Enfrentarei, por fim, as dificuldades de cabeça erguida, pois sei que sempre terei aonde recorrer em dias de fracasso e sei também com quais pessoas hei de confraternizar nos tempos de glória.

Meu muito obrigado!

ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

CF – Constituição Federal

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

CPP – Código de Processo Penal

CPC – Código de Processo Civil

DPESP – Defensoria Pública do Estado de São Paulo

DPRJ – Defensoria Pública do Rio de Janeiro

HC – *Habeas Corpus*

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

PUC/RS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

USP – Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, suas nuances e consequências para o Estado Democrático de Direito; se há ferimento do princípio constitucional da presunção de inocência, interpretado no artigo 5º, LVII, da CF/88, que impõe que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Tendo em vista que tal disposição legal está petrificada na Constituição Federal, fica, em tese, inviável o atropelamento de seus dizeres pelo operador do Direito. Todavia, no ano de 2016, o STF julgou o *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292/2016, no qual se decidiu pela possibilidade da execução da prisão-pena antes do trânsito em julgado de sentença proferida em segunda instância, mudando a jurisprudência consolidada no ano de 2009, contrariando o dispositivo principiológico previsto constitucionalmente.

A intenção é trazer uma abordagem mais abrangente do entendimento de juristas, ministros e intelectuais da área a respeito do tema, com foco, principalmente, nas consequências de tal entendimento para o direito e para o cidadão comum.

Palavras-chaves: presunção de inocência; segunda instância; prisão.

INTRODUÇÃO

O artigo 5º, LVII, da CF/88 determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A doutrina entende que o supramencionado texto de Lei, coloca no ordenamento jurídico brasileiro a vigência do Princípio da Presunção de Inocência, respaldado pelo artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Havia, portanto, o entendimento de que somente depois de esgotadas todas as vias recursais é que o condenado teria de iniciar o cumprimento da pena.

Todavia, no ano de 2016, houve uma importante mudança de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal (STF). Tudo se deu após o julgamento do HC nº 126.292/2016, no qual foi decidido que é possível a execução da pena já a partir de sentença em segunda instância. Decisão que veio a ser confirmada com o julgamento do HC nº 152.752/PR em 2018, cujo paciente era o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro).

Apesar da referida decisão, há divergências quanto à constitucionalidade do tema, que reúne de um lado, defensores, advogados, eminentes juristas, além dos ministros que votaram contra a prisão antes do trânsito em julgado, ao afirmarem que tal decisão fere o Princípio da Inocência (já mencionado), e do outro, magistrados, procuradores, e os ministros que decidiram favoráveis à possibilidade de prisão após segunda instância, observando a necessidade de uma maior efetividade da justiça.

Deste modo, faz-se necessário um maior estudo do aludido Princípio concretizado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF), verificando quais as nuances do novo entendimento e se há violação principiológica por parte do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, a presente monografia tem como tema o princípio da presunção de inocência e o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, e como objetivo, visa analisar a real importância do Princípio da Presunção de Inocência no ordenamento jurídico brasileiro, ameaçado por decisões reiteradas do STF que, aderindo à “onda punitivista” pela qual o Brasil tem passado no momento, aflige o direito fundamental previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, o direito a presumir-se inocente até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória, como o fez, por exemplo, no HC 126.292/SP, que permitiu a execução antecipada da pena, ou seja, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Isto posto, traz a lume o problema de que ao se determinar o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, haveria aí uma clara violação principiológica por parte dos Tribunais Superiores, em especial do STF. A esse respeito, tem-se como metodologia a utilização de pesquisa teórico-dogmática, também de natureza trans e interdisciplinar, considerando o uso de diferentes ramos do Direito, especialmente o direito penal, processual penal e constitucional. Serão usados também, além da visão de juristas, artigos, estudos e debates dispostos por meio digital e/ou físico, observando, sempre, a credibilidade de tais materiais.

Como marco teórico da aludida monografia, reúne-se as ideias sustentadas por Renato Brasileiro de Lima (2017), que considera que tais entendimentos contraria flagrantemente a Constituição Federal, esta que assegura a presunção de inocência (ou não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença condenatória, prevista no artigo 5º, LVII da Carta Magna.

Desse modo, é possível, hipoteticamente, afirmar que o princípio da presunção de inocência, concretizado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, está sendo violado reiteradamente por decisões da maioria dos emitentes ministros do Supremo Tribunal Federal, ao determinarem o início do cumprimento de pena antes da efetivação do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No Primeiro, intitulado “O princípio da presunção de inocência e a execução antecipada da pena”, fará uma exposição da tese, desde a origem histórica do conceito de “presunção de inocência”, até a recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro. O segundo capítulo, “Diálogo entre a Constituição Federal de 1988 e as impressões causadas no meio jurídico e doutrinário”, pretende-se trazer à tona como a Constituição Federal fora promulgada pensando na preservação dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, devido ao recente passado da Ditadura Militar, visando prevenir as gerações futuras de eventuais abusos dos Poderes Estatais; pretende-se demonstrar que a Constituição Federal de 1988 possui raízes garantistas e, por isso, sempre visa à proteção máxima de tais direitos perante o Estado.

Por fim, o terceiro capítulo “repercussões jurídicas e práticas da execução antecipada da pena”, pretende-se trazer uma abordagem a respeito das consequências práticas e jurídicas de tal decisão para o direito brasileiro e nosso cotidiano e como ela afeta a democracia brasileira. A ideia aqui é demonstrar que a relativização do direito à presunção de inocência pode contribuir para lesar demais direitos constitucionalmente previstos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Na literalidade do texto constitucional tem-se que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/88).

Antes, é bom salientar que a jurisprudência brasileira ora menciona o inciso como precedente da Presunção de Inocência, ora faz alusão ao Princípio de Não Culpabilidade. De todo modo, afirma Badaró que:

Não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas ¹.

Em breve resumo, a presunção de inocência vem sendo tratada nos textos jurídicos desde muitos anos. Já em 1764, Cesare Beccaria, adverte em sua obra prima *Dos delitos e das penas*, que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada” ².

Anos mais tarde, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Organizações das Nações Unidas (ONU) consolida a presunção de inocência, ao dispor, em seu artigo 11.1, os seguintes dizeres:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, como grande marco da democracia brasileira, teve como pilar diversos dispositivos internacionais e, em grande parte, a Declaração Universal de Direitos Humanos, trazendo consigo a presunção de inocência, fundada, em seu artigo 5º, inciso LVII.

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

O Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade, estabelece ao indivíduo acusado de infringir as normas penais adotadas no Brasil, a regra do “estado de inocência”, no sentido de que recai sobre o acusado o “manto”, diga-se de passagem, transitório, da inocência.³

Nesse sentido, leciona Renato Brasileiro de Lima:

Em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)⁴.

A segunda instância ou instância superior vem como forma de viabilizar outro princípio, o do Duplo Grau de Jurisdição; que, embora não haja previsão expressa na Constituição Federal, esta, ao organizar o Poder Judiciário em instâncias, consagrou esse princípio implicitamente.

De toda forma, está explicitamente previsto no Pacto de São José da Costa Rica, recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional, nos seguintes dizeres:

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

(...)

“h”. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (...) ⁵.

Desse modo, o réu que teve decisão desfavorável em juízo de primeira instância, poderá, por meio de recurso, ter reapreciado ou revisado o ato decisório por outro órgão do Poder Judiciário hierarquicamente superior. Esse ato de revisão se dará em grau superior ou, comumente conhecido, na segunda instância.

Essa é uma ferramenta importantíssima que possui evidente respaldo na ampla defesa, mas que se esbarra no Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade, ao permitir que o réu recorra da sentença monocrática, quando simplesmente não concordar ou, como também, quando a julgar injusta. Lado outro,

³ Obs.: como dispõe a Lei, “até o trânsito em julgado”.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 43.

⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Org.). *Pacto São José da Costa Rica*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018

leva em consideração a falibilidade do juiz monocrático de primeiro grau, que, ante a condição de ser humano estará sujeito a erros dos mais variados tipos.

O termo “prisão” significa privação da liberdade do indivíduo, por motivo lícito ou por ordem legal, mediante clausura (MOUGENOT, 2017).

A prisão é, portanto, uma forma de privar a liberdade de alguém, seja preventivamente, seja para cumprimento de pena definitiva.

Desta forma, ela pode ser dividida em prisão penal, ou prisão pena; e em prisão cautelar, provisória ou prisão sem pena. Ao presente trabalho interessa a primeira modalidade, a prisão pena.

A Prisão pena é proveniente de sentença condenatória com trânsito em julgado que determina o cumprimento de pena privativa de liberdade, todavia, conforme já abordamos, segundo decisão do STF, ela pode se dá, também, após acórdão condenatório recorrível proferido por Tribunal de 2ª instância, tema objeto de análise deste trabalho.

