

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE DE DIREITO
GUILHERME RODRIGUES DA COSTA**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E DO APELO DA IMPUNIDADE**

**NATAL - RN
2017**

GUILHERME RODRIGUES DA COSTA

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E DO APELO DA IMPUNIDADE**

Artigo apresentado como requisito da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob orientação da Professora Especialista Carla Maria Fernandes Brito Barros.

**NATAL - RN
2017**

GUILHERME RODRIGUES DA COSTA

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E DO APELO DA IMPUNIDADE**

Artigo científico apresentado como requisito de aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob orientação da Prof^ª. Esp. Carla Maria Fernandes Brito Barros.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Carla Maria Fernandes Brito Barros

Orientadora

Prof. Me. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior

Prof^ª. Me. Patrícia Moreira de Menezes

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E DO APELO DA IMPUNIDADE**

Guilherme Rodrigues da Costa*

* Graduando do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, e-mail: guirc1000@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a possibilidade de se executar provisoriamente a pena privativa de liberdade após acórdão condenatório proferido em segundo grau, tendo em vista a paradigmática mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, superando a consolidada decisão de que apenas seria possível o cumprimento de pena com o trânsito em julgado da sentença condenatória. O interesse em discorrer sobre a temática da execução provisória da pena é decorrente da imensurável repercussão prática da decisão, aplicando-se de imediato àqueles condenados por tribunais. Assim sendo, o objetivo deste trabalho é percorrer o *decisum* em comento em busca de fundamentos hábeis a embasar tão drástica mitigação ao princípio da não culpabilidade. Para isso, o trabalho é eminentemente descritivo e utiliza-se de pesquisas bibliográficas, bem como artigos e revistas especializadas, todos como recursos metodológicos para validação do que o trabalho se propõe a pesquisar. Nesse contexto, faz-se uma contextualização histórica acerca do momento culminante da persecução penal até o atual sistema democrático. Além disso, analisar-se os limites constitucionais da cláusula de não culpabilidade em contraponto à execução antecipada da pena. Por fim, são trazidos os elementos extrajurídicos utilizados no julgamento com o claro objetivo de satisfação social ante a ineficiência do Poder Judiciário. Assim, demonstrar-se ao longo do texto a inconstitucionalidade presente na referida decisão sob o ponto de vista de uma atuação desmedida do Poder Judiciário no afã de combater a sensação de impunidade.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Processo Penal. Execução Provisória da Pena. Presunção de não culpabilidade. Impunidade.

ABSTRACT: This article deals with the possibility of executing a custodial sentence after conviction in second degree, in view of the paradigmatic change of understanding of the Federal Supreme Court in HC 126.292 / SP, overcoming the consolidated decision that it would only be punishable by the final judgment of the conviction. The interest in discussing the subject of the provisional execution of the sentence is due to the immeasurable practical repercussion of the decision, applying immediately to those sentenced by the courts. Thus, the purpose of this work is to go through the decision in the quest for the basis of skill to support such a drastic mitigation of the principle of non-culpability. For this, the work is eminently descriptive and uses bibliographical research, as well as articles and specialized journals, all as methodological resources for validation of what the work proposes to research. In this context, a historical context will be made of the culminating moment of criminal prosecution to the current democratic system. In addition, the constitutional limits of the non-guilty clause as opposed to the early execution of the sentence will be analyzed. Finally, the extrajudicial elements used in the trial with the clear objective of social satisfaction are brought before the inefficiency of

the Judiciary. Thus, it will be demonstrated throughout the text the unconstitutionality present in the aforementioned decision from the point of view of an excessive measure of the Judiciary Power in the effort to combat the sensation of impunity.

Keywords: Constitutional Law, Criminal Procedure, Provisional Execution of the Penalty, Presumption of non-culpability, Impunity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. EXECUÇÃO DA PENA: UM RELATO HISTÓRICO SOBRE O MOMENTO CULMINANTE DA PERSECUÇÃO PENAL; 3. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA CLÁUSULA DA NÃO CULPABILIDADE; 4. IMPUNIDADE X EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA RELAÇÃO ANTIJURÍDICA DA SATISFAÇÃO SOCIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Como é cediço, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal – STF, no bojo do HC 126.292/SP, entendeu pela possibilidade de se iniciar a execução provisória do acórdão penal condenatório exarado em sede de apelação, ainda que sujeito a recurso extraordinário ou especial. Assim, concluiu o Plenário da Suprema Corte que a pendência de recursos extraordinários *lato sensu* não comprometeria o princípio da presunção da não culpabilidade previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

A rigor, esse entendimento de que seria possível o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal por vários anos, ocasião em que deveria o condenado se recolher à prisão para continuar recorrendo. Sucede que no ano de 2009 houve mudança de entendimento na decisão do HC 84.078, proferido pelo STF e de relatoria do Ministro Eros Grau, em que se passou a vedar a prisão automática para fins de recurso, sem fundamento cautelar, antes do trânsito em julgado, afastando, assim, a Súmula 267¹ do Superior Tribunal de Justiça até então plenamente aplicável.

Nesse sentido, deve-se analisar a temática sob dois aspectos fundamentais: a constitucionalidade da decisão e a crescente necessidade da sociedade em buscar vencer

¹ “A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

a impunidade dando efetividade aos acórdãos condenatórios em detrimento de uma prestação jurisdicional dilatada.

Pelo ponto de vista da Constituição Federal, extraindo-se a dicção literal do seu artigo 5º, LVII, o acusado só perderia sua presunção de não culpa diante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O dispositivo legal, segundo entendimento da doutrina majoritária, não daria margem para cumprimento da pena antes do exaurimento da capacidade de se discutir o processo, ressalvada a possibilidade de decretação da prisão em flagrante e da prisão cautelar, com fundamento no art. 5º, LXI da Constituição, preenchidos seus requisitos legais dos artigos 311 a 313 do Código de Processo Penal, no caso da última.

Dessarte, a corrente doutrinária que sustenta a inconstitucionalidade da decisão afirma que o texto constitucional não daria margem para interpretação no sentido da execução provisória da pena, pois enquanto pender análise pela via recursal, haverá a possibilidade de o réu dela fazer uso em liberdade.

Contudo, corrente contrária defende a constitucionalidade do acórdão, tendo em vista que não haveria se falar em rediscussão da matéria fático-probatória nos recursos extraordinários, porquanto o princípio do duplo grau de jurisdição se encerra com a reapreciação pelo respectivo Tribunal de todos os fundamentos da decisão, em razão do efeito devolutivo amplo inerente aos recursos apreciados pelo Tribunal. Além disso, sustenta-se que os recursos extraordinários, em regra, não possuem efeito suspensivo, portanto não seria suficiente para obstar a execução do acórdão pelo seu mero ajuizamento.

Noutro giro, vislumbra-se o patente anseio social pela efetividade da função do Poder Judiciário. Nesta toada, o Plenário do Supremo Tribunal Federal na análise do mencionado julgado ponderou pela mitigação do princípio da presunção de não culpabilidade, em detrimento da efetividade da jurisdição penal. Assim, resgatou-se a aplicação da tradicional jurisprudência quanto a aplicação do efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinários, sendo esse um mecanismo legítimo para harmonizar o princípio da presunção de não culpabilidade com o da efetividade da função jurisdicional do Estado, conforme assevera o Ministro Teori Zavascki, Ministro Relator do HC 126.292/SP.

