A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

THE INCONSTITUTIONALITY OF THE PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY WITH THE ADVENT OF THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988

Gabrielle Ferreira de Oliveira ¹
Thiago Aramizo Ribeiro ²

RESUMO

O presente trabalho objetivou discutir a respeito do princípio constitucional da presunção de inocência e da execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ressaltando que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a antecipação do cumprimento da sanção corporal seria constitucional, é fruto da antiga lógica de que o réu deveria responder ao processo penal preso, que vigorava no tempo da promulgação do Código de Processo Penal. Desse modo, discorreu-se, em um primeiro momento, sobre as normas de prisão cautelar instituídas no texto original do CPP, bem como traçou-se uma linha temporal, demonstrando-se as alterações no código processual penal com o passar dos anos. Em um próximo momento, falou-se a respeito dos princípios de direito, especialmente daqueles que mais interessam ao trabalho, como os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além, obviamente, da norma principiológica da presunção de inocência. Posteriormente, narrou-se o posicionamento do STF sobre a execução antecipada da pena, que, em um primeiro momento, entendeu como inconstitucional a referida medida, mas, alguns anos depois, alterou sua jurisprudência. Por fim, anota-se que o presente trabalho se pautou em uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, valendo-se do método dedutivo.

Palavras-Chave: Princípio da presunção de inocência. Execução provisória da pena.

Apoio: FAPEMIG

ABSTRACT

The present work aimed to discuss the constitutional principle of the presumption of innocence and the provisional execution of the sentence after the delivery of condemnatory judgment in the second degree of jurisdiction, emphasizing that the current position of the Federal Supreme Court, in the sense that the anticipation of compliance of corporal punishment would be constitutional, is the result of the old logic that the defendant should respond to the criminal proceedings in custody, which was in force at the time of the promulgation of the Code of Criminal Procedure. In this way, it was discussed at first about

¹ Graduada em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmério – FUCAMP e bolsista de iniciação científica com apoio da FAPEMIG; E-mail:gabriellefdeoliveira@gmail.com;

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU e professor da Fundação Carmelitana Mário Palmério – FUCAMP.

the rules of custody established in the original text of the CPP, as well as a time line was drawn up, demonstrating the changes in the criminal procedural code over the years. In the next moment, there was talk about the principles of law, especially those that are most interesting to work, such as the principles of due process, contradictory and ample defense, and, of course, the principle of presumption of innocence. Subsequently, the position of the STF on the early execution of the sentence was narrated, which, at first, considered the measure unconstitutional, but, a few years later, changed its jurisprudence. Finally, it is noted that the present study was based on a bibliographical and jurisprudential research, using the deductive method.

Key-words: Principle of presumption of innocence. Provisional execution of the sentence.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, exarou entendimento que repercutiu significativamente no Direito pátrio, notadamente por se caracterizar alteração no posicionamento até então firmado pela Suprema Corte. Na oportunidade, a maioria dos ministros reconheceu a constitucionalidade da execução provisória da pena, sem caracterização de ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LXII, Constituição Federal).

A partir de então, portanto, será possível que após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, determine-se o imediato cumprimento da pena pelo acusado, ainda que pendente ou cabível a interposição de recurso contra a mencionada decisão, ou seja, sem ainda haver o trânsito em julgado.

A nova jurisprudência gerou grandes debates acerca do assunto, sendo possível observar que considerável parte dos juristas brasileiros discordaram do novo posicionamento, sob o fundamento, especialmente, de manifesto desrespeito à garantia constitucional da presunção de inocência.

Bem mais além, o atual posicionamento do STF se mostra verdadeiro retrocesso no Direito Processual Penal brasileiro. Olhando de volta na histórica, é possível notar que as normas processuais penais, de modo especial aquelas relacionadas aos requisitos da decretação da prisão, sofreram relevantes alterações com o passar dos anos, no sentido de se estabelecer um código processual penal mais atento às garantias constitucionais do réu.

Como muito em breve será demonstrado, durante a vigência da ordem original do Código de Processo Penal, a lógica que subsistia era a de que o acusado deveria responder ao processo preso, ainda que ausentes os requisitos que o CPP exige, hoje, para a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido, determinava a lei, naquela época, que, uma vez preso em flagrante, a não ser que o autor do fato tivesse cometido uma infração penal tão branda a ponto de ser afiançável ou houvesse praticado o ilícito penal sob o amparo de alguma causa de exclusão de ilicitude, preso permaneceria durante toda a instrução processual. Não o bastante, o CPP possuía dispositivo legal que determinava, expressamente, que o recolhimento do réu em estabelecimento prisional era requisito indispensável para a interposição de recurso de apelação.