Renato Brasileiro de Lima, a respeito da prisão pena, afirma que:

Só pode ser aplicada após um devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade⁶.

Portanto, extrai-se da afirmação de Lima que a prisão, como pena privativa de liberdade, ou seja, como forma de sanção/punição do acusado da prática de determinado crime, deve ocorrer depois de observadas todas as garantias e direitos do cidadão, além de caracterizar-se, ao fim, pela definitividade da sentença, ou seja, imutabilidade da decisão judicial.

Tal pretensão punitiva estatal é como coloca Alberto Silva Franco, citado por Lima, um “mal necessário”, pois enquanto não houver outra forma mais criativa que a substitua, “o regime penitenciário, com toda a sua problemática, não poderá ser descartado”⁷ (LIMA *apud* FRANCO, 2017).

Diante da breve análise, percebe-se a importância em se destrinchar melhor o tema, haja vista que, se por um lado há vantagens no início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, como uma maior efetividade da justiça, já que todo o

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 875.

⁷ Idem. p.875.

processo de se penalizar o culpado pela prática de determinado crime é bastante demorado, ocorrendo, por vezes, a prescrição da pretensão punitiva estatal antes mesmo do condenado se ver no devido cumprimento da pena; por outro lado, tem-se aí, um possível descumprimento de um dos preceitos fundamentais da Magna Carta, que é a presunção de inocência do cidadão acusado, e a punição do condenado, antes mesmo de ser considerado culpado, pois somente é possível a caracterização de “culpa” após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (art. 5º, LVII, de CF/88).

CAPÍTULO I – DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA

1.1 – O Princípio da Presunção de Inocência

1.1.1 – Noções introdutórias

Nos tempos atuais, onde a população brasileira clama por justiça com maior força e manifesta-se com veemência contra a impunidade, há pouco conhecimento do que seria a presunção de inocência, às vezes, conferindo-a caráter negativo.

Historicamente, o conceito de presumir-se a inocência de alguém, advém mesmo antes da Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948. Já no século XVIII, Cesare Beccaria, pensador italiano, orbitava em torno do tema movido pela forma autoritária com que o sistema punitivo da Europa processava e julgava seus acusados.

A ideia de que o homem não deve ser chamado de réu (culpado), antes da sentença do juiz, publicada em seu célebre livro “Dos delitos e das penas”, marca, talvez, o início, ou quem sabe, a popularização do conceito de presunção de inocência.

Tal entendimento acabou sendo refletido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no seu artigo 9º, e séculos mais tarde, tivera grande peso na confecção daquele que seria o principal tratado já criado que versa sobre direitos humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos, que fora aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, reconhecendo a dignidade como direito inerente à condição humana, igual e inalienável a todos, pilar fundamental da liberdade, da justiça e da paz no mundo.⁸

O artigo 11.1, da Declaração Universal, dispõe que:

“Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.⁹

⁸Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁹ Idem, ibidem, p.07.

Semelhantemente é o que prevê a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6.2 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, no seu artigo 8º, § 2º, que disponibiliza a toda pessoa acusado de delito, o direito “a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.¹⁰

A Constituição Federal de 1988, na ânsia de proteger o cidadão de eventuais atos autoritários que o próprio Estado poderia cometer, principalmente no exercício do poder de punir que lhe cabe; trouxe, em pleno acordo com os tratados internacionais e Declaração já mencionada, a presunção de inocência já como princípio norteador do direito brasileiro, preconizando em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.¹¹

O Princípio da Presunção de Inocência, embora não previsto explicitamente na Carta Magna, mas de modo implícito, reconhece um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido *status* processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Afirma Edílson Mougenot Bonfim, em seu livro “Curso de Processo Penal”, 2017, que “o princípio em questão, alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um ‘estado de inocência’ ou de ‘não culpabilidade’: vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória”.¹²

Renato Brasileiro de Lima leciona que do referido princípio nascem duas regras fundamentais: a regra probatória (*in dubio pro reo*), e a regra de tratamento.

Na regra probatória, o ônus de provar a culpabilidade do acusado compete tão somente à parte acusadora (Ministério Público ou querelante), não recaindo ao acusado o dever de provar-se inocente.

Nesse sentido, afirma Badaró que:

Trata-se, pois, de uma disciplina do acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminado qualquer dúvida razoável, o contrário do que é

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

¹² BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99.

garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.¹³

Desse modo, o *in dubio pro reo* deve ser utilizado como elemento de valoração da prova, havendo qualquer dúvida a respeito da culpa do acusado, a decisão deve ser no sentido de favorecer o acusado.

Do outro lado temos a regra de tratamento, que prevê que a excepcionalidade da privação da liberdade, só se justifica em situações específicas prevista em lei. A regra em questão, portanto, veda prisões processuais automáticas e impede a execução provisória ou antecipada de pena.

Nesse sentido, afirma Lima:

Por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal.¹⁴

Todavia, necessita-se de ser esclarecido que o princípio da presunção de inocência não proíbe a prisão cautelar imposta por razões excepcionais com o objetivo de dar efetividade ao processo. Tal princípio não deve ser interpretado de forma radical, pois, caso o fosse, nenhuma medida cautelar poderia ser aplicada ao acusado, o que impediria qualquer progresso no processo penal. Caberia, pois, medidas de caráter cautelar, tais como a prisão, excepcionalmente e somente se se apresente como crucial para o caso concreto.¹⁵

2.1 – (In) Constitucionalidade da Execução Antecipada da Pena

Por muitos anos o entendimento jurisprudencial era no sentido de caberia a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, ou seja, o início de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O principal argumento era/é devido ao fato de que os recursos extraordinários e especiais não possuem efeito suspensivo (Art. 637 do Código de Processo Penal e

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 285.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 45.

¹⁵ Idem, ibidem.

arts. 995 e 1029, §5º, do Código de Processo Civil de 2015), que é aquele que “suspende a eficácia da decisão até o seu julgamento final, impossibilitando a execução, mesmo que provisória”, seja no âmbito penal ou cível.¹⁶

Para dar azo a esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou a súmula nº 267, que prevê que a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.¹⁷

Então, mesmo que o acusado tivesse respondido a todo o processo na condição de *solto*, como efeito automático de uma decisão colegiada proferida por órgão de segunda instância, era determinado o seu recolhimento à prisão, independentemente do trânsito em julgado da sentença de primeira instância.

Ocorre, que no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078 no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a execução da pena somente poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em harmonia com o texto constitucional. Portanto, mesmo que os recursos extraordinários e especiais não possuíssem efeito suspensivo, enquanto não houvesse o trânsito em julgado da decisão da segunda instância, não seria possível a execução provisória da pena, a não ser nos casos em que estivessem presentes os pressupostos da prisão preventiva do réu (art. 312, Código de Processo Penal).

Eis a ementa do acórdão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. **A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as**

¹⁶ DIRETONET (Brasil). *Efeito suspensivo - Novo CPC*: (Lei nº 13.105/15). 2012. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1137/Efeito-suspensivo-Novo-CPC-Lei-no-13105-15>>. Acesso em: 05 maio 2019.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 267*. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT12TEMA0>>. Acesso em: 05 maio 2019.

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 (...) (grifo nosso).¹⁸

Porém, no dia 17 de fevereiro de 2016, em histórico julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 07 (sete) votos a 04 (quatro), permitiu a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância, mesmo que passível de recurso extraordinário/especial e ausentes os requisitos da prisão cautelar. Trata-se do polêmico HC 126.292¹⁹, que fundamentou no sentido de dar maior efetividade ao Poder Público em condenar e iniciar a punição dos criminosos, evitando assim a impunidade e suprimindo os anseios da sociedade.

Apesar dos válidos motivos pelos quais o Supremo fora guiado, é notório de que tal decisão é clara afronta à Constituição Federal de 1988, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Ao fazer isso, o Supremo relativiza um dos princípios mais importantes da democracia brasileira, ou de qualquer país que tenha ou não a sua história marcada por período (s) totalitário (s). E aqui cabe um adendo, sabe-se que qualquer figura ditatorial ou totalitária, por óbvio, ataca princípios basilares da Democracia, como a presunção de inocência, com o objetivo de cercear direitos e garantias, para que possam perseguir e punir desafetos de seus governos, com o amparo das leis.

Voltando ao cerne da questão, para Lima, a busca pela eficiência do judiciário não pode sobrepujar a Constituição democrática de 1988:

Não negamos que se deva buscar uma maior eficiência no sistema processual penal pátrio. Mas, a nosso juízo, essa busca não pode se

¹⁸ Habeas Corpus - HC 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator: ministro Eros Grau. Brasília, 05/02/2009. Publicado no DJe nº 035, de 26/02/2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84078+MG%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jdsrl96> > Acessado em 05 maio 2019.