Ultrapassada a análise acerca dos limites constitucionais da cláusula de não culpabilidade, far-se-á justamente um contraponto entre os fundamentos que levaram o

STF a voltar a permitir a execução provisória da pena, ponderando-se sua relevância frente à mitigação de tão basilar princípio.

O presente trabalho, portanto, ante a relevância prática desta mudança de entendimento e atento as suas repercussões práticas, se debruçará sobre recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da prisão penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que contrariou considerável parcela do pensamento jurídico, doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema e das garantias constitucionais individuais com ele relacionadas.

Para tanto, foi realizado estudo eminentemente bibliográfico e jurisprudencial como arcabouço metodológico para este trabalho descritivo.

No primeiro tópico, fora realizado um retrospecto histórico acerca da evolução do sistema punitivo, sob o enfoque dos direitos e garantias da pessoa do acusado.

Em seguida, no segundo tópico, se estabeleceu um contraponto entre a atual ordem processual penal, em que predomina o sistema acusatório e a pena é fruto de um processo desenvolvido sob princípios constitucionais, como o contraditório, ampla defesa e presunção de não culpabilidade em face da recente decisão do STF que modificou sua jurisprudência e passou a permitir a execução provisória da pena.

Por fim, traz-se à tona os fundamentos extrajurídicos utilizados para embasar a mudança de entendimento, como por exemplo a sensação de impunidade vivida pela população. Tendo em vista que a atividade jurisdicional é eminentemente contra majoritária e tais argumentos, em uma primeira análise, não poderiam ser levados em apreço na fundamentação das decisões.

Em outras palavras, buscou-se analisar entendimento que viabiliza o início da execução da sentença penal condenatória já após a confirmação da condenação em segundo grau, ou mesmo iniciar a execução penal quando, não havendo condenação na primeira instância, o Tribunal de segunda instância venha a decidir pela condenação.

2. EXECUÇÃO DA PENA: UM RELATO HISTÓRICO SOBRE O MOMENTO CULMINANTE DA PERSECUÇÃO PENAL

A aplicação de uma pena a qualquer cidadão acusado de um fato criminoso demanda a existência de um processo em que sejam asseguradas garantias mínimas, como por exemplo o direito ao contraditório, ampla defesa e a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Somente após ultrapassada a fase processual da persecução penal, incluindo-se nela a possibilidade de se recorrer a uma instância superior, é que se pode falar em iniciar-se a execução penal com a conseqüente aplicação da pena.

Assim, no atual sistema democrático, só há pena após o devido processo legal. Todavia, fazendo-se um retrospecto histórico, nem sempre houve previsão legal assecuratória de uma persecução penal em que fossem resguardadas as garantias do acusado, nem de uma execução penal cuja pena fosse a privação da liberdade do indivíduo.

Conforme assevera Fernandes², toda a evolução histórica do processo penal é marcada por movimentos pendulares, alternando entre a prevalência de ideias de segurança social, de eficiência repressiva e pensamentos garantistas de preservação da pessoa do acusado e de seus direitos. Tal diversidade de ideais são manifestações naturais da eterna busca pelo equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais.

Esse pensamento dicotômico é representado pelo embate entre eficiência e garantismo processual penal, que, em uma visão contemporânea, são vetores que não se opõem, pelo fato de não se conceber um processo eficiente sem garantismo.

Para este fim, os Estados inseriram em suas Cartas Constitucionais regras de cunho garantista, que impõem tanto ao Estado quanto à própria sociedade o respeito aos direitos individuais.

A prisão, apesar de ser inegável a sua existência desde tempos remotos, não figurava como o ponto central do sistema punitivo, sendo aplicada de maneira subsidiária, de modo a assegurar outras medidas que eram impostas aos que tinham cometido algum tipo de delito.

Assim, faz-se necessário conhecer um pouco da evolução histórica da execução penal no decorrer do tempo.

Na antiguidade não existia a ideia de penas que privassem o indivíduo de sua liberdade. As penas eram eminentemente corpóreas e determinadas pelos anciões e chefes dos grupos sociais, tendo em vista que as normas nesse período eram predominantemente costumeiras e com acentuada influência de ordem religiosa.

² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

Explica Oliveira³ que “os grupos sociais eram adeptos às maneiras de viver e tradições com medo da repressão e censura do grupo, e, sobretudo por medo da sanção das forças sobrenaturais”.

O receio de ser punido fazia com que os indivíduos se comportassem segundo os padrões determinados como corretos pelo costume do grupo social do qual faziam parte.

Esse período se dividiu basicamente em três fases: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

A fase da vingança privada, ensina Oliveira⁴, que:

Correspondia ao momento em que o controle social era baseado na regra do mais forte, a partir da autotutela ou da submissão. Nela, a retaliação por algum mal cometido era de cunho pessoal, traçada brutalmente pelo próprio ofendido, ou pelo grupo a qual este pertencia, como meio a estabelecer poder e restaurar a honra, outrora, infligida. O duelo era tido, como um dos mais aclamados meios de execução penal.

Assim, ocorrendo um crime, a reação da vítima, de seus familiares e da sociedade como um todo atingia não apenas o ofensor, mas sua família e todo o grupo do qual pertencia. Percebe-se, nitidamente, não haver nesse momento qualquer limite na resposta à agressão.

Nesse mesmo período, foi criado o Código de Hamurabi, primeiro regramento positivado trazendo a ideia de proporcionalidade entre o ato praticado e a pena imposta. Nele, encontrava-se inserida a Lei do Talião, que trazia a ideia de “olho por olho, dente por dente”.

Por mais bárbaro que possa soar nos dias atuais, o referido dispositivo do Código de Hamurabi exsurge como o primeiro mecanismo encontrado pela sociedade para estabelecer proporcionalidade entre as penas para os delitos.

Assim, deveria a pena ser equivalente ao dano infligido. Por exemplo, se um homem ocasionasse a perda de visão de outro, ser-lhe-ia furados os olhos; se um arquiteto construísse imóvel sem base sólida e esse viesse a ruir, ocasionando a morte dos moradores, este deveria ser morto, conforme ilustra Oliveira⁵.

Já na fase da vingança divina, a religião tinha um forte domínio sobre a consciência popular, de modo a influenciar nas decisões da época. Nesta fase, acreditava-se que a justiça era algo delegado pelo deus ou deuses de determinada

³ OLIVEIRA, Alice. **Evolução História das Penas: Dos espetáculos punitivos à alternativa ressocializadora.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://aliceoliveira1.jusbrasil.com.br/artigos/347455966/evolucao-historica-das-penas>>. Acesso em: 19 ago 2017.

⁴ Id. *ibid.*

⁵ OLIVEIRA, Alice. *op. cit.*, *loc. cit.*

cultura. A exemplo disso, acreditava-se que os sacerdotes intermediariam a vontade divina. As penas, nesse período, consistiam em provações que caso o acusado sobrevivesse ou saísse incólume, restaria absolvido pela vontade divina.

Advindo certa evolução social, passou-se a fase da vingança pública, em que o Estado, na figura do seu líder, legitimado pela vontade divina, é que ordenava a execução das penas, que ainda consistiam em suplícios e penas de natureza corpórea, predominando a pena de morte.

Em que pese a inexistência de garantias aos súditos ou subordinados, ensina Silva⁶ que “esta fase corresponde a uma evolução na aplicação das penas, pois outorga a sua aplicação ao Estado, ainda que este a exerça com rigor desmedido, mas representa um limite para a atuação individual”.

No período da idade média, relembra Delmanto⁷, prevalecia o regime paternalista, denominado como Estado Policial, não havendo qualquer espaço para liberdades individuais.