Com o passar das décadas, sob a exigência de maior observância aos direitos fundamentais do acusado — mas também por outros motivos não tão honrosos —, nota-se o legislador ordinário buscou abrandar aquela antiga lógica, de que o denunciado deveria responder à ação criminal aprisionado.

Um relevante marco nesse progresso foi o advento da Constituição Federal de 1988, com a consagração da presunção de inocência como princípio constitucional. Conforme determina a Magna Carta, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não obstante o esforço empregado pelo constituinte originário, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da execução provisória da pena, após o julgamento em segundo grau de jurisdição, mesmo ainda não transitada em julgado a ação penal. Ao que se parece, o novo entendimento da Corte Superior se caracteriza pela retomada daquela antiga lógica de que o acusado deverá responder ao processo preso.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS REGRAS DE PRISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme será traçado nos próximos tópicos, o vigente Código de Processo Penal brasileiro sofreu inúmeras alterações desde a sua promulgação, grande parte delas em decorrência da evolução social, cultural e política que, naturalmente, sobreem qualquer sociedade. Ademais, há de se ressaltar que o Direito é corolário das relações sociais, e não estas serão moldadas a partir das normas de Direito.

Observa-se que o transcurso do tempo se direcionou no sentido de abrandar as regras atinentes à decretação ou manutenção do enclausuramento, especialmente em virtude do pensamento garantista que se desenvolveu aos mesmos passos, na busca por um processo penal respeitoso às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana e condizente com um Estado Democrático de Direito.

2.1 A prisão na ordem original do Código de Processo Penal

Aos três de outubro de 1941, o Decreto-Lei nº 3.689 inaugurou o atual Código de Processo Penal brasileiro. Nascido durante a vigência do governo ditatorial intitulado de Estado novo, o texto legal sofreu forte influência do código processual italiano, produzido na

década de 1930, em pleno regime fascista. Em decorrência da realidade política da época, naturalmente, o CPP brasileiro surgiu a partir de bases evidentemente autoritárias (PACELLI, 2017, p. 17).

O texto original do Código de Processo Penal previa quatro modalidades diferentes de prisão. A primeira delas é a *prisão em flagrante delito*, aplicada nos casos previstos em lei³ e, a rigor, era automática. Excepcionalmente, no entanto, quando a infração fosse a que o réu se livrasse solto (art. 309, CPP), isto é, fosse sancionada com pena não privativa de liberdade, ou apenada com sanção corporal com pena máxima não superior a três meses (texto original do art. 321, CPP), conceder-se-ia a liberdade provisória ao autor do fato.

Outrossim, o art. 310 dispunha que o infrator poderia ser colocado em liberdade caso houvesse praticado o delito penal sob o amparo de alguma das causas de exclusão de ilicitude previstas, atualmente, no art. 23, incisos, do Código Penal.

A segunda modalidade era a *prisão preventiva*, a qual poderia ser *obrigatória* ou *facultativa*. Prevista no já revogado art. 312, a prisão preventiva obrigatória era decretada quando a infração penal praticada possuía pena de reclusão máxima igual ou superior a dez anos. Nesse sentido, observa-se que a gravidade em abstrato do crime era fundamento suficiente para se decretar o acautelamento.

A prisão preventiva facultativa (antigo art. 313), por sua vez, com o fim de garantir a ordem pública, a: a) nos crimes inafiançáveis não compreendidos pela modalidade da prisão preventiva obrigatória; b) nos crimes afiançáveis quando, nos termos da lei, o indiciado for vadio ou quando houver dúvida sobre a sua identidade; e c) nos crimes dolosos, ainda que afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado, com trânsito em julgado, por crime da mesma natureza.

A terceira modalidade era a *prisão pela pronúncia* (antigo art. 408, §1º). Quando da prolação da sentença que pronunciar o acusado, o juiz recomendaria a permanência dele na prisão ou, caso estivesse solto, expediria as ordens necessárias para a sua captura, ou seja, quando o denunciado fosse pronunciado, teria sua prisão automaticamente decretada. Nesta mesma oportunidade, o magistrado determinava o lançamento do nome do réu no rol dos culpados.

Por fim, havia a *prisão pela condenação recorrível*, prevista no já revogado art. 393 do CPP. Nesse caso, observa-se que a prolação da sentença, ainda não transitada em julgado,

³ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

tinha como efeito a automática decretação da prisão do autor de crime inafiançável, bem como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Além disso, o art. 594 determinava, originalmente, que o recolhimento à prisão era requisito necessário para a interposição de recurso de apelação.

