

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

AMANDA CRISTINA RIBEIRO PEIXOTO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA REFLEXÃO ACERCA DA SUA (IN)
CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NOS ÚLTIMOS
OITO ANOS

NATAL/RN

2017

AMANDA CRISTINA RIBEIRO PEIXOTO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA REFLEXÃO ACERCA DA SUA (IN)
CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NOS ÚLTIMOS
OITO ANOS**

Trabalho de conclusão do curso de Especialização em Direito Constitucional apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN) como requisito final para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. M.Sc. Ângelo José Menezes Silvino.

NATAL/RN

2017

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Peixoto, Amanda Cristina Ribeiro.

A execução provisória da pena: uma reflexão acerca da sua (in)constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF nos últimos oito anos / Amanda Cristina Ribeiro Peixoto. – Natal, 2017.
52 f.

Orientador: Prof. M.Sc. Ângelo José Menezes Silvino.

Monografia (Especialização em Direito Constitucional) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Estado democrático de direito – Monografia. 2. Processo penal – Monografia. 3. Não culpabilidade – Monografia. 4. Ampla defesa – Monografia. 5. Execução provisória da pena – Monografia. I. Silvino, Ângelo José Menezes. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 342

AMANDA CRISTINA RIBEIRO PEIXOTO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA REFLEXÃO ACERCA DA SUA (IN)
CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NOS ÚLTIMOS
OITO ANOS**

Trabalho de conclusão do curso de
Especialização em Direito Constitucional
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte (UNIRN) como
requisito final para obtenção de título de
Especialista em Direito Constitucional.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ângelo José Menezes Silvino
Orientador

Prof.
Membro

Prof.
Membro

Dedico este trabalho aos meus pais, Valentim e Francimar, que representam o reflexo dos princípios que sempre almejei e que me impulsionaram na busca pelo sucesso diante dos obstáculos que a vida me impôs. Meus sinceros agradecimentos pela compreensão nos momentos em que me fiz ausente em razão dos meus estudos, bem como pelo apoio afetivo e material incondicionais que me foram dados desde os meus primeiros anos de vida, que me proporcionaram a formação pessoal, acadêmica e profissional que trago até aqui.

AGRADECIMENTO

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pela dádiva da vida, por ter me concedido saúde e por ter me agraciado com a família que tenho, elementos sem os quais, com certeza, eu não estaria aqui.

A Nossa Senhora Aparecida, mãe de amor e de misericórdia, pela sua intercessão por mim junto ao Seu filho, Nosso Senhor Jesus Cristo, que me permitiu concluir mais uma etapa da vida em meio a tantas inquietações.

Aos meus pais, Francisco Valentim Peixoto e Antônia Francimar Ribeiro Peixoto, por terem acreditado no meu potencial, pelo investimento material que me foi empregado, mas, principalmente, pelo cuidado e pelo afeto, no seio do qual eu aprendi sobre o amor, a fé, o respeito incondicional ao próximo, a honestidade e a humildade. Meus sinceros agradecimentos pelas renúncias que foram feitas por mim, por terem dividido comigo meus medos, minhas angústias, mas também minhas conquistas e alegrias. Sem vocês nada disso seria possível.

À minha irmã Gabrielly Ribeiro Peixoto Pereira, pelas palavras sempre reconfortantes, e por ter me presenteado com a alegria da nossa casa e dos nossos dias, meu sobrinho Davi Peixoto Pereira, que, na sua inocência e ingenuidade, nos transmite o amor na sua melhor dimensão.

Ao professor Ângelo José Menezes Silvino, pela dedicação, paciência, compreensão e palavras de incentivo em suas orientações no curso do meu trabalho.

Aos meus companheiros de trabalho no Ministério Público do Rio Grande do Norte, integrantes das Promotorias de Justiça Criminais da Zona Norte de Natal, pelo saudável convívio diário. Aos membros, assessoras, servidores, estagiários e terceirizados, notadamente à minha chefia imediata, Dr. Benilton de Lima Souza, com quem eu aprendi que ser Ministério Público é ser – muito além de um órgão acusatório –, o fiscal do ordenamento jurídico em excelência na busca pela efetividade da justiça.

Às minhas companheiras de jornada no decorrer do curso de Especialização em Direito Constitucional, Amanda Oliveira da Câmara Moreira, Fernanda Maria de Oliveira Ramalho e Priscilla Karla Silva Castro, pelo apoio e compartilhamento de ideias na reta final do curso.

Às minhas amigas de infância, Camila Vieira Mafra, Laryssa Câmara Vasconcelos e Nayara Oliveira da Silva pelos bons momentos compartilhados que serviram como válvula de escape nos períodos de tensão.

Por fim, ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte e a toda sua equipe por não medirem esforços para proporcionar um ensino de qualidade e uma estrutura em excelência.

“Não se pode reproduzir uma revolta de camponeses em laboratório por óbvias razões, entre outras, aquela que uma revolta reproduzida não seria mais uma revolta”.