¹⁹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, Pleno, HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado: 17/02/2016; publicado: 16/05/2016).

sobrepor à Constituição Federal, que demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. E só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se torna imutável, o que, como sabemos, é obstado pela interposição dos recursos extraordinários, ainda que desprovidos de efeito suspensivo. Não há, portanto, margem exegética para que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seja interpretado no sentido de se concluir que o acusado é presumido inocente (ou não culpável) tão somente até a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância.²⁰

Além dos textos constitucionais, que seria o suficiente, observa-se que a legislação infraconstitucional vai de encontro à nova orientação dos Tribunais Superiores, pois, embora o art. 637 do CPP permitir a execução provisória da decisão advinda da segunda instância devido ao fato de que os recursos que se seguem (extraordinários e especiais) não possuem efeito suspensivo percebe-se que tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.403/11, que conferiu nova redação ao art. 283 do CPP, prevendo que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (grifo nosso).²¹

Assim, apesar dos recursos extraordinários e especiais não serem dotados de efeito suspensivo e, portanto, estarem limitados ao reexame de questões de direito e não de matéria, tal argumento não é válido para sustentar a execução antecipada de pena, pois não afeta o conceito de trânsito em julgado, estabelecido pelo art. 283 do CPP como fundamental para o início do cumprimento de pena.

A solução para essa divergência entre matérias legais é que seja feita uma mudança legislativa e não jurisprudencial, como fez o STF, antecipando o momento do trânsito em julgado de decisões terminativas proferidas pelos Tribunais de segunda instância, tal como indica alguns juristas como Renato Brasileiro de Lima e Luis Flávio Gomes (que sugere ainda que tal mudança se dê por emenda constitucional).

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p.48

²¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 maio 2019.

CAPÍTULO II – DIÁLOGO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS IMPRESSÕES CAUSADAS NO MEIO JURÍDICO E DOUTRINÁRIO

2.1 – Contexto histórico da Constituição Federal brasileira de 1988: garantismo constitucional.

Após o prolongado período ditatorial instalado no Brasil– período este marcado por cessões à liberdade e verdadeiro rompimento da democracia – a Constituição Federal de 1988 veio para substituir aquela promulgada em 1967, que concretizava o autoritarismo, principalmente através de cinco atos institucionais, que juntos davam plenos poderes ao presidente e ao vice-presidente (eleitos indiretamente) e, assim, “centralizava e fortalecia o Poder Executivo”.²²

Esse período durou mais de 20 anos (1964 – 1985) e, certa maneira, contribuiu significativamente no processo de elaboração da atual constituição, que tinha a missão de “voltar a valer” os direitos humanos fundamentais, individuais e coletivos, que há tempo haviam sido abafados pela constituição anterior. Aqui, vale citar o que afirma Bonavides e Andrade que embora a Constituição de 1988 não tenha precedido de um ato de independência ou ruptura anterior das instituições, tal como ocorrera nas anteriores:

(...) nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ele se operou na alma da Nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas: aquela noite de 20 anos sem parlamento livre e soberano, debaixo da tutela e violência dos atos institucionais, indubitavelmente um sistema de exceções, autoritarismo e ditadura cuja remoção a Constituinte se propunha fazê-lo, como em rigor o fez, promulgando a Constituição ora vigente.²³

Assim, como forma de apagar as máculas advindas do período ditatorial, foi-se idealizado elaborar uma Constituição mais voltada para os direitos e garantias fundamentais, trazendo a tona um texto constitucional com grandes influências do Garantismo Jurídico²⁴ de Ferrajoli²⁵, que teoriza justamente um sistema que fomente

²² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: Oab Editora, 2004. p.433.

²³ Idem, ibidem. p.455

²⁴ “A visão que temos de garantismo penal é que nele se insere o anseio de proteger qualquer cidadão das arbitrariedades estatais. E quem mais precisa dessa proteção é justamente aquele desprovido de qualquer influência econômica, social ou política que lhe permita defender-se com suas próprias forças diante de uma ação estatal injusta” (FERREIRA, 2009).

as liberdades individuais:

Um sistema geral do garantismo jurídico ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.²⁶

Assim, apesar de que não se pode afirmar que a Carta Magna seja integralmente garantista (Ver nota explicativa nº 24, p. 20), é possível crer que a legislação dela decorrente, admite interpretação nesse sentido, mesmo que encontrada nas entrelinhas da lei.²⁷

É claro que não se pode permitir um Direito Penal sem sanção, pois daí, evidentemente, imperar-se-ia a impunidade e estimularia a chamada “justiça com as próprias mãos”. É como afirma Luis Flávio Gomes (GOMES, 2007, p.655-658):

Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas.²⁸

Portanto, faz-se necessário que sejam interpretados os dispositivos constitucionais seguindo a linha hermenêutica na qual ela, a Constituição Federal, fora concebida e, desse modo, não caberia outra interpretação ao artigo 5º, inciso LVII, do Texto Constitucional que prevê que “ninguém poderá ser considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” a não ser aquela mais benéfica ao acusado, em acordo com o viés garantista trazido pelo constituinte, até que se faça alteração ou complementação no referido dispositivo, para que se adeque à realidade do país.

Cabe aqui ainda mencionar o que o emitente ministro Celso de Mello afirmou em seu voto no julgamento do HC 126.292/SP²⁹, no ano de 2016, a respeito da

²⁵ Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²⁶ Idem, ibdem, p. 07.

²⁷ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. *Garantismo penal e impunidade no Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13470>>. Acesso em: 23 maio 2019.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; coordenação de Luiz Flávio Gomes. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: RT, 2007.

²⁹ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acessado em 23 maio 2019.

Constituição democrática de 1988, mais especificamente no que diz respeito ao seu texto antiautoritário e a presunção de não culpabilidade. Declarou o ministro:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente (Ministro Ricardo Lewandowski), que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 **e destinada** a reger uma sociedade **fundada** em bases *genuinamente* democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado** o contexto histórico **que justificou**, em nosso processo político, **a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento**, por isso mesmo, **no plano** das liberdades públicas, de **qualquer** ensaio autoritário **de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex part principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face** daqueles **que presumem** a culpabilidade do réu, **será a virtual (e gravíssima) esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito** do indivíduo *de jamais ser tratado*, pelo Poder Público, **como se culpado fosse.** (grifo do autor)³⁰

2.2 – O Habeas Corpus 126.292/SP julgado em 2016 pelo supremo: uma visão panorâmica.

O início de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado que deu azo à prisão em segunda instância, sempre foi objeto de calorosas discussões no Supremo Tribunal Federal quando a colenda turma se propunha a tratar do assunto, mas também é objeto de discussão entre importantes juristas brasileiros.

Tais discussões se acirraram a partir do julgamento do HC 126.292/SP, onde a mudança de entendimento da Suprema Corte, que até então impossibilitava a prisão após julgamento em segunda instância, provocou, entre esses doutos juristas, desde aplausos entusiasmados como também incisivas críticas ao posicionamento dos ministros do STF.

O histórico dia foi 17 de fevereiro de 2016 em que, por maioria dos votos (07 a 04) o plenário mudou a jurisprudência da Corte, permitindo a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Os votos favoráveis à referida matéria foram do relator Teori Zavascki, bem como os dos ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gimar Mendes; este, aliás, mudou de posicionamento em relação ao

³⁰ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acessado em 23 maio 2019.p. 83.

juízo do HC 84.078/MG ³¹. Contrários à prisão após condenação em segunda instância encontraram-se os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e o Presidente da Sessão Plenária, o Ricardo Lewandowski.

De modo geral, os argumentos que validaram a execução provisória de pena foram de que as ausências de efeito suspensivo nos recursos especiais e extraordinários possibilitariam a prisão logo após decisão colegiada em segunda instância.

Daí pode-se destacar o voto do Ministro relator Teori Zavascki que alegou que, embora antes da sentença penal haja necessidade de “manter reservas de dúvidas acerca do comportamento contrário à ordem jurídica” (ZAVASCKI, 2016) ³², a “eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal”. ³³

Continua o ministro Zavascki:

(...) 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.³⁴

Argumenta ainda o emitente ministro relator que, a jurisprudência que nega a execução de pena a qualquer condenado enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, acaba sendo utilizada pelo próprio acusado, pois permite e incentiva “indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória” (ZAVASCKI, 2016) ³⁵.

Seguindo o mesmo entendimento do Relator, o Ministro Edson Fachin afirmou

³¹ Habeas Corpus - HC 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator: ministro Eros Grau. Brasília, 05/02/2009. Publicado no DJe nº 035, de 26/02/2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84078+MG%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jdsrl96> > Acessado em 23 maio 2019.

³² Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p.06

³³ Idem, ibidem.

³⁴ Idem, ibidem, p.10.

³⁵ Idem, ibidem, p. 17.

em seu voto que não interpreta a regra contida no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, de forma literal e, ainda, que considera:

(...) que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.³⁶

Ele lembra que a Constituição não previu os Tribunais Superiores (STF e STJ) para que funcionassem como terceira ou quarta instância³⁷. O acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá de forma excepcional e visa oportunizar aos referidos Tribunais “a exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional”³⁸.