A partir da lógica original do CPP, é notável que o processado era presumivelmente culpado pelo crime lhe imputado, sendo, portanto, durante toda a investigação e instrução processual, tratado como tal. Conforme assevera Eugênio PACHELLI (2017, p. 18):

[...] o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?
Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente!

Como inicialmente comentado, o Código de Processo Penal brasileiro foi inspirado no código processual italiano e, por conseguinte, a partir dos ideais autoritários fascistas que conferiam ao Estado toda a supremacia e razão de agir, de modo que a lógica vigente era a de que o indiciado ou réu era culpado porque o Estado assim o disse. Essa ideia é falha na medida em que, se o imputado não é inocente, qual seria, então, a razão principal da instauração do processo penal, senão a apuração de sua culpabilidade?

2.2 A prisão a partir das alterações feitas pelas Leis nº 5.349/67, nº 5.941/73 e nº 6.416/77

A Lei nº 5.349, em 1967, alterou o Código de Processo Penal brasileiro, extinguindo a prisão preventiva obrigatória ou compulsória, até então regulada pelo art. 312. Desse modo, a pena em abstrato do crime praticado não mais poderia ser fundamento para a decretação da prisão preventiva do autor do fato.

A reforma foi consequência do vigoroso apelo manejado pela doutrina contemporânea, preocupada com o respeito às garantias fundamentais do indiciado ou réu, especialmente quanto à garantia da presunção de inocência. Outrossim, a mudança era necessária para impedir um problema emergente, consistente no emprego exagerado e arbitrário do instituto pelos juízes (GOMES FILHO, 2011, p. 34).

A partir do novo texto do art. 312, CPP, portanto, institui-se que a prisão preventiva poderia ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Durante a ditadura militar, mais precisamente no ano de 1973, no entanto, o Delegado de Polícia Sérgio Fernando Paranhos Fleury, em razão de ter praticado vários homicídios contra alguns criminosos que investigava, foi denunciado pelo Ministério Público de São Paulo e pronunciado pelo juiz da causa (STRECK, 2011, p. 8).

A fim de se evitar a sua prisão, tendo em vista o disposto no já mencionado art. 408, §1º, do texto original do CPP, o governo ditatorial promulgou a Lei nº 5.941, apelidada de Lei Fleury.

A supramencionada lei trouxe duas mudanças relevantes. A primeira foi o acréscimo do §2º ao art. 408 do CPP, determinando-se que, na sentença de pronúncia, constatado que o réu era primário e ostentava bons antecedentes, o juiz poderia deixar de decretar a sua prisão ou revogá-la, caso estivesse preso.

Outrossim, a Lei nº 5.941 alterou o teor do art. 594, CPP, estabelecendo que o réu não poderia apelar sem se recolher à prisão, salvo se fosse primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória. Em outras palavras, ao menos nos casos de acusados primários, estar preso deixou de ser requisito necessário para a interposição de recurso de apelação.

Sistematicamente, portanto, a ordem vigente até então era a seguinte: se o autor do fato era preso em flagrante, preso permaneceria, a não ser que a infração penal fosse afiançável – e prestasse fiança –, ou que tivesse cometido o ilícito sob o amparo de alguma causa excludente de ilicitude. No momento da pronúncia ou da sentença, sendo o denunciado primário, ele permaneceria solto e, se preso estivesse, seria colocado em liberdade.

Poucos anos depois, a Lei nº 6.416/77, representando um novo avanço do sistema processual penal, acrescentou um parágrafo ao art. 310, CPP. A norma, hoje revogada, dispunha que o juiz, ao analisar o auto de prisão em flagrante e constatar a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, poderia conceder liberdade provisória ao autor do fato, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Neste contexto, observa-se o surgimento de várias exceções àquela lógica do CPP original, de que o réu responderia ao processo preso. Além disso, houve um avanço notável

quando se determinou que apenas o perigo em concreto se tornaria o fundamento do acautelamento. Conforme apontado pela doutrina:

Estabeleceu-se, assim, uma duplicidade de fundamentos para a custódia antes da condenação definitiva: antes da pronúncia ou da sentença de primeiro grau, o juiz deverá verificar a ocorrência do *periculum libertatis*, que pode indicar a necessidade da prisão cautelar; no momento das referidas decisões, deveria então o magistrado proceder a outro exame da medida, agora voltado à constatação de dados relativos à personalidade do acusado (GOMES FILHO, 2011, p. 35).