Essa fase foi marcada pelo sistema penal inquisitivo, cujas características são do regime político absolutista, tendo sido adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII, se propagando pela Europa até o século XVIII.

No sistema inquisitivo, os acusados eram submetidos a um processo cuja marca principal era a figura do magistrado inquisidor, que reunia simultaneamente as funções de acusador e juiz, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual, para se chegar à verdade absoluta – o que comprometia, por óbvio, a imparcialidade do juiz.⁸

Não havia, portanto, contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estavam reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. Saliente-se que o acusado geralmente permanecia encarcerado previamente a fim de assegurar a correspondente e futura punição, sendo mantido, para tanto, incomunicável.⁹

⁶ SILVA, Ageu Tenório da. **Evolução da prática e do discurso no direito penal**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2851>. Acesso em 20 ago 2017.

⁷ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

⁸ Lima. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal – volume único**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1260.

⁹ *Ibid.*, p. 1261.

Nesse rigoroso sistema, predominava o processo secreto, até para o próprio réu, e o abundante uso da tortura como meio de se obter o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal através da confissão.

Ademais, vigia o sistema tarifado de valoração de provas, segundo o qual cada prova teria um peso e valor predeterminado, inalterável e constante, de modo que o juiz estaria plenamente vinculado, sendo a confissão considerada a “rainha das provas”¹⁰.

No que concerne às penas aplicadas, Foucault¹¹ descreve com riqueza de detalhes o cenário de uma época em que as punições aos infratores eram bastante severas, não existindo prisões, mas sim verdadeiros espetáculos cruéis na execução da punição do Estado, conforme relata em trecho de sua obra a seguir demonstrado:

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris, aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande Praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: 'Meus Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me.

Tratava-se de um espetáculo punitivo, em que o acusado era visto como um objeto de contemplação dos populares, que se reuniam em bizarra cerimônia de execução penal e que representava para o Estado uma forte demonstração do seu poder.

O supracitado autor observou que, ao longo dos anos, a punição através do suplício cedeu espaço para novas teorias penais no sentido de expurgar penas cruéis em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na idade moderna, com o renascimento cultural e com as revoluções iluministas dos séculos XVII e XVIII – em especial a Revolução Francesa de 1789 - com a colocação do homem no centro das atenções políticas, econômicas e sociais, iniciou-se este duradouro processo de superação, ou melhor, de humanização do sistema punitivo,

¹⁰ Ibid., p. 617.

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007. p. 07.

substituindo-se, gradativamente, a confissão pública e a dor pela modalidade de pena privativa de liberdade.

Frise-se, todavia, conforme preleciona Anitua¹², que, inicialmente, a aplicação da pena privativa de liberdade nesse período se dava de maneira bastante precária, sem respeitar minimamente a dignidade humana do preso.

Na idade contemporânea, podemos destacar o predomínio do sistema penal acusatório, de essência democrática e garantista, que se caracteriza pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições e ambas dissociadas de um juiz equidistante e imparcial.

Nota-se, assim, haver separação entre as funções de acusar, defender e julgar, que outrora, na vigência do sistema inquisitório, se concentravam unicamente na figura do magistrado.

No modelo acusatório, conforme pontua Oliveira¹³, deve o juiz, na fase investigativa, intervir apenas quando provocado, desde que haja necessidade de atuação judicial. Durante a instrução, por outro lado, entende-se que o juiz tem certa iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, desde que de maneira subsidiária.

Ademais, passa-se a enxergar o acusado como sujeito de direitos, não mais como mero objeto do processo, devendo a prova ser obtida sob fiel observância do contraditório e da ampla defesa, conferindo-se ao acusado o direito de influir diretamente na formação do juízo de valor do julgador.

Nesse contexto, se reconhece que ao réu deve ser conferido os mecanismos de participação ativa no processo e que a pena somente deve afligi-lo quando, e se, ultimada uma certeza acerca da sua responsabilidade penal. Caso contrário, pendente dúvida, acerca da materialidade ou autoria delitiva, impõe-se a absolvição do acusado pela aplicação da regra do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, no sistema democrático atual, se a acusação não se desincumbir a contento do ônus probatório, o juiz vê-se obrigado a absolver o réu. Além disso, conforme mencionado, deve o acusado ser tratado como inocente durante todo o processo, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme previsão expressa do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, não havendo que se falar

¹² ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 77.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli da. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 10-11.

em imposição de pena até o trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, conforme se analisará a seguir.

3. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA CLÁUSULA DA NÃO CULPABILIDADE

Conforme exposto, só há que se falar em aplicação de pena após o desenvolvimento de um processo em que sejam respeitados os direitos e garantias inerentes ao processo penal, este desenvolvido sob o crivo do contraditório, ampla defesa e presunção de não culpabilidade, todos estes, princípios albergados pela Constituição Federal de 1988.

Já em 1764, Cesare Beccaria¹⁴, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, pontua que “um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada”.

Igualmente, ainda limitada pela “comprovação da culpa”, a restrição a esse direito encontra-se contido no artigo 11.1 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (*Pacto San Jose da Costa Rica*, de 22 de novembro de 1969)¹⁵, para o qual “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No Brasil, apenas com a promulgação da Constituição Cidadã, assim chamada pelo fato de ter sido elaborada com ampla participação popular e voltada plenamente para a realização da cidadania, houve o resgate do modelo de Estado Democrático de Direito outrora ofuscado pela presença do regime militar vigente desde 1964.

Assim, o referido direito só veio a ser positivado de fato com a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, LVII, aduz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Na ordem constitucional anteriormente vigente no Brasil, o acusado era visto como culpado, conforme ensina Mendes¹⁶:

¹⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69.

¹⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 22 ago 2017.

¹⁶ MENDES, Gilmar. **A Presunção de Não Culpabilidade e a Orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 22 ago 2017.

No âmbito dos direitos privado e administrativo, o Decreto-Lei 314/67, que definia os “crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social”, estabelecia que o preso em flagrante e o réu em ação penal por crimes previstos no diploma sofreriam suspensão do exercício de profissão, emprego privado ou público ou cargo público (art. 48). Esse dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF. (...) O Ministro Gonçalves de Oliveira acrescentou aos argumentos a presunção de não culpabilidade, sustentando que “o processo não há de importar em pena”, até porque o “indivíduo se presume inocente até ser condenado”.

Quanto ao dispositivo Constitucional, em que pese parte da doutrina se refira ao artigo 5º, LVII, fazendo alusão ao princípio da presunção de inocência, o que ocorre, na realidade é a presunção de não culpa. Deve-se distinguir essas acepções de um ponto de vista não apenas formal, mas pelas implicações decorrentes das referidas expressões, aferindo-se a possibilidade de o réu processado sofrer restrições à sua liberdade.

Aponta Cunha¹⁷, que “a nossa Bíblia Política, diferente de alguns documentos internacionais, não presume, expressamente, o cidadão inocente, mas impede considerá-lo culpado até a decisão condenatória definitiva”. Acrescenta, ainda, que a presunção de inocência não admite, em momento algum, restrição de direito do indivíduo, ao passo que sob o ponto de vista da presunção de não culpa, o indivíduo não se diz inocente, mas também não seria culpado, podendo ser decretada prisão cautelar, busca e apreensão. Assim, conclui o autor que o ordenamento jurídico brasileiro adota a expressão “presunção de não culpa”, muito embora parte da doutrina se refira como “presunção de inocência”.