Já o ministro Luís Roberto Barroso defende que a impossibilidade de execução de pena após segunda instância produz três consequências “muito negativas para o sistema de justiça criminal”³⁹. (1) Assim como o Ministro Zavascki, Barroso afirma que essa impossibilidade incentiva o acusado a interpor infundáveis recursos que serviriam para protelar o processo. Para ele “tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus”⁴⁰. (2) Para Barroso, a existência de excessivos recursos torna o sistema penal seletivo, pois somente os réus abastados possuem “condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos”⁴¹. (3) Por fim, afirma o Ministro que a impossibilidade da execução antecipada de pena contribui para descreditar o Poder Judiciário junto à

³⁶ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p. 21-22.

³⁷ Idem, ibidem, p. 23.

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p. 32.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 32-33.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 33.

sociedade e feito com que os processos penais cheguem com mais frequência à prescrição punitiva estatal ou à demora da efetiva punição dos culpados.

Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de Justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.⁴²

Diametralmente em oposição aos votos dos emitentes ministros supramencionados destaca-se o voto do então decano da Corte Suprema, o Ministro Celso de Mello, que permaneceu contrário à execução de pena antes do trânsito em julgado, como o fez no julgamento do HC 84.078/MG (vide nota de referência nº 31, p. 23).

O nobre Ministro lembrou de que a presunção de inocência representa uma significativa conquista histórica dos cidadãos contra a opressão estatal.

Ele abordou como a presunção de inocência teve grande impacto nos tratados e nas declarações, tal como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como ferramenta contra as práticas absolutistas do Antigo Regime Francês e de como ela foi inserida incontestavelmente no artigo 11 da Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana (1948) em oposição aos graves abusos cometidos pelo nazi-fascismo.

Argumenta ainda que a presunção de inocência “tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoal humana”⁴³, não obstante as incessantes tentativas de regimes autoritários que apregoam a máxima de que todos são culpados até prova em contrário.

Assim, essa resistência que os Tribunais Superiores têm demonstrado à presunção de inocência se torna incompatível com a essência do regime democrático.

⁴² Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p. 34.

⁴³ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p. 81.

(...) **a repulsa** à presunção de inocência – **com todas** as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – **mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente,** à esfera jurídica dos cidadãos **restrições não autorizadas** pelo sistema constitucional. (grifos do autor).⁴⁴

Afirma ainda que a regra de presunção de inocência, consagrada constitucionalmente como direito fundamental de qualquer pessoa, independe da gravidade do delito que lhe haja sido imputado. Dessa forma, o direito de ser considerado inocente deve perdurar até o trânsito em julgado da condenação criminal, “*como uma cláusula de insuperável bloqueio* à imposição **prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica** das pessoas em geral” (grifo do autor) ⁴⁵.

Por fim, faz-se necessário evocar que a impossibilidade de execução antecipada de pena não impede que o magistrado lance mão de ferramentas como, por exemplo, a prisão cautelar, prevista no artigo 283 do Código de Processo Penal⁴⁶, em prol da preservação e proteção dos interesses da coletividade, desde que presentes razões concretas que a justifiquem ⁴⁷.

A respeito disto, leciona Renato Brasileiro de Lima:

O art. 283 do CPP é categórico ao estabelecer as hipóteses em que pode haver restrição à liberdade de locomoção no processo penal: a) prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva: são as únicas espécies de prisão cautelar passíveis de decretação no curso da investigação ou do processo; **b) prisão penal (*carcer ad poenam*): a prisão penal só pode ser objeto de execução com o trânsito em julgado de sentença condenatória** (grifo nosso).⁴⁸

⁴⁴ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p. 82.

⁴⁵ Idem, Ibidem, p. 84.

⁴⁶ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em **flagrante delito** ou **por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, **em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva**. (Redação dada pela Lei nº 3.689/1941 - CPP - grifo nosso).

⁴⁷ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p. 89.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p.49.

Desse modo, havendo necessidade de que o acusado seja recolhido à prisão, a decisão deverá ser fundamentada pelo magistrado, tendo em vista os requisitos da prisão cautelar (preventiva ou temporária), previstos no artigo 312 do CPP, caso contrário, tratar-se-ia de determinação abusiva. Ora, veja-se:

(...) embora sem trânsito em julgado da sentença condenatória, **há compatibilidade entre a prisão preventiva e o estado de inocência, devendo, entretanto, ficar comprovada a presença dos pressupostos (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e requisitos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal) que a autorizam.**

Disso se extrai que **a liberdade é a regra e a prisão exceção**, sendo **imprescindível**, então, **demonstrar que a decretação da prisão preventiva se amolda, concretamente, à previsão do art. 312 do Código de Processo Penal**, sob pena de **coação ilegal**, passível de correção por via de ordem de habeas corpus (grifo nosso).⁴⁹

Outro que opôs à execução antecipada de pena no referido *Habeas Corpus* foi o Ministro Marco Aurélio que demonstrou preocupação com os efeitos que essa mudança de jurisprudência poderia refletir nos Tribunais Superiores, execução esta chamada por ele de “precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada”.⁵⁰

Segundo o ministro, o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal não admite interpretações; o texto é claro e preciso e qualquer tentativa de interpretá-lo reescreveria a norma jurídica e o preceito constitucional.⁵¹

Não admitiria, afirma, nem sequer uma emenda, devido à limitação do artigo 60 da Carta de 1988 no que se refere aos direitos e garantias individuais, conforme parágrafo 4º e inciso IV da referida cláusula.⁵²

Indaga, ainda, o excelso magistrado:

⁴⁹ PEREIRA, Geraldo Lopes. *Prisão preventiva e o estado de inocência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2637, 20 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17447>. Acesso em: 27 maio 2019.

⁵⁰ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019.p. 76.

⁵¹ Idem, ibidem, p. 77-78.

⁵² Idem, ibidem, p. 78.

Perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa. (AURÉLIO, 2016)⁵³

Coloca o Ministro, por último, que o significado do princípio da presunção de inocência é basicamente para se evitar que se “execute uma pena, a qual não é, ainda, definitiva” (AURÉLIO, 2016).⁵⁴

Continuando, juntamente com os votos dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, pode-se destacar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que presidiu a aludida sessão. Ele se diz incapaz de atribuir ao artigo 5º, LVII, da CF/88 interpretação diversa daquela disposta no próprio dispositivo. Impossível é para ele “ultrapassar a taxatividade” do referido dispositivo constitucional “que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado”.⁵⁵

Cita ainda a lição dos professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes, grandes processualistas penais do país, que acreditam que a interposição de recurso (extraordinário ou especial), impede a “eficácia imediata do título condenatório penal”, pois ainda vigente em favor do réu a presunção de não culpabilidade, “incompatível com a execução provisória da pena”.⁵⁶

Acredita que tal decisão (que permitiu a execução provisória de pena) aumentará o número de cativos no Brasil, considerando que o sistema penitenciário brasileiro está há muito sobrecarregado,⁵⁷ agravando ainda mais o problema de superlotação prisional, o que é uma grave violação dos direitos humanos dos detentos.

Divergências há também no âmbito dos juristas e doutos em Direito a respeito

⁵³ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019.

⁵⁴ Idem, ibidem, p. 79.

⁵⁵ Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pleno. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em 23 maio 2019. p. 97.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 98.

⁵⁷ MACHADO, Leandro; MORI, Leticia. *Brasil teria que construir quase um presídio por dia durante um ano para abrigar presos atuais*. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>>. Acesso em: 27 maio 2019.

da prisão após segunda instância (ou execução antecipada de pena), embora, note-se que grande parte dos intelectuais da área (processo penal) se mostra contrária à manutenção da decisão do STF a respeito do tema.

Como já mencionado anteriormente, Renato Brasileiro de Lima, vê como inconstitucional a execução antecipada da pena, pois violaria um dos preceitos constitucionais mais importantes, que é a presunção de inocência.

Para ele, tal entendimento é flagrantemente contrário à Constituição Federal que é “categórica ao afirmar que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam”.⁵⁸

Assim, comenta:

Com a devida vênia à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que esse novo entendimento **contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 5º, LVII)**, assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo – é dizer, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória –, a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. (grifo nosso)⁵⁹

Compartilha de mesmo entendimento o professor José Carlos Porciúncula, que sustenta que:

“(...) o Supremo Tribunal Federal, ao admitir que um cidadão possa cumprir pena logo após a decisão condenatória em segundo grau (e, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), incorreu numa evidentiíssima interpretação aberrante”.⁶⁰

Leciona Porciúncula que as teorias acerca da função da pena costumam ser divididas em três grandes grupos: (a) teorias absolutas ou retributivas da pena; (b) teorias relativas da pena, e (c) teorias ecléticas ou unificadoras, que englobam as anteriores. Para ele o artigo 59 do Código Penal adotou a teoria eclética da pena e, desse modo, a pena deve servir a finalidade de prevenção geral e prevenção

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.p. 49.