Gradativamente, a presunção de culpabilidade, instaurada a partir da ordem autoritária e ditatorial vigente na época da promulgação do Código de Processo Penal, deu lugar à presunção de inocência, formulando-se, assim, um processo penal adequado aos moldes de um Estado Democrático de Direito.

2.3 O advento da Constituição Federal de 1988 e as reformas processuais de 2008 e 2011

Os avanços na lógica da prisão narrados no tópico anterior culminaram, pois, na constitucionalização do princípio da presunção de inocência, descrito no art. 5º, LVII, da vigente Constituição Federal, garantia processual penal de grande importância e que será em breve alvo de nosso estudo. Antes, no entanto, faz-se necessário concluir sobre a evolução histórica das regras da prisão no ordenamento pátrio.

Apesar do clima garantista que a Constituição de 1988 pareceu implantar no Direito brasileiro, a Lei nº 7.960/1989 freou o avanço almejado pela Magna Carta, instituindo a denominada *prisão para averiguações* ou *prisão temporária*. A nova medida é aplicável quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial (I, art. 1º, Lei 7.960), quando o investigado não tiver residência fixa ou não fornecer às autoridades informações sobre sua identidade (II, art. 1º, Lei 7.060), bem como nos casos em que existir autoria ou participação do agente dos crimes listados no inciso III, art. 1º, da mencionada lei.

Na reforma realizada no Código de Processo Penal no ano de 2008, no entanto, observa-se a retomada do espírito garantista ao direito processual penal brasileiro. Nesse momento, a Lei nº 11.689 conferiu nova redação ao art. 413, dispondo, em seu §3º, que o juiz, na sentença de pronúncia, decidirá, motivadamente, sobre a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de réu solto, sobre a necessidade da decretação de sua prisão preventiva.

Com a citada mudança na lei, portanto, a simples pronúncia do réu, reincidente e portador de maus antecedentes, deixou de ser fundamento bastante para a decretação da prisão do acusado. “Com isso, o legislador não só atenuou o rigor do sistema anterior, mas explicitamente submeteu essa modalidade de encarceramento aos requisitos legais da prisão preventiva” (GOMES FILHO, 2011, p. 37).

De igual importância foi a reforma feita pela Lei n 11.719, ainda em 2008. A partir de então, determinou-se que, ao proferir a sentença condenatória, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção da prisão ou, caso o acusado esteja solto, sobre a imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar (art. 387, §1º, CPP). Outra mudança foi a revogação do art. 594, CPP, dispositivo que exigia a prisão do réu como requisito para a interposição de recurso de apelação.

Observa-se, nesse cenário, que as hipóteses de prisão pela pronúncia e pela condenação recorrível, originalmente previstas no Código de Processo Penal, foram finalmente revogadas do nosso sistema processual. Exige-se, a partir de então, uma análise mais centrada no caso concreto para a decretação da prisão preventiva.

Relevantes, outrossim, foram as mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/2011, especialmente pela previsão de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP). Neste momento, observa-se a formulação de restrições aplicáveis ao acusado, não tão graves quanto a privação de sua liberdade, mas possivelmente tão capazes quanto esta de assegurar a proteção de importantes bens jurídicos, com ordem pública e a devida aplicação da lei penal, por exemplo.

Desta mesma forma expõe Antônio Magalhães GOMES FILHO (2011, p. 40):

A Lei 12.403/2011, ao prever medidas alternativas ou substitutivas à prisão preventiva, buscou superar essa incoerência entre os sistemas penal e processual penal, colocando à disposição do juiz uma série de outros instrumentos capazes de assegurar a realização do processo e os seus resultados, sem com isso sujeitar o indivíduo ao encarceramento, com os malefícios que sabidamente causam ao acusado não definitivamente condenado.

O Direito Processual Penal brasileiro, como demonstrado, sofreu várias mudanças com o transcorrer do tempo para se tornar aquele que estudamos hoje, alterações essas impulsionadas por motivos diferentes, mas especialmente pela corrente garantista que pareceu ganhar mais força com os anos. Notável, nesse sentido, foi a transformação na forma de se enxergar o réu, de presumivelmente culpável, devendo, pois, responder ao processo preso, à

presumivelmente inocente, até que a decisão final que determine sua condenação transite em julgado.