Inclusive, o STF¹⁸ vem preferindo essa denominação, conforme esse excerto:

Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal.

Superada esta formalidade, acrescenta-se que o Código de Processo Penal, em seu artigo 393¹⁹, hoje revogado pela Lei 12.403/2011, determinava, como efeito da sentença condenatória recorrível, que fosse inscrito no rol provisório de culpados os indivíduos condenados que ainda estavam recorrendo da sentença.

Anos antes, subsistia dispositivo no Código de Processo Penal condicionando o conhecimento do recurso de apelação ao recolhimento à prisão, se o acusado não fosse

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 99.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 101.537**. Primeira Turma – Relator Min. Marco Aurélio de Melo. DJE 14/11/2011.

¹⁹ “Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).”.

primário ou tivesse bons antecedentes em seu favor. Era o caso do seu artigo 594²⁰, que se trava de requisito de admissibilidade recursal que só veio a ser revogado com o advento da Lei nº 11.719/2008.

Diante de uma cultura de leis prevendo prisões automáticas, Mendes²¹, aponta, ainda:

A Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), art. 21, e a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), art. 44, vedavam a liberdade provisória, ou seja, estabeleciam que o acusado aguardaria o julgamento preso. Ambos os dispositivos foram julgados inconstitucionais com base na presunção de não culpabilidade.

Com a devida incorporação do princípio da presunção de não culpabilidade em nosso ordenamento jurídico, duas regras fundamentais são extraídas para o processo penal, sendo uma de tratamento e outra de ordem probatória, ensina Oliveira²².

Para a primeira, o Poder Público não pode agir ou se comportar em relação ao acusado, como se este já houvesse sido condenado. Desse modo, para impor uma diligência como busca e apreensão domiciliar só poderá sê-lo feita quando indispensável ao término da investigação, sob pena de banalizar os meios de provas. Renato Brasileiro de Lima²³ preconiza, ainda, que “são manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal”.

Assim, apenas em situações excepcionais é possível a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal²⁴, devendo haver decisão fundamentada por parte da autoridade judiciária nesse sentido.

Noutro giro, a regra de ordem probatória implica no ônus que a parte acusadora tem de demonstrar a culpa do acusado, de modo que não poderá existir mínima dúvida acerca da autoria e materialidade do delito praticado. Desta feita, recai sobre a acusação o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, e não deste de comprovar sua inocência, ensina Lima²⁵.

²⁰ “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Revogado pela Lei nº 11.179, de 2008).”

²¹ MENDES, Gilmar. op. cit., loc. cit.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 48.

²³ Lima, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 43.

²⁴ Ressalte-se não haver apenas a prisão preventiva ou temporária, mas também outras cautelares pessoais diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, tais como monitoramento eletrônico e diversas outras proibições. A aplicação de todas elas devem ser fundamentadas em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 44.

Consoante esta regra, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal²⁶ que cabe à acusação comprovar os elementos do tipo penal, e não ao acusado o ônus da prova. Veja-se:

SENTENÇA – ENVERGADURA. Ante o fato de o Juízo ter contato direto com as partes envolvidas no processo-crime, o pronunciamento decisório há de merecer atenção maior. **PROCESSO-CRIME – PROVA. Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição.** (HC 107448, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 03-10-2013 PUBLIC 04-10-2013). (Grifos acrescidos).

Ainda nessa linha, prevê o artigo 386, VII, do Código de Processo Penal²⁷ que só se admite a condenação do acusado havendo prova cabal, validamente constituída sob o crivo do devido processo legal e do contraditório, caso contrário, impõe-se a absolvição do réu.

Corroborando esse entendimento, explica Mendes²⁸ que o princípio da não culpabilidade é um “direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Desse modo, existindo qualquer resquício de dúvida acerca da culpa do acusado, deverá o magistrado absolvê-lo”.

Mais especificamente quanto a regra de tratamento extraída do referido princípio, tem-se que sua característica mais relevante é a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem como a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.

Assim, prossegue Lima²⁹, que por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público estaria impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado,

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 107.448/MG**. Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000216429&base=baseAcordaos>. Acesso em 24 ago 2017.

²⁷ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...)

VI – não existir prova suficiente para a condenação.”.

²⁸ MENDES, Gilmar. **A Presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Narco Aurélio**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 22 ago 2017.

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 779.

como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.

A doutrina de Lima³⁰ ensina que esse princípio atua em duas dimensões: interna e externa ao processo. A primeira, funciona como dever imposto inicialmente ao magistrado, no sentido de que o ônus da prova recai integralmente sobre a parte acusadora, devendo a dúvida favorecer o acusado. Além disso, as prisões cautelares devem ser excepcionais, comprovada a necessidade.

Já sua dimensão externa ao processo serve como proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado. O princípio da presunção de não culpabilidade e as garantias constitucionais da imagem funcionam como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do processo judicial.

Todavia, a vedação à execução provisória da pena decorrente do princípio da presunção de não culpabilidade não impede a antecipação dos benefícios da execução penal definitiva ao preso processual, eis que uma garantia não poderia ser interpretada em detrimento do seu destinatário.

Assim, para o indivíduo que está submetido à prisão cautelar (respondendo ao feito com privação de liberdade), justificada pela existência dos requisitos do art. 312, CPP, seria possível iniciar a pena, ante do trânsito em julgado, para assegurar a incidência de institutos como a progressão de regime e outros incidentes da execução.

Inclusive, a Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210/84) estende seus benefícios aos presos provisórios nos termos do seu art. 2º, parágrafo único: “esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

Para consolidar esse entendimento acerca da possibilidade de se antecipar a execução da pena para fins de concessão de benefícios aos presos cautelares, o STF³¹, em 10 de março de 2003, editou as súmulas 716 e 717, nos seguintes termos:

SÚMULA 716, STF: “Admite-se a progressão do regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

SÚMULA 717, STF: “Não impede a progressão do regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

³⁰ Idem. p. 778-779.

³¹ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 716 e 717**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em 22 ago 2017.

Nesse diapasão, até o início de 2016 vigia o entendimento de que, nos termos da Constituição Federal de 1988, não seria possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em sede de recurso de apelação, quando pendente recurso especial ou extraordinário, excetuando-se, por óbvio, a execução provisória da pena para concessão de benefícios.

Esse entendimento de que a Constituição Federal garante a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença condenatória se consolidou em 2009, quando o STF apreciou o *leading case* do HC 84.078, relatado pelo Ministro Eros Grau, julgado pelo Pleno em 05/02/2009³² e afirmou que:

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 pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** 5. 8. **Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.** Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048). (Grifos acrescentados).

Antes dessa data, segundo Lima³³, em razão de os recursos extraordinários e especial não serem dotados de efeito suspensivo, prevalecia o entendimento jurisprudencial de que seria cabível a execução provisória da sentença penal

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. Relator Ministro Eros Grau. Data de julgamento 05 fev 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em 20 ago 2017.

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 46.

condenatória recorrível, independente do preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva do acusado, contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Segundo o autor³⁴, o amparo legal para esse entendimento seria a inexistência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários *lato sensu*, veja-se:

O fundamento legal para esse entendimento era o disposto no art. 637 do CPP (“O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”). Assim, ainda que o acusado tivesse interposto recurso extraordinário ou especial, estaria sujeito à prisão, mesmo que inexistentes os pressupostos da prisão preventiva.