⁵⁹ Idem, p. 48.

⁶⁰ PORCIÚNCULA, José Carlos. *A execução antecipada da pena: entre a ineficácia e a ilegitimidade*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-26/porciuncula-execucao-antecipada-pena-algo-inconcebivel>>. Acesso em: 27 maio 2019.

especial – no sentido de que o Estado Democrático de Direito deve “reafirmar as convicções jurídicas fundamentais da sociedade”, não podendo “tratar de prevenir delitos mediante uma contínua e desenfreada ameaça aos seus cidadãos” – ⁶¹, tendo como limite a culpabilidade do indivíduo.

Vale ainda destacar:

Embora a pena não possa ultrapassar a medida da culpabilidade do sujeito, necessidades preventivas podem permitir que ela seja fixada aquém desse limite. Somente uma tal concepção, que concilia dialeticamente justiça e utilidade, poderá reforçar a confiança dos cidadãos na inviolabilidade do ordenamento jurídico e terá a capacidade de oferecer àquele que praticou um fato punível alternativas ao seu comportamento. ⁶²

Para o douto jurista, o argumento, defendido principalmente pelo Ministro Luís Roberto Barroso, de que a presunção de inocência é um princípio e não uma regra e, por isso, poderia ser aplicada em maior ou menor grau de intensidade quando ponderado com outros princípios, (o que em se tratando da condenação em segunda instância adquirir-se-ia menor peso, haja vista o interesse na efetividade da lei penal) não deve prosperar, pois a “utilização da proporcionalidade como critério de solução de conflitos entre direitos fundamentais, não autoriza a execução antecipada da pena” (PORCIÚNCULA, 2018). ⁶³

Tal critério, ensina, é composto pelos subcritérios da **idoneidade**, **necessidade** e **proporcionalidade *stricto sensu***, assim:

(...) uma restrição a um direito fundamental somente será admissível se for idônea, é dizer, se tiver a capacidade de alcançar o objetivo perseguido; se for necessária, é dizer, se não houver nenhum meio menos gravoso e igualmente eficaz para tanto; e, por último, se for proporcional em sentido estrito, ou seja, se o benefício por ela pretendido for maior que o custo que resulta da intromissão no direito fundamental. ⁶⁴

Segundo ele, no que diz respeito ao subcritério de idoneidade, é necessário que sua intervenção conte com um propósito legítimo, ou seja, com autorização da Constituição. Desse modo, a afirmação do Ministro Barroso de que tal intervenção fixa como propósito legítimo “a efetividade da lei penal, em prol dos objetivos

⁶¹ PORCIÚNCULA, José Carlos. *A execução antecipada da pena: entre a ineficácia e a ilegitimidade*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-26/porciuncula-execucao-antecipada-pena-algo-inconcebivel>>. Acesso em: 27 maio 2019. (nota explicativa nº 08).

⁶² Idem, ibidem.

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ Idem, ibidem.

(prevenção geral e específica)”⁶⁵ é, na visão de Porciúncula, inválida, pois a CF “não faz menção alguma acerca das finalidades de prevenção geral ou especial, de modo que rigorosamente não seria possível considerá-las como propósitos legítimos”.⁶⁶

A nossa Carta Magna contém exclusivamente, por assim dizer, um “conceito negativo de pena”, proibindo a pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e penas cruéis. Apenas o art. 59 do CP refere-se aos fins de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Aí já temos um problema que afeta gravemente o exame da idoneidade.⁶⁷

Em se tratando do subcritério da necessidade, alega o jurista que “não se encontra no voto do Ministro Barroso qualquer reflexão, por mínima que seja, acerca da existência ou não de meios menos gravosos para se alcançar, com a mesma eficácia, o propósito pretendido” (PORCIÚNCULA, 2018)⁶⁸. Portanto, sequer foi ponderada alternativa que pudesse substituir a execução antecipada da pena.

Por fim, com relação ao critério da proporcionalidade *strictu sensu*, Porciúncula vê como problemático concluir que a efetividade do sistema penal teria um peso maior do que a presunção de inocência. Para ele, a presunção de inocência “é a mais lídima expressão da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF)” e ressalta que o texto constitucional relaciona a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, fazendo “uma opção essencial acerca da justificação do próprio Estado, reconhecendo que este existe em função da pessoa humana, e não o contrário”.⁶⁹

(...) a dignidade da pessoa humana não consta “comodamente” no rol das garantias fundamentais, tendo sido elevada, insista-se, à condição máxima de fundamento do Estado Democrático de Direito. A **dignidade da pessoa humana alcança**, assim, em nossa **Carta Maior**, a Excelsa categoria de **valor jurídico supremo** (grifo nosso).⁷⁰

Mesmo que a execução provisória da pena constituísse um meio idôneo, visando a prevenção geral e especial, ela não suportaria os subcritérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

⁶⁵ Vide nota de referência nº 41.

⁶⁶ PORCIÚNCULA, José Carlos. *A execução antecipada da pena: entre a ineficácia e a ilegitimidade*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-26/porciuncula-execucao-antecipada-pena-algo-inconcebivel>>. Acesso em: 27 maio 2019.

⁶⁷ Idem, ibidem.

⁶⁸ Idem, ibidem.

⁶⁹ Idem, ibidem.

⁷⁰ Idem, ibidem.

2.3 – Breve síntese sobre o controverso julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44

Com o julgamento do HC 126.292/SP, duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) foram propostas, uma pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), visando declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP e, com isso, coibir uma espécie de precedente que a decisão do referido Habeas Corpus pudesse gerar ao incentivar outras decisões.

O objetivo era que o Pretório Excelso concedesse medida cautelar suspendendo eventuais prisões baseadas na decisão do Habeas Corpus 126.292/SP, pois ainda havia discussão acerca do ferimento ou não ao Princípio da Presunção de inocência e, não obstante, muitos tribunais já estavam utilizando o entendimento ora vertido pela Corte Suprema, para fundamentarem a decretação de prisões antes do trânsito em julgado.

Na ADC 43 ⁷¹, proposta pelo PEN, em síntese o partido alega que o STF deveria ter declarado a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP que prevê a impossibilidade de prisão, salvo em flagrante delito, temporária ou preventiva, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, na ocasião do julgamento do HC, o que não ocorrera.

Já a ADC 44 ⁷², proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ressalta a relativização do Princípio da Presunção de Inocência que, segundo a entidade, limitava a liberdade de locomoção ao permitir a prisão após segunda instância. Tal como na ADC 43, a OAB afirma que como o STF não se manifestou sobre o artigo 283 do CPP, deve-se presumir a sua validade, que, aliás, foi alterado para se adequar ao preceito constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Afirma, nesse sentido, o conselheiro federal Juliano Breda, representante da OAB chamado à defesa oral ostentada no Supremo Tribunal Federal:

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

A decisão do legislador ao alterar o CPP para incluir a norma espelhando o dispositivo constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII) foi o de assegurar a impossibilidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.⁷³

No dia 05 de outubro de 2016 as ADCs 43 e 44 foram julgadas e, embora o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio, tenha sido no sentido de conceder a medida cautelar determinando a suspensão da execução provisória da pena sem o trânsito em julgado e pela libertação dos réus presos após julgamento em segunda instância, o STF, por 06 (seis) votos a 05 (cinco), decidiu que o artigo 283 do CPP, apesar de constitucional, não impede o início do cumprimento da pena sentenciada em segunda instância, e indeferiu as Medidas Cautelares pleiteadas.

Para Lenio Streck e Juliano Breda, os ministros reconheceram a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, mas atribuiu interpretação de sentido contrário ao previsto no texto do dispositivo⁷⁴.

Ainda, segundo os juristas, a alegação do Ministro Fachin de que o STF estava retomando um entendimento que perdurou por quase vinte e um anos⁷⁵ “segundo o qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”⁷⁶, omitiu-se ao não mencionar o entendimento da Corte sobre o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência a respeito da execução das penas restritivas de direitos, referindo-se apenas das penas privativas de liberdade, da qual se refere o artigo 283 do CPP, objetos das ADCs em comento.

É que, em julgamentos anteriores à mudança jurisprudencial de 2009, “o STF, em sucessivos julgamentos, já proclamava a impossibilidade de execução

⁷³ ÂMBITO JURÍDICO (Brasil). *Partes interessadas expõem argumentos no Plenário do STF no julgamento das ADCs 43 e 44*. 2016. Disponível em: <<https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/380685192/partes-interessadas-expoem-argumentos-no-plenario-do-stf-no-julgamento-das-adcs-43-e-44>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; BREDA, Juliano. *Novos argumentos sobre as ADCs contra a prisão em segunda instância*. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/senso-incomum-novos-argumentos-adcs-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁷⁵ Do ano da promulgação da Constituição Federal (1988) até o ano do julgamento do HC 84.078/MG em 2009, o entendimento era de que a presunção de inocência não impedida a execução da pena decidida em 2º grau (VICENTE, 2018).