(Noberto Bobbio)

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir a constitucionalidade da execução provisória da pena, tendo por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos oito anos. Inicialmente, será feita uma abordagem acerca da normatização dos princípios no Estado Democrático de Direito e sua irradiação no Direito Penal e Processual Penal. Em um segundo momento, será feita uma análise das últimas decisões da Corte Constitucional, destacando-se os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis ao cumprimento antecipado da sentença penal condenatória. A metodologia empregada está pautada em pesquisas bibliográficas de doutrina e legislação, priorizando-se o estudo da jurisprudência. Da pesquisa se extrai que o principal argumento daqueles que defendem a execução provisória da pena, é o de que o duplo grau de jurisdição ali se encerra, não havendo mais discussão probatória em sede de recursos especiais e extraordinários, não lhes sendo conferido sequer efeito suspensivo. Ademais, pautam seu entendimento na necessidade urgente de se empregar efetividade à jurisdição com base no princípio da proibição da proteção deficiente. De outra perspectiva, também se verifica que o problema é fruto de inércia legislativa no sentido de enxugar a gama de recursos colocados à disposição das partes, na maioria das vezes utilizados de forma protelatória, cujo preço está sendo suportado pelo acusado de boa-fé, que tem negada a garantia da presunção da não culpabilidade e do devido processo legal em uma nítida violação à Constituição Federal, que adotou expressamente o sistema do trânsito em julgado para formação da culpa. Outrossim, percebeu-se uma predileção do legislador em acautelar o patrimônio na execução provisória de sentenças cíveis, em detrimento do desvalor conferido pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte à liberdade em situações processuais semelhantes. Finalmente, observa-se que a mudança de interpretação operada no STF, no intervalo de tempo compreendido entre os anos de 2009 e 2016, deu-se tão somente em razão da alteração da composição de seus membros, uma vez que a situação fática vivenciada nas duas oportunidades em muito se assemelham.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Processo penal. Não culpabilidade. Ampla defesa. Execução provisória da pena.

ABSTRACT

The present work has the objective to discuss the constitutionality of provisional punishment execution, based at the jurisprudence of the Supreme Federal Court at the last eight years. Initially, it will be done an approach about the normalization of the principles at the Democratic State of Law, its reflections at the Criminal Law and Criminal Procedure. In a second moment, it will be done an analysis of those decisions emanated by the Constitutional Court, highlighting the main favourable and unfavourable arguments to the anticipated execution of the condemnatory criminal sentence. The methodology used is based on bibliographic researches of doctrine and legislation, prioritizing the study of the jurisprudence. From the research we can see the main argument from those who defend the provisional punishment execution, is what the jurisdiction of double degree ends, having no more discussion of evidences at the headquarters of special and extraordinary resources, not being given the suspensive effect. Besides, the understanding is based at the urgent necessity of give the effectivity to the jurisdiction based on the principle of the prohibition of the deficient protection. By the other side, it also verify that the problem is a consequence of the legislative inertia in a way of reduce the group of resources placed at the disposition for both parts, most of the times used in a delayed way, whose price is being supported by the accused of good faith, that has denied the guarantee of the presumption of not culpability and the legal process in a clear violation to the Federal Constitution, that adopted expressly the system of not having resources anymore to the guilt formation. Besides, it can be perceived a predilection of the legislator on calm down the patrimony at the provisional execution of civil judgments, in detriment of the devaluation conferred by the Full Court of Supreme Court to the liberty in similar procedure situations. Lastly, it can be observed the change of interpretation used at Supreme Federal Court, at the time interval understood between the years 2009 and 2016, it just happened because of the change of composition of their members, once the situation experienced at the two opportunities are very similar.

Key Words: Democratic state of law. Criminal procedure. Not culpability. Broad defense. Provisional punishment execution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
2.1 AS REGRAS E A NORMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS	11
2.2 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL	15
2.3 O PROCESSO PENAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	18
2.4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	22
2.5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE COMO GARANTIA INDIVIDUAL	24
3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF	30
3.1 UM APANHADO DOS ÚLTIMOS OITO ANOS	30
3.2 INSEGURANÇA JURÍDICA: uma questão a ser refletida	33
3.3 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A COMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO DA PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE .	35
3.4 EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	38
3.5 TRATAMENTO EMPREGADO À EXECUÇÃO DA SENTENÇA CIVIL	41
4 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de não culpabilidade ou, para alguns, presunção de inocência, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse contexto, vasta tem sido a discussão acerca do seu alcance e da sua relativização no Estado Democrático de Direito, especialmente no que concerne à possibilidade do cerceamento da liberdade individual antes do advento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nos dias atuais, resta pacificado na doutrina e jurisprudência a compatibilidade entre a ordem constitucional e as prisões de natureza cautelar, no curso de investigação policial e ação penal, desde que observados os termos de legislação infraconstitucional vigente, com o objetivo de tornar exitosa a persecução penal.

Questão controvertida, no entanto, diz respeito a conformidade entre o postulado em apreciação e o recolhimento à prisão do acusado condenado na pendência do julgamento de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

Com efeito, o presente trabalho é pautado na necessidade de debater a sintonia da execução provisória da pena com a Constituição Federal de 1988, tomando por base as sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema nos últimos oito anos.