No sentido da possibilidade de se executar provisoriamente a pena, o Superior Tribunal de Justiça³⁵ editou, em 2002, a Súmula 267, com o seguinte enunciado: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Nesse contexto, expõe Lima³⁶ que, mesmo que o réu gozasse da liberdade durante todo o processo, impunha-se o recolhimento à prisão como efeito automático de acórdão condenatório proferido por Tribunal de segundo grau, mesmo que a sentença não tivesse transitado em julgado, em virtude da pendência de apreciação dos recursos extraordinário e especial.

Sucedo que, em 23 de abril de 2008, o Superior Tribunal de Justiça³⁷ editou a Súmula 347, com a seguinte ementa: “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Nos termos do antigo artigo 595 do Código de Processo Penal, “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”. Tal artigo figurava como resíduo do autoritarismo implantado pela Constituição de 1937, totalmente incompatível com a ordem vigente.

Essa previsão só foi revogada com o advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, mas antes disso, a referida súmula passou a vedar a deserção pela fuga, em razão de colidir frontalmente com o princípio da não culpabilidade.

Diante desse contexto de prevalência do princípio da presunção de não culpa, conforme mencionado, em 2009, o Plenário do STF, ao apreciar o HC 84.078/MG, por

³⁴ Id. *ibid.*

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 267**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=261>>. Acesso em 18 ago 2017.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.*, loc. cit.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 347**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf>. Acesso em 24 ago 2017.

maioria de votos, modificou seu entendimento para concluir que a execução provisória da pena só poderia se dar com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nessa votação da qual os onze Ministros participaram, passou-se a entender por sete votos a quatro que, a despeito da inexistência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, enquanto não transitasse em julgado sentença penal condenatória, não haveria se falar em execução da pena privativa de liberdade, ressalvada, evidentemente, a possibilidade de segregação cautelar, cuja decretação deveria preencher os pressupostos previstos no artigo 312 do CPP. Superando-se, dessa forma, a Súmula 267 do STJ.

Assim, de 2009 até 2016 predominou o entendimento jurisprudencial acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade em razão de a Constituição Federal de 1988 garantir expressamente a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Sucedo que, em julgamento paradigmático, o Supremo, no bojo do HC 126.292/SP, reviu sua jurisprudência e, novamente, por sete votos a quatro, concluiu que seria possível a execução provisória de acórdão penal condenatório exarado por Tribunal de segunda instância, ainda que pendente julgamento de recurso especial ou extraordinário e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que disso decorresse violação ao princípio da não culpabilidade, tendo em vista ser possível fixar limites para a mencionada garantia constitucional, nos seguintes termos³⁸:

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. (Grifos acrescidos).

Nos termos do julgado, afirma Lima³⁹ que a execução da pena, na pendência de recursos de natureza extraordinária, não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, porquanto teria o acusado sido tratado como inocente no curso do processo ordinário, bem como teriam sido respeitadas as regras probatórias

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>>. Acesso em 24 ago 2017.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 46.

e de tratamento já devidamente explanadas, não sendo necessário assegurá-las na fase especial/extraordinária do procedimento.

Assim, resgata o STF o ultrapassado entendimento acerca da possibilidade de execução provisória da pena, à contramão de toda a evolução histórica do processo penal brasileiro, restabelecendo, assim, a então superada ideia de prisão automática, despida de qualquer requisito de cautelaridade.

Portanto, passa a Suprema Corte a entender como possível o início da execução da pena, tão logo, seja prolatado acórdão condenatório em segundo grau. Nesse caso, a rigor, o Estado executa efetivamente a pena de alguém que mantém um status jurídico de inocente, ou seja, que ainda não pode considerado culpado, porquanto ainda não teria havido o trânsito definitivo da decisão condenatória.

De maneira bastante simplória, diz-se que uma sentença penal transita em julgado quando não há mais a possibilidade de se recorrer, seja por falta de cabimento ou interesse da parte. Assim, enquanto o indivíduo puder e quiser recorrer, não haverá o dito trânsito em julgado.

Desse modo, é evidente a inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, haja vista esta ultrapassar os limites constitucionais da cláusula de não culpabilidade, pois, consoante a Constituição Federal, só se admite a restrição da liberdade do indivíduo quando transitada em julgado sentença penal condenatória, bem como, de forma excepcional, quando se estiver diante de uma prisão flagrante ou presentes os requisitos para a decretação das prisões cautelares.

Assim, a antecipação da pena antes do trânsito em julgado restabelece, de certa forma, as antigas figuras das prisões autônomas despidas de quaisquer requisitos de cautelaridade, como o prévio recolhimento à prisão para apelar, hoje extintas do processo penal brasileiro. Desta feita, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal contraria toda uma evolução acerca das garantias processuais, figurando como verdadeiro retrocesso.

4. IMPUNIDADE X EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA RELAÇÃO ANTIJURÍDICA DA SATISFAÇÃO SOCIAL

Conforme esposado, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, traz que só é considerado culpado aquele que tiver contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Assim, figura-se inconstitucional a execução

provisória da sentença penal condenatória enquanto ainda se encontrar pendente de recursos, mesmo já tendo sido reconhecida a culpa do acusado por um Tribunal.

Destaca Nunes⁴⁰ que o Estado estaria violando o princípio universal da presunção de não culpabilidade no momento em que executa a pena de um indivíduo que não é considerado culpado.

E prossegue o autor, imaginando que após iniciada a execução provisória da pena com o cumprimento antecipado por parte do réu, os Tribunais Superiores venham a anular o acórdão condenatório ao apreciar recurso especial ou extraordinário, nesse caso, se estaria diante de situação extremamente gravosa, porque o Estado executou a pena de um indivíduo que, a rigor, sequer foi condenado.

Araújo⁴¹, em palestra acerca da temática, no 7º Congresso Jurídico Online de Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva, exemplificou a problemática da execução provisória da pena com um elucidativo caso prático, ao afirmar que no âmbito do processo civil seria plenamente possível executar antecipadamente decisão que condenou réu a pagar dez mil reais em 10 (dez) parcelas. No caso, o réu poderá interpor Recurso Extraordinário, que, em regra, não possui efeito suspensivo e o STF, caso julgue não ser devido absolutamente nada, transitado em julgado, o autor deverá restituir o valor devidamente corrigido.

Por outro lado, no processo penal, se de fato há o início da execução de pena de 10 (dez) anos e o STF só aprecia o caso e julga-o inocente após 5 (cinco) anos preso, ocorrerá uma grave e talvez irreparável injustiça com aquele indivíduo encarcerado, pois no processo penal não há retorno ao “status quo ante”, diferentemente do processo civil.

Assim, em 17 de fevereiro de 2016 entendeu o STF⁴² que seria possível a execução provisória por não conflitar com princípio da não culpa, pois enquanto não houver reconhecimento de que o sujeito é culpado, que segundo o artigo 5º, LVII, depende do transito em julgado, não se pode executar a pena, voltando ao entendimento que possuía até 2008.

⁴⁰ NUNES, Adeildo. **A execução provisória da pena privativa de liberdade: inconstitucionalidades.** In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 1, nº 68 (out/nov 2015). p. 71-72

⁴¹ ARAÚJO, Fábio Roque de. **Execução provisória da pena.** In: 7º Congresso Jurídico Online: principais temas das Ciências Criminais., 2017, Salvador: Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS, 2017. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/7-congresso-juridico-online-principais-temas-das-ciencias-criminais>>. Acesso em: 25 mar 2017.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP.** Relator Ministro Teori Zavascki. loc. cit.