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Brasília, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 jun. 2019. p. 09.

antecipada das sanções restritivas de direitos”⁷⁷.

Embora seja óbvio, vale anotar que **penas restritivas de direitos e penas privativas de liberdade distinguem-se somente como espécie**, mas não deixam de integrar o mesmo gênero na estrutura das consequências jurídicas do crime.

E, nesse passo, **nos votos favoráveis à execução antecipada da pena de 2016 não há menção ao relevante fato histórico de que até o ano de 2009 os Ministros que admitiam a execução antecipada da pena privativa de liberdade vedavam a execução das restritivas de direitos antes do trânsito em julgado.** (grifo nosso).⁷⁸

Afirmam os juristas que ao entrar em vigor o artigo 283 do CPP no ano de 2011, não caberia interpretação constitucionalmente admissível que fosse diversa à adotada pelos ministros do STF a respeito do artigo 147 da LEP, de que previa execução das penas restritivas de direitos somente após o trânsito em julgado da sentença que as aplicou.

Todavia, para esquivar-se do entendimento, unanime entre os Ministros, de que a execução antecipada das penas restritivas de direitos era inconstitucional, estes recorreram à chamada “interpretação conforma à constituição”. Ocorre que, tal interpretação não fora utilizada por nenhum dos ministros para “supostamente adequar o artigo 147 da LEP à Constituição de 1988, permitindo-lhe também uma leitura que admitisse a execução antecipada”.⁷⁹

Acreditam Streck e Breda que a história constitucional e a coerência do ordenamento jurídico do Brasil “clama por uma decisão no mesmo sentido dos julgados sobre as penas restritivas de direitos”.⁸⁰

Por fim, afirmam:

Em síntese, as ADCs 43 e 44 pedem simplesmente o respeito à Constituição de 1988, à lei e ao Congresso Nacional. E pedem que seja respeitada a opinião unânime dos ministros do STF, construída ao longo da década de 2000, no sentido da constitucionalidade de lei infraconstitucional que expressamente impeça a execução antecipada de pena.⁸¹

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; BREDA, Juliano. *Novos argumentos sobre as ADCs contra a prisão em segunda instância*. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/senso-incomum-novos-argumentos-adcs-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

⁷⁸ Idem, ibidem.

⁷⁹ Idem, ibidem.

⁸⁰ Idem, ibidem.

⁸¹ Idem, ibidem.

CAPÍTULO III – REPERCUSSÕES JURÍDICAS E PRÁTICAS DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

O entendimento de que já a partir da condenação em segunda instância é possível que o acusado seja recolhido à prisão, em cumprimento da pena, mesmo que antes do trânsito em julgado (HC 126.292/SP), trouxe, quase que instantaneamente, consequências práticas e jurídicas ao ordenamento brasileiro.

A começar, houve um grande rebuliço no meio jurídico, principalmente entre os juristas e doutos em Processo Penal, que de um modo geral questionam a legalidade da decisão, por diversos motivos além dos já mencionados no presente trabalho.

Antes, cumpre aqui destacar algumas manifestações pertinentes ao tema, todavia, neste caso trata-se a respeito da decisão do STF em rejeitar HC preventivo (HC 152.752/PR) ⁸² ao ex-presidente Lula⁸³, reiterando a possibilidade da execução antecipada da pena sem o trânsito em julgado (revista eletrônica ConJur, 2018) ⁸⁴:

Para Salo de Carvalho, advogado criminalista e professor de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ):

Do meu ponto de vista, [a decisão do STF] cria uma instabilidade maior, tendo em vista o notório caráter de temporariedade do entendimento. Tomou-se uma decisão que se sabe não será a posição da maioria da corte quando forem julgadas as ações diretas de constitucionalidade [43 e 44]. A ministra Rosa Weber, ao não querer ser casuísta, acabou produzindo uma decisão casuísta. ⁸⁵

Quanto ao professor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS):

Foi um dia muito triste, em que o STF, novamente por maioria apertada, rasgou a CF. Era indissociável a questão da inconstitucionalidade da

⁸² STF. Habeas Corpus: HC 152.752/PR. Tribunal Pleno. Relator: ministro Edson Fachin. Brasília. Julgamento: 04/04/2018. Publicado no Dje nº 127, de 27/06/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+152752%2EENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb2a6y8h>>. Acesso em: 30 maio 2019.

⁸³ Luis Inácio Lula da Silva (ex-presidente do Brasil- 2002/2011) foi condenado a 12 anos e 11 meses por corrupção e lavagem de dinheiro, sendo decretada sua prisão antes mesmo do trânsito em julgado, por decisão em segunda instância.

⁸⁴ JURÍDICO. In: Conjur Revista Eletrônica. *Especialistas analisam decisão do STF que aceita execução provisória da pena*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>>. Acesso em: 30 maio 2019.

⁸⁵ Idem.

execução antecipada com o objeto do habeas corpus e, por conta de um voto confuso e contraditório da Min. Rosa Weber, a questão não está resolvida. Ela deixou no ar a possibilidade de votar a favor da execução antecipada agora e depois declarar, no futuro, a constitucionalidade do artigo 283 e, por consequência, a inconstitucionalidade da execução antecipada! Isso sim é gerar insegurança jurídica. No restante, ainda se viu um festival de atropelos conceituais e um apelo punitivista-populista do ministro Barroso que realmente causou espanto. Como pano de fundo de tudo isso, houve uma preocupante manipulação da pauta por parte da presidência - denunciada várias vezes pelo Min Marco Aurélio - que já deveria ter pautado as ADCs antes de se chegar a esse ponto. Sem falar que existem dezenas de HCs distribuídos antes deste em julgamento e que deveriam ter sido pautados, tirando o peso do 'fator Lula' e evitando a polarização política em torno de uma questão que é estritamente constitucional e processual penal. Criou-se, propositadamente, uma ambiência de grave confusão entre o político e o jurídico. Perdeu a Constituição e o STF com tal "estratégia".⁸⁶

Ainda, afirma Pierpaolo Cruz Bottini, professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP):

O STF manteve uma posição contrária ao texto constitucional e ao texto legal. Pode se questionar o sistema de quatro instâncias e a morosidade dos processos, mas a arena para essa discussão é o poder legislativo, e não o judiciário.⁸⁷

Desse modo, é possível listar algumas graves consequências que esse novo entendimento jurisprudencial atrairá para o ordenamento jurídico e que repercutirá nas futuras decisões judiciais.

3.1 – Da relativização das normas e preceitos constitucionais

Como já abordado, a decisão traz consequências danosas para a democracia do país, como a clara restrição de alguns direitos anteriormente assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, advindos de tratados internacionais e normas infraconstitucionais, que foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, o mais importante documento normativo brasileiro, justamente para se garantir direitos essenciais aos cidadãos do país e evitar-se nova ruptura na democracia (como ocorrida em 1964).

⁸⁶ JURÍDICO. In: Conjur Revista Eletrônica. *Especialistas analisam decisão do STF que aceita execução provisória da pena*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>>. Acesso em: 30 maio 2019.

⁸⁷ Idem.

O agravamento da recente decisão do “*habeas corpus*” 126.292 pode trazer consequências ainda mais danosas à sociedade, pois a aparência falsa de que tal medida esteja combatendo a impunidade, ou deixando de criar óbices por meio da interposição de recurso, se sobrepõe a direitos fundamentais essenciais ao ordenamento jurídico brasileiro, comprometendo também a credibilidade das instituições judiciais.⁸⁸

Ademais, tal decisão fere a Constituição nos dispositivos imutáveis, a chamada cláusula *pétrea*, que não podem ser alterados e nem interpretados de forma diversa do que prevê a própria Carta Magna.

NUCCI afirma que, havendo conflito entre normas constitucionais, as eleitas pelo constituinte originário como cláusulas pétreas (inclui-se, aqui, o princípio da presunção de inocência) têm prevalência sobre qualquer outra norma expressa na própria Constituição. Portanto, os direitos e garantias constitucionais são superiores a outras normas constitucionais, não podendo sofrer interferência que retire a sua essência fundamental.⁸⁹

Nesse sentido:

A presunção da inocência encontra-se enquadrada como princípio e garantia constitucional, mas foi relativizada pelo julgado em análise, tendo como consequência prática a perda de credibilidade na Constituição Federal, trazendo instabilidade jurídica, afinal, um direito fundamental tão importante como esse no Estado Democrático de Direito teve sua eficácia “perdida” por quem é, legalmente, o seu guardião – STF.⁹⁰

Adilson Macabu, ex-Ministro do STJ, vai além e afirma que, por ser cláusula *pétrea*, nem mesmo o Congresso Federal poderia alterar o dispositivo da presunção de inocência, pois trata-se de direito fundamental. Sendo necessária uma nova Assembleia Nacional Constituinte para fazê-lo.⁹¹

Portanto, todos os dispositivos legais devem ter como basilar a Constituição Federal e a Lei quando incompatível a ela deve ser declarada inconstitucional.