3 PRINCÍPIOS DE DIREITO

Os princípios são normas que objetivam coordenar a atuação do Estado, determinando-lhe parâmetros e limites a serem observados, a fim de se garantir a vigência de uma ordem jurídica e política justa, bem como destinada à promoção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Segundo a conceituação de Humberto ÁVILA (2010, p. 78-79), os princípios, imediatamente, buscam a promoção de um estado ideal de coisas e, mediatamente, exigem a realização de certas condutas necessárias. Caracterizam-se por possuírem caráter primariamente prospectivo, ou seja, a rigor, os princípios apenas estabelecem um fim a ser alcançado, bem como são definidos como primariamente complementares e parciais, na medida em que não geram soluções específicas, mas apenas contribuem para a tomada da decisão.

De modo geral, os princípios representam valores substanciais a serem adotados pelos intérpretes da lei, além de contribuírem para a persuasão e fundamentação das decisões judiciais.

No âmbito processual penal, a Constituição Federal dispõe, em seu art. 5º, inúmeros princípios fundamentais relacionados ao devido processo legal. Outras garantias relevantes podem ser identificadas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica), que, em seu art. 7º, prevê uma série de direitos relacionados à liberdade pessoal, bem como versa a respeito de várias garantias judiciais (art. 8º).

Será discutido, a partir de agora, a respeito dos princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, garantias essenciais no processo penal. Em seguida, será o momento de se falar acerca da garantia da presunção de inocência, prerrogativa de vital importância para o nosso estudo.

3.1 Os princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa

Determina a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que nenhuma pessoa será privada de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, bem como que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Constata-se, portanto, o fundamento legal dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Com origem na cláusula *due process of law* do direito anglo-americano, o devido processo legal é uma norma capaz de garantir uma série de direitos ao réu, como, entre outros, o direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da denúncia, direito à ser ouvido pessoalmente em juízo, de modo a esclarecer sua versão dos fatos, direito ao duplo grau de jurisdição e a propor revisão criminal à sentença penal condenatória, nas hipóteses autorizadoras (AVENA, 2017, p. 46-47).

Assim, observa-se que o princípio do devido processo legal é responsável por deter inúmeras espécies de garantias fundamentais destinadas à proteção do acusado, com a intenção de que ele não seja alvo de excessos por parte dos representantes do Estado durante o curso do processo judicial.

Sob a ordem do devido processo legal, deverá ser concedido às partes o contraditório, ou seja, a oportunidade para que o defensor e o acusador se manifestem a respeito das alegações e provas produzidas no bojo dos autos. Conforme explica Renato Brasileiro de LIMA (2017, p. 51), “o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo”.

Outrossim, o contraditório é composto pelo direito à informação e o direito à participação. O primeiro direito tutela pela cientificação das partes acerca dos atos processuais, notadamente das provas produzidas e das argumentações formuladas pela parte adversária. Tendo em vista a relevância do assunto, o Supremo Tribunal Federal formulou a súmula nº 707, segundo a qual há nulidade na falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo. Assim, reveste-se de suma importância os meios de comunicação processuais, como a citação, intimação e a notificação (LIMA, 2017, p. 51-52).

Já o direito à participação, o segundo elemento constitutivo do contraditório, diz respeito à concessão de oportunidade para que a parte se manifeste a respeito de atos ou

argumentos formulados pela parte contrária, objetivando-se um contraditório efetivo e igualitário (LIMA, 2017, p. 52).

Desse modo, todo evento novo que acontecer nos autos processuais deve ser comunicado às partes, sob pena de cerceamento da defesa ou da própria acusação. Ademais, depois de intimados do fato, às partes devem ser oferecidas oportunidades para que se manifestem a respeito, em uso de sua garantia constitucional do contraditório. Esse direito, ressalta-se, deve ser proporcionado de forma equitativa, entre o réu e a acusação, tendo em vista o já mencionado princípio da isonomia.

Ainda nos termos do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, tem-se o fundamento do princípio processual penal da ampla defesa. Esta norma axiológica está intimamente relacionada com o princípio do contraditório, uma vez que, por óbvio, a defesa somente poderá ser amplamente exercida se possuir as informações constantes dos autos, bem como, caso lhe seja conferida oportunidade para se defender ou se manifestar, de maneira geral, sobre os fatos alegados pela acusação.

Nesse mesmo sentido, explica Renato Brasileiro de LIMA (2017, p. 54):

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação.

Assim, observa-se que a ampla defesa é um princípio destinado à proteção do réu, exclusivamente, conferindo-lhe garantias especiais e invioláveis. Isso não quer dizer, no entanto, que se desrespeita o princípio da igualdade, pelo qual todos devem ser tratados da mesma forma. Pelo contrário, o princípio em análise, justamente, confere maiores prerrogativas ao acusado de modo a balancear e tornar mais justa a relação processual, na máxima de Aristóteles, está se tratando o desigual na medida de sua desigualdade.