Saliente-se que o julgamento foi em sede de Habeas Corpus, então não se tratava de controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, por se tratar de decisão proferida pela Suprema Corte, a possibilidade da execução provisória da pena se disseminou e tomou repercussão na imprensa e Tribunais de todo o país adotaram o entendimento plasmado no HC.

Na prática, ocorreram diversos casos de execução provisória da pena registrados pela mídia, como por exemplo o do Senador Luiz Estevão⁴³, do Distrito Federal, condenado por desvio de verba pública e o jornalista Pimenta Neves⁴⁴, de São Paulo, que foi condenado pelo júri por matar a namorada, Sandra Gomidi, que estavam em liberdade aguardando julgamento de recursos, tiveram suas penas executadas provisoriamente em razão da decisão exarada pelo STF.

Diante dessa mudança de entendimento jurisprudencial, ajuizaram-se duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADC, perante o Supremo Tribunal Federal, as ADC nº 43 e 44⁴⁵, uma proposta pelo Partido Ecológico Nacional - PEN e a segunda pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente.

Nessas ações, o STF foi instado a se manifestar para reconhecer a constitucionalidade do artigo 283 do CPP⁴⁶, que aparentemente conflita com a decisão do HC 126.292, pois diz que as modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro são prisão pena, que é a pena privativa de liberdade, e depende do trânsito em julgado, e a prisão que antecede esse trânsito, que é a cautelar (processual), temporária ou preventiva. As ações tiveram como Relator o Ministro Marco Aurélio, que foi voto vencido em fevereiro de 2016. Ele concedeu liminar, mas no julgamento em plenário, o STF entendeu por bem reconhecer a constitucionalidade do artigo 283, porém conferindo-se interpretação conforme a Constituição.

Assim, no entendimento do Supremo, seria plenamente possível, além das prisões mencionadas, que se executasse a pena quando estivesse pendente julgamento

⁴³ SOUZA, André de. **Justiça Federal determina a prisão do ex-Senador Luiz Estevão**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/justica-federal-determina-prisao-do-ex-senador-luiz-estevao-18824908>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁴⁴ FREITAS, Vladimir Passos da. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 20 mar 2017.

⁴⁶ “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.”.

de recurso que não possuísse efeito suspensivo, ou seja, quando já houvesse decisão condenatória confirmada pela segunda instância.

Em seu voto no HC 126.292/SP, o Relator Teori Zavascki sustentou que a decisão em segunda instância encerraria o a atuação do princípio da presunção de não culpabilidade, nos seguintes termos:

tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990 (...)

o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.

Todavia, a doutrina majoritária e a comunidade jurídica estabeleceram questionamento acerca da colidência entre essa mudança de entendimento e o princípio da presunção de não culpabilidade.

Em que pese os recursos extraordinários, de fato, não poderem reexaminar a matéria fática, mitigar o princípio da presunção de não culpabilidade segundo este fundamento iniciando a execução da pena propriamente dita, seria fragilizar o comando constitucional que prevê o trânsito em julgado, ou seja, o esgotamento de instâncias, para formação da culpa.

Além disso, inúmeros são os casos em que através dos referidos recursos o réu logrou êxito em reverter o injusto acórdão condenatório. O que importa aqui não é a existência dessa “estatística de reversão”, mas sim a possibilidade de rever a condenação e, de igual modo, a possibilidade de um indivíduo inocente ser preso antecipadamente sem existir uma razão cautelar.

O Ministro Barroso, em seu voto no HC 126.292/SP, sustentou que a presunção de não culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Sendo um princípio, de acordo com Ronald Dworkin⁴⁷ não seguem o sistema do “tudo ou nada” aplicado as regras, ao contrário, se compatibilizam, harmonizam. Nesse sentido, disse Barroso que o princípio da presunção de não culpabilidade deve ser harmonizado com outros princípios que também constam na Constituição Federal.

⁴⁷ DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66.

Como fundamento para tentar diminuir a aplicação do princípio da presunção de não culpa e justificar a nova orientação, Zavascki, o ministro Relator⁴⁸, apontou a necessidade de se buscar um “equilíbrio entre o princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que, para ele, deve atender valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.

Além disso, ficou entendido ser no âmbito das instâncias ordinárias que haveria o exaurimento da possibilidade de exame fático-probatório e, assim, a própria fixação da responsabilidade criminal, conforme explica Lima⁴⁹ acerca da *ratio decidendi* do julgado:

É dizer, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa.

Desta feita, estabelecido em segundo grau juízo de incriminação do acusado do qual as provas não estejam suscetíveis de reexame pela via recursal extraordinária, entendeu-se ser razoável a relativização do princípio da não culpabilidade observado até o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal.

Na ânsia de dar maior efetividade às decisões judiciais, cujos recursos de fato assoberbam as instâncias superiores, os Ministros do STF optaram pela via do ativismo judicial de conteúdo político e se afastaram da Lei Maior, da qual são os guardiões, utilizando-se de argumentos que fogem sobremaneira à razoabilidade e contrariam a literalidade da Constituição Federal.

O ativismo judicial, nas palavras de Barroso⁵⁰:

é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Nesse sentido, continua o autor afirmando que:

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. loc. cit..

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p. 46.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em 24 set 2017.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Entra-se, assim, em uma delicada seara, pois não cabe ao judiciário motivar decisão utilizando-se de fundamentos diretamente ligados à atenção dos anseios sociais, bem como ao sentimento de impunidade. Consoante o Ministro Relator⁵¹, afirmou sobre a execução provisória da pena:

Promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Mais adiante, ao se referir ao entendimento outrora consolidado pelo STF no bojo do HC 84.078/MG⁵², entendeu o Relator⁵³ que a impossibilidade em se executar provisoriamente a pena:

“Contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. 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”. (Grifos acrescidos)

Ora, de acordo com esse relevante excerto, o Supremo claramente quis pôr fim à chamada prescrição superveniente ou intercorrente, prevista no artigo 109, §1º do Código Penal⁵⁴, por meio da execução provisória da pena sob o fundamento de que tal figura agravaria o descrédito da sociedade frente ao Poder Judiciário.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. loc. cit.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. Relator Ministro Eros Grau. Data de julgamento 05 fev 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em 20 ago 2017.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. loc. cit.

⁵⁴ Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1o A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Assim, numa clara demonstração de força, passou o STF a se utilizar da execução provisória da pena como mecanismo para tentar passar uma imagem de efetividade e reavivar o crédito da sociedade ante à justiça em detrimento de caros direitos fundamentais amealhados ao longo de toda a evolução história do Direito Penal.

Nessa toada, consoante os ensinamentos de Cunha⁵⁵, o Supremo Tribunal Federal, ao rever sua jurisprudência e passar a admitir a execução provisória da pena adota verdadeira estratégia de política criminal, pois tenta dar à sociedade a efetividade jurisdicional que ela clama, evitando que o cidadão, ao se deparar com os processos morosos, prescrição e impunidade, desacredite do Poder Judiciário.

Assim, para o STF parece ser mais conveniente violar a Constituição do que cumprir outro princípio também constitucional, que é o da celeridade. Nos termos da Carta Magna⁵⁶, a jurisdição deve ser prestada em tempo razoável de modo a não gerar ineficácia da prestação estatal. Todavia, o Supremo ao agir dessa maneira não cumpre seu dever institucional de cumprir jurisdição célere e busca atalho inconstitucional antecipando a pena em razão de o processo ser moroso.