⁸⁸ PEDROSA, Tamires Natalia Brumer; MATOS, Bruna Fioravante de. *Da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal*. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64782/da-execucao-da-pena-antes-do-transito-em-julgado-da-sentenca-penal>>. Acesso em: 30 maio 2019.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo de execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 65-8.

⁹⁰ ASSIS, Julya Martins de. *O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF*. Brasil. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20522&revista_caderno=22>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁹¹ JURÍDICO. In: Conjur Revista Eletrônica. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>>. Acesso em: 30 maio 2019.

3.2 – Da abertura de precedente no Ordenamento Jurídico brasileiro

Alguns ministros, como já abordado, no julgamento do HC 126.292/SP usaram como argumento a ideia de que a população estava perdendo a confiança no Judiciário e que a prisão após condenação em segunda instância (antes do trânsito em julgado) serviria como resposta à exigência da sociedade por efetividade processual. Tal entendimento é um tanto quanto perigoso para as garantias previstas constitucionalmente, gerando ocasionalmente um precedente de mudanças interpretativas na Constituição Federal, diga-se de passagem, ilegalmente pelo Judiciário e divergente da própria Carta Magna, com o único fim de atender ao clamor da sociedade.⁹²

Como afirma SILVA, trata-se de relativização de direitos fundamentais “pela simples razão de se dar uma resposta à sociedade diante de uma suposta impunidade”⁹³. Suposta, pois, conforme levantamentos, o Brasil é o terceiro país com maior número de presos no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China. Número esse que vem crescendo nos últimos anos.⁹⁴

Ou seja, se o Supremo Tribunal Federal está tão suscetível ao clamor da sociedade, a ponto de alterar entendimento outrora constituído e limitar garantia e direito fundamental previsto pela Carta Magna de 1988, tão somente para atender às “exigências da sociedade”, tal como argumentou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, quais outras alterações a Corte Suprema está disposta a realizar? E quais outros direitos ela está disposta a suprimir em prol da “vontade do povo”?

É nesse sentido que vaticinou o advogado Cléber Lopes:

Vejam a gravidade do problema, pois a argumentação da maioria ao autorizar o cumprimento da pena após a confirmação da sentença pelo segundo grau de jurisdição, passa pelo sentimento da sociedade e isso me leva a concluir que havendo um levante popular contra outras garantias constitucionais poderá haver mais retrocesso no plano dos direitos fundamentais, como por exemplo, admitir a tortura, pois sem ela muitos

⁹² SILVA, Rodrigo Medeiros da. *As consequências nefastas da execução provisória de pena*. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/03/09/as-consequencias-nefastas-da-execucao-provisoria-de-pena/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁹³ Idem, *Ibidem*.

⁹⁴ ANDREIA VERDÉLIO (Brasília). *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 31 maio 2019.

delitos não são descobertos e isso gera impunidade.⁹⁵

Há plausibilidade na triste previsão de Lopes. Em pesquisa realizada pelo Datafolha, 16% (dezesesseis por cento) da população é a favor da tortura como método de obtenção de provas e 32% (trinta e dois por cento) se diz favorável à prisão de suspeitos mesmo que não haja prévia autorização da Justiça para o decreto prisional.⁹⁶

Seguindo essa mesma linha argumentativa (de que é possível executar-se antecipadamente a pena, permitindo a prisão-pena antes do trânsito em julgado, em resposta à sociedade), poder-se-ia, também, a Suprema Corte de alguma forma entender pela possibilidade de se implantar a tortura no país, caso houvesse um maior clamor social nesse sentido, por mais que haja uma barreira legal que a impeça?

Evidentemente que tal questionamento se trata de tentativa de ilustrar a gravidade do argumento usado pela Corte, mas serve principalmente para alertar que o Judiciário não deve atender à reclamação das ruas ou clamor da sociedade (esta é função do legislativo) deve, sim, fazer cumprir a lei e salvaguardar a Constituição Federal, conforme previsto pela Carta.⁹⁷

A vontade da opinião pública acaba sobressaindo instalando-se uma verdadeira ditadura da maioria. Ditadura esta que inobserva a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e, principalmente, a presunção de inocência. Vive-se tempos sombrios e marcados pelo medo.⁹⁸

3.3 – Da contribuição à precariedade do sistema prisional brasileiro

Como já brevemente tratado, o Brasil atualmente é o terceiro país com maior

⁹⁵ JURÍDICO. In: Conjur Revista Eletrônica. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁹⁶ XAVIER, Renan Melo. *Datafolha aponta que 23% apoiam censura à imprensa e 16%, tortura*. 2018. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/datafolha-aponta-que-23-apoiam-censura-a-imprensa-e-16-tortura>>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁹⁷ “Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, **a guarda da Constituição**, cabendo-lhe: (...)” (grifo nosso). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 maio 2019.)

⁹⁸ SILVA, Rodrigo Medeiros da. *As consequências nefastas da execução provisória de pena*. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/03/09/as-consequencias-nefastas-da-execucao-provisoria-de-pena/>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

número de presos no mundo, sendo superado apenas pelos Estados Unidos, com cerca de 2,3 milhões, e China, com 1,65 milhão de detentos condenados.⁹⁹ O Brasil possui 726.712 (2016).¹⁰⁰

Os dados seguem e são alarmantes: aproximadamente 40% (quarenta por cento) desses presos são provisórios, aguardando julgamento. Mais da metade é constituído por jovens de 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) e 64% (sessenta e quatro por cento) são negros.

Ainda, 51% (cinquenta e três por cento) dos presos não completaram o Ensino Fundamental, e 10% (sete por cento) são analfabetos, entre aqueles que já frequentaram a escola e aqueles que nunca frequentaram.¹⁰¹

Figura 1 – Dados referentes à população carcerária do Brasil.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016.

Todavia, o ponto chave da questão é o seguinte: segundo o mesmo

⁹⁹ FRED LINARDI (Brasil). *Qual é o país com maior população carcerária do mundo?* 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-e-o-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em: 01 jun. 2019

¹⁰⁰ ANDREIA VERDÉLIO (Brasília). *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.* 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹⁰¹ BRASIL. Thandara Santos. Departamento Penitenciário Nacional (depen) (Org.). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Infopen. Brasília, 2017. 65 p. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

levantamento, 89% (oitenta e nove por cento) da população carcerária estão em unidades superlotadas e 78% (setenta e oito por cento) dos estabelecimentos prisionais estão com mais presos que o número de vagas.

Alguns especialistas afirmam que o número de presos tende a aumentar muito com a execução antecipada da pena e, conseqüentemente, a decretação de prisão após condenação em segunda instância. Principalmente em se tratando de presos provisórios que, relembre-se, atualmente 40% (quarenta por cento) dos presos estão nessa situação, número maior que a média mundial segundo o relatório elaborado em 2014 pela fundação internacional “*Open Society Foundation*”, que é de 32% (trinta e dois por cento).¹⁰²

Sobre essa questão, SILVA menciona que:

(...) são presos submetidos à prisão preventiva, na sua maioria, ou prisão temporária. Com esse entendimento (execução antecipada de pena) esse número tende a aumentar. **É prenúncio de uma verdadeira catástrofe do já combalido sistema prisional.** (grifo nosso)¹⁰³

Ainda, estima-se que no estado do Rio de Janeiro, 54,4% das pessoas estão presos indevidamente, “pois receberam, ao final do processo, penas menos graves que a prisão ou foram até mesmo absolvidos”.¹⁰⁴

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ), por meio de representante, Thais dos Santos Lima, afirma que “é inegável a alta taxa de reversão dos acórdãos dos Tribunais de Justiça no STJ”.¹⁰⁵ Segundo a defensora, 41% dos recursos interpostos pela DPRJ ao Superior Tribunal de Justiça para pedir a absolvição, a atenuação de regime, a redução da pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos assistidos pela Defensoria tiveram resultado positivo.¹⁰⁶

Já na visão do defensor Rafael Munerati, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), “a execução provisória antes da decisão do STJ importaria em

¹⁰² INSTITUTO SOU DA PAZ (Brasil). *O que é a prisão provisória?* Disponível em: <<http://danospermanentes.org/creditos.html>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹⁰³ SILVA, Rodrigo Medeiros da. *As conseqüências nefastas da execução provisória de pena*. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/03/09/as-consequencias-nefastas-da-execucao-provisoria-de-pena/>>. Acesso em: 01 jun 2019.

¹⁰⁴ Idem, ibidem.