3.2 O princípio da presunção de inocência

Com fundamento legal no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, a garantia da presunção de inocência assevera que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. De outro modo, enquanto a decisão judicial condenatória ainda for passível de ser combatida e modificada, o processado deverá ser visto como inocente da infração penal ora lhe imputada.

Na conceituação de Renato Brasileiro de LIMA (2017, p. 43), o princípio em análise

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 provas pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Apesar de a Constituição Federal vigente ter sido a primeira Carta brasileira a tratar de modo explícito acerca do referido princípio, a garantia da presunção de inocência não é inovação recente do Direito. Já dizia Cesare BECCARIA (1999, p. 22) que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo”.

O princípio da presunção de inocência também possui previsão legal em alguns documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 9º) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual prevê, em seu art. 11.1 que “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Igual previsão pode ser observada no art. 14.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), no art. 8º, §2º.

Segundo poder ser notado, a Constituição Federal não se utilizou da expressão *presunção de inocência*, como o faz os tratados internacionais supramencionados, mas anotou que *ninguém será considerado culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por este motivo, o princípio da presunção de inocência também é denominado de presunção de não culpabilidade. No âmbito processual, porém, não é possível enxergar qualquer distinção entre as duas formulações (BADARÓ, 2003, p. 281 e 283).

A presunção de inocência é estudada através de sua axiologia tridimensional, uma vez que pode ser aplicada de três formas diferentes durante o desenvolvimento do processo penal: como garantia política, como regra de julgamento ou como regra de tratamento.

Todos possuem a liberdade como um direito fundamental nato, mas esta garantia não se reveste de caráter absoluto, uma vez que pode ser juridicamente restringida. Essa mitigação, no entanto, exige expressa previsão na lei e a ocorrência de um devido processo legal. Nesse sentido, o direito à liberdade se materializa através de diversas garantias, sendo uma delas o estado prévio de presunção de inocência, o qual é afastado apenas com o trânsito

em julgado de uma sentença penal condenatória. Diante disso, a presunção de inocência se mostra como uma presunção política destinada a proteger o acusado do interesse coletivo à imposição sancionatória (BADARÓ, 2003, p. 284).

A fim de se assegurar que o Estado não exerça de forma arbitrária seu poder de punir sobre o indivíduo ora acusado ou investigado, restringindo-o de sua liberdade despoticamente, o princípio da presunção de inocência atua como garantia política, oponível contra o órgão estatal, sendo, pois, responsável por tutelar pelo direito fundamental à liberdade. Ainda que esta garantia não seja absoluta, é certo que a liberdade apenas poderá ser flexibilizada em situações excepcionalmente necessárias.

Por exigência da regra de julgamento, ou regra probatória, a presunção de inocência determina que o ônus da prova deverá recair sobre a parte acusadora, a qual terá a incumbência de demonstrar, nos autos, que o denunciado, para além de qualquer dúvida, praticou a infração penal que lhe é imputada, ou seja, não teria o polo passivo o dever de demonstrar a inocência do réu (LIMA, 2017, p. 44).

Neste contexto, como regra de julgamento, aplica-se a presunção de inocência sempre quando houver dúvida a respeito de algum fato relevante para a tomada da decisão judicial condenatória. Tem-se, assim, uma disciplina de acerto penal, que exige, para a expedição da sentença penal, prova dos fatos, sem deixar qualquer dúvida razoável, o oposto do que é tutelado pela presunção de inocência, impondo-se a necessidade de certeza. Aqui, a presunção de inocência se confunde com a garantia do *in dubio pro reo* (BADARÓ, 2003, p. 285).

Avaliando, portanto, a presunção de inocência sob o seu aspecto de regra probatória, o Ministério Público ou o querelante, a depender da natureza da ação penal, deverá persuadir o juiz a respeito da autoria e materialidade dos fatos ilícitos narrados na exordial acusatória. Caso a autoridade judicial, no entanto, não se convença ou tenha dúvidas a respeito da culpabilidade do réu, deverá o absolver. Uma decisão penal condenatória será decretada em desfavor do processado apenas quando se tiver certeza que ele é culpado do fato criminoso lhe atribuído.

O terceiro e último enfoque da presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado. Nesse sentido, “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” (LIMA, 2017, p. 45).