Tais argumentos se mostram incompatíveis com o papel precípua do Supremo, pois competiria ao legislador, não ao STF, modificar a legislação ordinária e extinguir esta modalidade de prescrição, ou a gama de recursos do nosso sistema processual.

De acordo com Ramos e Teider, a mudança de entendimento do STF com a decisão no habeas corpus nº. 126.292/SP tenta promover uma modificação no sistema recursal pela via jurisprudencial⁵⁷:

Na contramão deste (tragicamente) superado entendimento do Supremo Tribunal Federal, dizem alguns que a impossibilidade de se permitir a execução provisória da pena criminal seria fator responsável pelo engarrafamento de milhares de processos existentes nas mais variadas cortes pátrias, tendo-se em vista a gama de recursos disponíveis ao longo da persecução penal. Contudo, acredita-se que antes restava garantido e assegurado o pleno exercício da ampla defesa para todos os jurisdicionados.

⁵⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 36.

⁵⁶ Art. 5º, inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda constitucional nº 45, de 2004).

⁵⁷ RAMOS, Wanessa Assunção; Teider, Lucas Hinckel. **A cegueira seletiva do Supremo Tribunal Federal na permissibilidade da execução provisória da pena criminal; e o primado das hipóteses (midiáticas) sobre os fatos**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/tag/execucao-provisoria-da-pena-criminal/#_ftn2>. Acesso em: 31 ago 2017.

É relevante salientar, igualmente, que a atividade jurisdicional é eminentemente contramajoritária e incumbida de assegurar os valores constitucionais, a lei e as garantias do indivíduo.

Nesse contexto, torna-se relevante o exercício do ativismo judicial quando exercido para fins de resguardar valores constitucionais. Para tanto, existe inclusive ação constitucional que legitima esse papel ao STF, que é o caso do Mandado de Injunção, remédio constitucional⁵⁸ cujo objeto é a regulamentação de norma da Constituição ante à inércia do poder competente.

Entretanto, o problema existe quando esse ativismo judicial é de conteúdo político e dissociado dos mandamentos constitucionais. Assim, em certas ocasiões, como no caso da execução provisória da pena, o ativismo, é utilizado não para garantir valores constitucionais, mas para violá-los, se substituindo aos poderes legitimados.

A forma abusiva de omissão dos demais poderes, legislativo e executivo, que deixam de cumprir suas funções, compeliu o poder judiciário a agir de maneira decisiva para que suas atividades também não fossem comprometidas.

É exatamente nesse ponto que o ativismo tem ganhado apoio social. Conforme Marina Ito⁵⁹, “o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas”. Acrescenta Josquin⁶⁰, “que o ativismo caracterizado por ser uma invasão jurisdicional nas áreas de atuação direta do executivo e legislativo, foram (sic) uma exigência social, determinada pelo fenômeno da judicialização da política”.

Segundo Barroso apud Marina Ito⁶¹, há três causas para tal judicialização: “a redemocratização do país, que levou as pessoas a procurarem mais o Judiciário; a constitucionalização, que fez com que a Constituição de 1988 tratasse de inúmeros assuntos; e o sistema de controle de constitucionalidade”.

⁵⁸ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

⁵⁹ ITO, Marina. **Risco de politização**: "Judicialização é fato, ativismo é atitude". Consultor Jurídico, 17 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 29 ago 2017.

⁶⁰ JOSQUIN, Inessa Franco Ferreira. **Ativismo judicial**. Artigo Científico Jurídico, 2009. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 30 ago 2017.

⁶¹ ITO, Marina. **Risco de politização**: "Judicialização é fato, ativismo é atitude". loc. cit.

O Poder Judiciário por meio desse mecanismo tem contribuído para a garantia de direitos constitucionais da sociedade, efetivando princípios como o da dignidade humana. Diversos são os exemplos. Um deles foi o estabelecimento da fidelidade partidária, norma não prevista na Constituição, pelo Tribunal Superior Eleitoral em nome do princípio democrático. Outro bom exemplo é o do reconhecimento da união estável homoafetiva. Sobre o mesmo pontua Hachem⁶²:

No caso específico da união estável, a Constituição prevê expressamente que a reconhece como família quando celebrada entre o homem e a mulher. Não veda, por outro lado, o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Quando o STF, com base em *direitos fundamentais* (e não em argumentos fáticos falaciosos como a “impunidade”) como a igualdade, a liberdade individual, a autonomia privada, e em um *princípio constitucional* como a dignidade da pessoa humana, afirma que é possível também reconhecer como família a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ele: (i) não está indo *contra o texto*, já que o enunciado não diz ser *proibido* esse reconhecimento, mas apenas aponta, exemplificativamente, uma espécie de união estável (entre homem e mulher); (ii) não está restringindo direito fundamental de ninguém, mas sim *aplicando* direitos fundamentais já existentes e expressos na Constituição e com isso *ampliando* a proteção jurídica de uma minoria que não foi contemplada expressamente pelas maiorias parlamentares, que até agora insistem em omitir-se quanto à tutela desse direito.

Todavia, não tem sido somente os poderes executivo e legislativo que efetivaram abusos ante suas funções. A judicialização, em alguns casos, vem praticando seus excessos. O Judiciário estaria agindo não somente quando há déficit dos outros poderes, mas também em indevida substituição política de funções. É o caso da mudança de entendimento acerca da execução provisória da pena.

Conforme mencionado, o julgado causou entusiasmo na mídia e em parcela da população, que convive com uma sensação de impunidade, ante os delitos bárbaros praticados no seio social, e o alongamento do processo penal no tempo sem que haja um julgamento definitivo, visto a diversidade de recursos que existem. Junte-se a isso o temor crescente da população pela falta de segurança, buscando de qualquer forma meios preventivos que supram essa ausência.

Não obstante tudo isso, esta busca desmedida por justiça não é o espírito do direito penal brasileiro, que dita no texto constitucional que ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme pontua Josquin⁶³: “há de

⁶² HACHEM, Wunder Daniel. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Revista Direito do Estado, NUM 86, ANO 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 30 ago 2017.

⁶³ JOSQUIN, Inessa Franco Ferreira. **Ativismo judicial**. Artigo Científico Jurídico, 2009. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro. Disponível em:

se considerar que direitos fundamentais não podem ser violados ainda que essa seja a vontade da maioria, devendo prevalecer aqui os interesses, ainda que contramajoritários, de tutela da dignidade da pessoa”.

Ademais, o princípio da ponderação, que é largamente utilizado pelos magistrados em suas decisões, especialmente quando tratam de conflitos principiológicos, foi, como é perceptível, mesquinhamente esquecido ou muito mal manejado pelo STF na decisão aqui tratada.

Sobre o uso inadequado desse princípio pela Suprema Corte Lenio Streck⁶⁴ assim se posicionou:

A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo *ponderação*, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento da ponderação. *Há frequentes menções a princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, raramente encontra-se um voto no qual todas as fases da ponderação – estabelecidas por Alexy – tenham sido ao menos sugeridas pelos Ministros.*

Prossegue o Alexy *apud* Streck acerca da possibilidade de uma decisão proferida de modo errôneo, e, portanto, injusta⁶⁵:

Alexy admite que, em muitos casos, esse tipo de decisão (seja ela do legislador, quando legifera, seja do juiz no momento em que exerce a judicatura) permanece no sistema jurídico como uma espécie de remanescente de imperfeição próprio da estrutura que envolve os processos reais de argumentação e discurso jurídico. (...) Em grande síntese, a *fórmula de Radbruch* prescreve o seguinte: **a extrema injustiça não é direito.** (grifos acrescidos)

Pelo exposto, evidenciam-se sérios riscos trazidos ao Estado Democrático de Direito pelo crescente ativismo político do judiciário nacional eis que, por vezes, se afasta e viola a implementação dos princípios constitucionais, dentre eles os direitos fundamentais, para atender anseios sociais de atribuição de outros órgãos, como a falta de segurança pública e a sensação de impunidade ou sentimento de vingança.