¹⁰⁵ ÂMBITO JURÍDICO (Brasil). *Partes interessadas expõem argumentos no Plenário do STF no julgamento das ADCs 43 e 44*. 2016. Disponível em: <<https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/380685192/partes-interessadas-expoem-argumentos-no-plenario-do-stf-no-julgamento-das-adcs-43-e-44>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁰⁶ Ibidem.

execução de pena maior e /ou regime mais gravoso, num claro excesso de execução, legando mais e mais pessoas às prisões já superlotadas hoje em dia”.¹⁰⁷

Tal superlotação é uma das principais causas de rebeliões nos presídios do país, que somada à precariedade dos estabelecimentos e a má administração dos estados, têm gerado verdadeiras carnificinas nas unidades prisionais, como recentemente ocorrera no estado do Amazonas,¹⁰⁸ cuja taxa de ocupação é a maior registrada em 2017: 484% (quatrocentos e oitenta e quatro por cento) acima do limite.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ FÁBIO MASSALLI (Brasil) (Ed.). *Governo do AM confirma 42 novas mortes em presídios; total chega a 57*. Agência Brasil. Brasília. 27 maio 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-05/governo-do-am-confirma-42-novas-mortes-em-presidios-total-chega-57>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁰⁹ ANDREIA VERDÉLIO (Brasília). *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o trabalho apresentado é possível concluir que a recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, sinônimo de execução antecipada da pena, é um aterrador motivo para se preocupar com as decisões do Excelso Tribunal, no que tange aos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição.

Como salientado no presente trabalho, os argumentos dos emitentes ministros para fundamentar suas decisões, parece-se servir a um único propósito que não é o de trazer justiça à sociedade ao punir os culpados (até porque não havendo trânsito em julgado, não há que se falar em culpa), mas sim de melhorar a imagem do Poder Judiciário e, principalmente, do STF perante esta mesma sociedade; imagem esta há tempo “manchada”, devido às decisões impopulares, embora necessárias, proferidas pelo Tribunal, como exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Foi a partir de 2013 que os ministros do STF sentiram a pressão das ruas e perceberam que, embora legalmente possuam cargos vitalícios, não são inatingíveis às “pedradas” advindas da sociedade; muito pelo contrário, são afetados e pressionados a tomarem decisões mais “apaziguadoras” dos ânimos das ruas, mesmo que absurdamente contrárias aos preceitos constitucionais e até mesmo contra suas próprias convicções.

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 é uma das mais importantes garantias previstas constitucionalmente após a redemocratização. Ela protege os cidadãos (digo, todos, e não somente aqueles que passam por acusações penais) das “mãos”, frequentemente autoritárias, do Estado. É por meio da presunção de inocência que o Estado é impedido de decretar prisões, seja de quem for, sem que haja motivos razoáveis para tal, privando o indivíduo do direito à liberdade de locomoção, entre outras.

Nessa seara, o Pacto de San José da Costa Rica, acolhido pelo Brasil, veio a dar clareza à presunção de inocência, ao colocar que tal estado de inocência do acusado deve prevalecer até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Entender de forma diversa é limitar assombrosamente um direito fundamental garantido pela constituição, o que, em regra é ilegal, porque se trata de cláusula pétrea, impossível de sofrer alterações, seja no texto, seja na hermenêutica.

Desse modo, a limitação imposta pelo STF à presunção de inocência é um claro desrespeito à Carta-Mãe de 1988 e acarretará à prisão de muitos inocentes ou mesmo de culpados que deveriam usufruir de penas mais brandas, devido à natureza de seus crimes.

Os dados do Infopen mostram que o número de presos provisórios, que não possuem condenação, chega a 40% (quarenta por cento) do número total de presos do país, muitos destes presos terão suas penas substituídas por penas restritivas de direitos e muitos outros serão absolvidos, o que é lastimável ao compreender que inocentes eventualmente são presos, mesmo que se tratando de prisão prevista em lei, e são forçadamente obrigados a se juntarem a facções na cadeia para não sofrerem represálias ali.

Acredita-se que o presente trabalho tenha atingido o seu objetivo que é o de abordar a diversas visões a respeito do tema, de modo a trazer esclarecimento ao leitor sob os efeitos de que a execução antecipada pode gerar no ordenamento jurídico, na sociedade, bem como no sistema penitenciário brasileiro, que sofre com crises avassaladoras.

Ainda, deve-se ressaltar que as recentes decisões do Supremo, que ora entende ser constitucional a antecipação da pena antes do trânsito em julgado, outrora entende não ser possível, pois se trata de garantia fundamental e imutável imposta pela própria Constituição traz, a todo o sistema judiciário brasileiro, significativa insegurança e severa instabilidade jurídica o que afeta de maneira negativa a sociedade e seus direitos.

Se de fato é necessário que se mude o início do cumprimento de pena, para dar maior celeridade e efetividade ao judiciário, tal mudança deve ser debatida no Legislativo, em forma de emenda à Constituição, e jamais pelo Judiciário, pois não carrega consigo competência para tal e nem a representatividade da sociedade. Todavia, a polêmica giraria em torno do fato de que as normas que disciplinam sobre direitos fundamentais constituírem cláusulas pétreas, portanto imutáveis e inalteráveis.

De todo modo, o STF não pode legislar sobre causa alguma, ainda mais quando se trata de diminuir direitos fundamentalmente constituídos, pois estaria ele desrespeitando competência que não é originariamente sua e, principalmente, desfavorecendo o cidadão ao reduzir direito constitucional.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO (Brasil). *Partes interessadas expõem argumentos no Plenário do STF no julgamento das ADCs 43 e 44*. 2016. Disponível em: <<https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/380685192/partes-interessadas-expoem-argumentos-no-plenario-do-stf-no-julgamento-das-adcs-43-e-44>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

ANDREIA VERDÉLIO (Brasília). *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 31 maio 2019.

ASSIS, Julya Martins de. *O princípio da presunção da inocência frente à efetividade das decisões judiciais no julgamento do HC 126.292 pelo STF*. Brasil. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20522&revista_caderno=22>. Acesso em: 31 maio 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 maio 2019.

_____. Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Brasília, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: Oab Editora, 2004.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Org.). *Pacto São José da Costa Rica*. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

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

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. *Garantismo penal e impunidade no Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13470>>. Acesso em: 23 maio 2019.

FRED LINARDI (Brasil). *Qual é o país com maior população carcerária do mundo?* 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-e-o-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em: 01 jun. 2019

FÁBIO MASSALLI (Brasil) (Ed.). *Governo do AM confirma 42 novas mortes em presídios; total chega a 57*. Agência Brasil. Brasília. 27 maio 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-05/governo-do-am-confirma-42-novas-mortes-em-presidios-total-chega-57>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; coordenação de Luiz Flávio Gomes. *Direito penal – parte geral*. – São Paulo: RT, 2007.

INSTITUTO SOU DA PAZ (Brasil). *O que é a prisão provisória?* Disponível em: <<http://danospermanentes.org/creditos.html>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

JURÍDICO. In: Conjur Revista Eletrônica. *Especialistas analisam decisão do STF que aceita execução provisória da pena*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>>. Acesso em: 30 maio 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MACHADO, Leandro; MORI, Letícia. *Brasil teria que construir quase um presídio por dia durante um ano para abrigar presos atuais*. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>>. Acesso em: 27 maio 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo de execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Geraldo Lopes. Prisão preventiva e o estado de inocência. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2637, 20 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17447>. Acesso em: 27 maio 2019.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *A execução antecipada da pena: entre a ineficácia e a ilegitimidade*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-26/porciuncula-execucao-antecipada-pena-algo-inconcebivel>>. Acesso em: 27 maio 2019.

PEDROSA, Tamires Natalia Brumer; MATOS, Bruna Fioravante de. *Da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal*. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64782/da-execucao-da-pena-antes-do-transito-em-julgado-da-sentenca-penal>>. Acesso em: 30 maio 2019.

SILVA, Rodrigo Medeiros da. *As consequências nefastas da execução provisória de pena*. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/03/09/as-consequencias-nefastas-da-execucao-provisoria-de-pena/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

STF. Habeas Corpus - HC 126.292/SP. Tribunal Pelo. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016. Publicado no DJe nº 100, de 17/5/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acessado em 23 maio 2019.

STF. Habeas Corpus - HC 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator: ministro Eros Grau.

Brasília, 05/02/2009. Publicado no DJe nº 035, de 26/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84078+MG%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jdsrl96>>
> Acessado em 23 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz; BRENDA, Juliano. *Novos argumentos sobre as ADCs contra a prisão em segunda instância*. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/senso-incomum-novos-argumentos-adcs-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

XAVIER, Renan Melo. *Datafolha aponta que 23% apoiam censura à imprensa e 16%, tortura*. 2018. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/datafolha-aponta-que-23-apoiam-censura-a-imprensa-e-16-tortura>>. Acesso em: 31 maio 2019.