Dessa forma, o princípio da não culpabilidade determina que, para todos os efeitos, o imputado deverá ser tratado como se inocente fosse da acusação ora lhe atribuída, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão final condenatória. Em outras palavras, enquanto a sentença ou acórdão condenatório ainda for passível de ser combatido através das vias recursais, não pode o Estado submeter o processado aos efeitos de eventual condenação penal.

Conforme anota a doutrina, “são manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal” (BADARÓ, 2003, p. 286).

A supramencionada regra, no entanto, não obsta a decretação da prisão cautelar nos casos expressamente previstos na lei (art. 312, CPP). No mesmo sentido, expõe Renato Brasileiro de LIMA (2017, p. 45):

O inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal durante o processo, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto.

Não obstante o determinado pela regra de tratamento, uma vez analisado o caso concreto e constatado que a liberdade do acusado poderá colocar em risco as ordens pública e econômica, a conveniência da instrução criminal ou impedir a aplicação da lei penal, presentes a prova do crime e indício suficiente de autoria, a prisão cautelar se mostra medida de direito. Nesse caso, observa-se uma ponderação de valores, uma vez que o juiz deverá sopesar o direito de liberdade do réu com os demais bens jurídicos que serão colocados em risco com a sua soltura.

Nesse sentido, expõe Antônio Magalhães GOMES FILHO (2011, p. 24) que

Somente as formas de prisão anteriores à condenação que atendam a finalidades processuais, de natureza instrumental ou final, destinadas a assegurar a própria realização do processo ou os seus resultados, não ofendem, em princípio, a presunção de inocência entendida como garantia da posição de liberdade do acusado. É evidente que essa conclusão não importa em admitir que a simples invocação dessas finalidades seja apta a legitimar a prisão cautelar, mas constitui apenas um ponto de partida para que o exame das circunstâncias do caso [...] possa justificar a excepcional restrição à liberdade do acusado.

Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, o acusado, a rigor, responderá ao processo criminal em liberdade, devendo ser recolhido em estabelecimento

Revista Direito & Realidade, v.7, n.8, p.58-79 /2019

prisional apenas quando a decisão condenatória transitar em julgado. Excepcionalmente, no entanto, a referida norma poderá ser relativizada, quando as circunstâncias do caso concreto assim exigirem e a prisão cautelar do réu for medida que se impõe para a preservação da ordem social e para a devida tramitação da ação penal. Para que seja legal e constitucional, a referida decisão deverá se pautar nas exigências feitas pelo Código de Processo Penal, bem como se fundamentar nas características do caso em concreto.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O tema da execução provisória da pena já fez parte da pauta do Supremo Tribunal Federal. A primeira oportunidade que se pode mencionar foi em 5 de fevereiro de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078-7 MG, que teve como relator o ministro Eros Grau. Naquela oportunidade, sete dos onze ministros da Suprema Corte brasileira exararam entendimento no sentido de que a execução da pena, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, era inconstitucional.

Conforme exposto no voto dos julgadores, apesar de o recurso extraordinário não possuir efeito suspensivo, conforme preceitua o art. 637 do Código de Processo Penal, entendeu-se que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) condicionou o início da execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ademais, foi ressaltado o teor do art. 5º, inciso LVII, dispositivo constitucional que garante a presunção de inocência ao acusado.

Nesse sentido, expressou-se que os termos da Lei de Execução Penal se adequavam à nova ordem constitucional, bem como que a Lei nº 7.210 se sobreponha ao disposto no art. 637 do CPP, temporal e materialmente.

Sustentou-se, ainda, que a execução antecipada da pena resultaria na limitação do direito do réu à ampla defesa, garantia constitucional que não poderia ser circunscrita à fase de conhecimento da ação penal:

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (STF – HC: 84078 MG, Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/02/2010, p. 11).

Ademais, os ministros do STF entenderam que a imediata execução da reprimenda penal seria manifesta transgressão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, emoldurado no art. 1º, III, da CF, por se retirar do convívio social alguém que ainda não se pode chamar, com toda a certeza que a lei exige, de culpado:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. (STF – HC: 84078 MG, Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/02/2010, p. 18).

O entendimento da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, portanto, parecia pacificado no Direito brasileiro, uma vez que o pleno do Supremo Tribunal Federal havia estabelecido o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão condenatório como marco inicial para o cumprimento da pena, com exceção, naturalmente, nos casos de prisão cautelar.

Em 17 de fevereiro de 2016, no entanto, a jurisprudência do STF alterou o seu entendimento através do julgamento do HC 126.292, tendo como relator o ministro Teori Zavascki. A partir de então, firmou-se que a execução provisória da pena privativa de liberdade não ofenderia o princípio constitucional da presunção de inocência.