É, desse modo, inconcebível a mitigação de garantias constitucionais pela Corte Suprema brasileira, órgão que pela sua natureza de corte constitucional tem como destino protegê-las.

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 30 ago 2017.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 295.

⁶⁵ Idem. p. 293.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, o Estado Democrático de Direito é fundado na submissão dos seus poderes à ordem constitucional vigente. Nesse sentido, para que haja a aplicação de uma pena privativa de liberdade a qualquer indivíduo, segundo a Constituição Federal de 1988, exige-se, não apenas o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas também que se respeite um processo justo com observância das garantias mínimas do acusado, como o contraditório e a ampla defesa.

Revolvendo a história, todavia, percebe-se que, a partir do Século XVIII é que se inicia o processo de sedimentação das penas cujo objeto era a liberdade de locomoção. Até então a regra era que a penalidade recaía sobre o corpo do indivíduo, sendo comum o espetáculo punitivo como manifestação do poder do detentor do *jus puniendi*. A prisão, nesses casos, servia apenas para segregar o criminoso até a aplicação da referida pena.

Com o advento dos ideais iluministas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, passou-se a colocar o homem no centro das atenções, reconhecendo-lhe direitos inatos, dentre os quais o respeito, ainda que mínimo, a sua dignidade, minguando, assim, as penas corpóreas e passando-se a adotar paulatinamente a restrição de liberdade como a principal forma de execução penal.

Toda essa evolução desagua no atual sistema acusatório, de essência democrática, segundo o qual cabe à acusação o ônus de provar as alegações contra o indivíduo presumidamente não culpado, extinguindo, assim, a figura do juiz acusador do sistema inquisitorial. Passa-se dessa forma a enxergar o acusado como sujeito de direitos, não mais como objeto do processo, devendo ser tratado como inocente até o trânsito em julgado, ressalvada a possibilidade de prisão cautelar, preenchidos os requisitos legais.

À contramão de todo esse consolidado entendimento e violando disposição expressa da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP, em fevereiro de 2016, passou a admitir a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após acórdão condenatório proferido ou confirmado por Tribunal, ainda que pendente recurso extraordinário ou especial, ou seja, antes de haver o trânsito em julgado.

Assim, o STF restabelece a superada ideia de prisão despida de qualquer requisito de cautelaridade ou fundamentação por parte do Tribunal. Resgata-se, de certa

forma, a revogada figura do recolhimento à prisão como requisito de admissibilidade de recurso, pois o condenado em primeiro grau, caso não fosse primário ou tivesse bons antecedentes, deveria começar a cumprir sua pena para que só então o tribunal pudesse apreciar seu recurso.

Nesse caso, a rigor, o Estado executa efetivamente a pena de alguém que mantém um status jurídico de não culpado, ou seja, ainda não teria havido contra ele o trânsito definitivo da decisão condenatória.

Para tanto, o excelso STF realiza verdadeira acrobacia hermenêutica e traz como principais fundamentos para a mudança de entendimento a necessidade de se fazer um equilíbrio entre o princípio da presunção de não culpabilidade e a efetividade da prestação jurisdicional, combatendo, em outras palavras, a vasta gama de recursos, a morosidade processual e a sensação de impunidade disseminada na sociedade.

Data máxima vênia, é inconcebível que a prestação jurisdicional seja movida por anseios sociais, tais como sensação de insegurança ou até mesmo sentimento de vingança vivenciados pela sociedade, tendo em vista que diferentemente dos demais poderes, a atividade do judiciário é eminentemente contramajoritária, não lhe cabendo preencher lacunas políticas deixadas pelos demais poderes sob pena de incidir em inadequado ativismo judicial de conteúdo político.

Desta feita, ainda que a vontade da maioria seja pelo enrijecimento do poder punitivo do Estado, com a colocação, de fato, dos criminosos na cadeia, os direitos fundamentais não podem ser violados, não sendo legítimo o entendimento jurisprudencial que venha a restringi-los, sob o argumento de satisfazer necessidades e obrigações políticas não cumpridas pelos demais poderes, mesmo que tal restrição possa atender a anseios majoritários.

Diante desse contexto, em que o Poder Judiciário, sob o argumento de satisfazer demandas que os demais poderes relegaram a segundo plano, prolata decisão ao arrepio de texto expresso na Constituição da República, relativizando inapropriadamente princípio fundamental, urge reconhecer a inconstitucionalidade da execução provisória da pena no processo penal brasileiro, eis que o exercício da jurisdição constitucional, ainda que proativa, encontra limites nos valores consagrados explícita e implicitamente no próprio texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHEM, Wunder Daniel. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Revista Direito do Estado, NUM 86, ANO 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 30 ago 2017.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque de. **Execução provisória da pena**. In: 7º Congresso Jurídico Online: principais temas das Ciências Criminais., 2017, Salvador: Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS, 2017. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/7-congresso-juridico-online-principais-temas-das-ciencias-criminais>>. Acesso em: 25 mar 2017.

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

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em 22 mar 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 mar 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas 716 e 717**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em 22 ago 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 267**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=261>>. Acesso em 18 ago 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 347**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf>. Acesso em 24 ago 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 101.537**. Primeira Turma – Relator Min. Marco Aurélio de Melo. DJE 14/11/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 107.448/MG**. Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000216429&base=baseAcordaos>>. Acesso em 24 ago 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>>. Acesso em 24 ago 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. Relator Ministro Eros Grau. Data de julgamento 05 fev 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em 20 ago 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 20 mar 2017.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.html>. Acesso em: 22 ago 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Manual de direito penal – Parte Geral**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos da. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ITO, Marina. **Risco de politização: "Judicialização é fato, ativismo é atitude"**. Consultor Jurídico, 17 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 29 ago 2017.

JOSQUIN, Inessa Franco Ferreira. **Ativismo judicial**. Artigo Científico Jurídico, 2009. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 30 ago 2017.

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

MENDES, Gilmar. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 22 ago 2017.

NUNES, Adeildo. **A execução provisória da pena privativa de liberdade: inconstitucionalidades**. In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 1, nº 68 (out/nov 2015).

OLIVEIRA, Alice. **Evolução história das penas**: Dos espetáculos punitivos à alternativa ressocializadora. Jusbrasil. Disponível em: <<https://aliceoliveira1.jusbrasil.com.br/artigos/347455966/evolucao-historica-das-penas>>. Acesso em: 19 ago 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli da. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RAMOS, Wanessa Assunção; Teider, Lucas Hinckel. **A cegueira seletiva do Supremo Tribunal Federal na permissibilidade da execução provisória da pena criminal; e o primado das hipóteses (midiáticas) sobre os fatos**. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/tag/execucao-provisoria-da-pena-criminal/#_ftn2>. Acesso em: 31 ago 2017.

SILVA, Ageu Tenório da. **Evolução da prática e do discurso no direito penal**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2851>. Acesso em 20 ago 2017.

SOUZA, André de. **Justiça federal determina a prisão do ex-senador Luiz Estevão**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/justica-federal-determina-prisao-do-ex-senador-luiz-estevao-18824908>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.