Conforme defendido pelo min. Teori Zavascki, o princípio da presunção de inocência é garantia que deve incidir no processo penal até a prolação do acórdão condenatório de segundo grau, tendo em vista que, a partir de então, os recursos passíveis de interposição não se destinam a uma análise do mérito do feito, mas apenas objetivam garantir a correta aplicação da lei:

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. [...]

Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. (STF – HC: 126292 SP, Relator: Min. Teori Zavascki, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/05/2016, p. 8 e 12).

Em outro momento, o ministro relator sustenta a relevância do imediato cumprimento da pena, após o julgamento do segundo grau de jurisdição, tendo em vista o decurso do prazo prescricional. Uma vez que a apreciação dos recursos de natureza extraordinária não é causa interruptiva da prescrição, aguardar o trânsito em julgado da ação penal poderia tolher a efetividade do sistema jurisdicional, com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado:

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (Art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. (STF – HC: 126292 SP, Relator: Min. Teori Zavascki, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/05/2016, p. 15).

Nesse cenário, por maioria dos votos, sete contra quatro – ironicamente, os mesmos números do HC 84.078-7/MG–, o plenário do STF firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, determinada por acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição, ainda que pendente ou sujeito a recurso especial ou extraordinário, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência.

5 CONCLUSÃO

Na década de 1940, durante o exercício do governo ditatorial do Estado Novo, foi promulgado o Código de Processo Penal brasileiro, naturalmente influenciado pela ordem política autoritária vigente. Dessa forma, instituiu-se a lógica de que o réu, a rigor, deveria responder ao processo penal preso, pois era presumivelmente culpado da infração penal lhe atribuída.

Essa forma de se pensar foi flexibilizada com o decorrer dos anos, a partir de significantes reformas feitas no texto do CPP e, então, a presunção de culpabilidade deu lugar à presunção de inocência. A fim de se assegurar a aplicação dessa garantia processual penal, o constituinte originário se encarregou de consagrá-la na Constituição Federal, atribuindo à presunção de inocência caráter de norma principiológica.

A partir de então, o acusado não poderá ser conspirado culpado até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Sob esse fundamento, o STF, em 2009, reconheceu a

inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, após a prolação de acórdão condenatório de segundo grau.

Sete anos depois, no entanto, a Suprema Corte alterou o entendimento até então fixado. No julgamento do HC 126.292, a maioria dos ministros decidiu que, em busca da maior efetividade da jurisdição penal brasileira, bem como tendo em vista que os recursos de natureza extraordinária não se destinam à análise meritória, o cumprimento da pena já poderia ser iniciado com a prolação da decisão condenatória em nível recursal, sem ofensas ao princípio da presunção de inocência.

Apesar dos argumentos formulados pelos respeitáveis ministros, não se pode consentir com o novo entendimento fixado. Ainda que os recursos de espécie extraordinária não se prestem a averiguar os fatos, mas apenas a coesa aplicação das leis federais ou da Constituição Federal, a depender do caso, não se pode negar que, mesmo nessas hipóteses, a decisão condenatória poderia ser reformulada, inclusive para absolver o réu.

Outrossim, a alegada busca por uma maior efetividade da jurisdição penal não parece fundamento bastante o suficiente para se justificar a mitigação da presunção de inocência. Não obstante nenhum princípio ser absoluto, sua flexibilização exige uma causa suficientemente grave e relevante, visto que estamos lidando com um princípio constitucional, norma vinculante e preceito que deve guiar os aplicadores do Direito.

Ao que se pode concluir, o novo posicionamento do STF é reflexo daquela antiga lógica que vigorou por muitos anos no passado, de que o denunciado é presumidamente culpado pelo ilícito penal ora lhe imputado. Com o advento da Constituição Federal, contudo, mencionado entendimento não deve subsistir, uma vez que a norma constitucional é simples e objetiva: sobre o réu não poderão recair os efeitos da condenação até que se certifique o trânsito em julgado da decisão condenatória.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, G. F.; RIBEIRO, T. A.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas.** Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. FERNANDES, Og (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Ensino jurídico e pós-graduação no Brasil: das razões pelas quais o Direito não é uma racionalidade instrumental. **Alcance**, vol. 16, jan.-abr., 2011. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3266/2048>>.

STF. HC 84.078-7/MG. Relator: Min. Eros Grau. DJ: 26/02/2010. **STF.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

STF. HC 126.292/MG. Relator: Min. Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. **STF.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 22 jul. 2018.