Pretende-se, dessa forma, aferir-se a conformidade do entendimento hoje vigente naquela Corte sobre a execução provisória da pena com a ordem constitucional, avaliando até onde justificativas que partem do próprio Tribunal, tal qual a necessidade de empregar efetividade à função jurisdicional, teriam força suficiente para fundamentar o sopesamento dos princípios da presunção de não culpabilidade e ampla defesa.

Inicialmente, para um perfeito entendimento deste assunto, há de se ressaltar a importância dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito, bem como seu processo de relativização ante a nova hermenêutica instaurada na era do pós-positivismo, segundo a doutrina capitaneada por teóricos como Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Será discutida, ainda, a constitucionalização do Direito Penal e Processual

Penal, notadamente em razão da necessidade de assegurar aplicabilidade aos princípios da presunção de não culpabilidade e do devido processo legal, enquanto garantias individuais fundadas na dignidade da pessoa humana.

Dada a dimensão dos princípios, direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna, há de se avaliar a razoabilidade das últimas decisões da Corte Constitucional sobre a possibilidade da execução provisória da pena, com a prolação de acórdão penal condenatório pelo juízo de segunda instância, abordando, dentre outras questões, o dilema da insegurança jurídica, a legislação infraconstitucional processual penal e sistemática da execução provisória na seara cível.

Para tanto, impõe-se realização de pesquisa doutrinária e legislativa, bem como um estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde 2009 até os dias atuais, identificando as razões determinantes para a desconstrução do entendimento outrora pacificado.

2 A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 AS REGRAS E A NORMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

O fim da segunda guerra mundial constituiu marco inicial para grandes transformações no âmbito do Direito Constitucional, inicialmente evidenciadas na Europa, sendo perfectibilizado no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988.

O constitucionalismo pós-guerra, como comumente chamado, é caracterizado pela era do pós-positivismo, que busca a conciliação entre a letra da lei e uma visão moral e ética do direito, formando, assim, uma teoria da justiça (BARROSO, 2005).

Nessa conjuntura, os princípios – aos quais se conferem poder normativo –, expressam os valores fundamentais do Estado e dão azo a uma nova maneira de interpretar e integrar o ordenamento jurídico, pautada na promoção da teoria dos direitos fundamentais, cujo alicerce é a dignidade da pessoa humana.

Segundo Paulo Bonavides (2014), nessa era o direito natural e o positivismo ortodoxo são deixados para trás, ante a rejeição oriunda de uma reação intelectual

capitaneada, dentre outros teóricos, por Ronald Dworkin, que consagrou a necessidade de abandonar três premissas do positivismo para que os princípios fossem tratados como normas, quais sejam: a) a distinção entre o direito de uma comunidade e os demais padrões sociais; b) a discricionariedade do juiz; c) a inexistência de obrigação legal de solucionar um caso concreto para o qual não há previsão legal.

Mendes e Branco (2012, p. 82-83) trazem, ainda, uma síntese sobre a distinção entre regras e princípios, segundo as doutrinas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. No seu campo de aplicação, as regras, nas lições de Dworkin, se diferenciam qualitativamente dos princípios, uma vez que são empregadas por meio de subsunção. Nesse aspecto, ou guardam correspondência com o caso concreto e são utilizadas, ou não, razão pela qual devem ser afastadas. Acrescenta que, eventual conflito entre normas da espécie regra são solucionados através de critérios clássicos (hierárquico, de especialidade e cronológico). A aplicação das normas-princípios, por sua vez, leva em consideração o peso daquele postulado na situação fática, motivo pelo qual eventual antinomia exige do intérprete o cotejamento valorativo dos princípios na circunstância em apreço.

Ainda segundo o jurista, na doutrina de Robert Alexy, princípios e regras são extremidades de um mesmo conjunto normativo, se diferenciando, entretanto, qualitativamente. Para Alexy (2015, p. 90), os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”, figurando, portanto, como comandos de otimização. Dessa forma, um princípio pode ser aplicado com maior ou menor intensidade, a depender do confronto com as demais normas, sejam da espécie regra ou princípio, levando-se em consideração o caso concreto. A regra, por seu turno, pode ou não pode ser aplicada em dada situação, não havendo como se aferir grau de cumprimento.

As diferenças apontadas ganham especial relevo quando da existência de antinomias entre normas. Quando o conflito for verificado entre normas da espécie regra, a técnica usada é a do afastamento de uma em detrimento de outra no caso concreto. Sendo o embate operado entre normas-princípios, a técnica a ser usada é a da ponderação, estimando-se quais dos princípios em atrito tem maior peso *in casu*.

A constituição deixa, no pós-positivismo – cujas principais características foram acima elencadas –, de ser uma mera carta política e passa a ter *status* de

soberana no ordenamento jurídico, ganhando força coercitiva e transformando a hermenêutica constitucional. Por conseguinte, impõe uma atuação jurisdicional efetiva, apta a preservar sua supremacia, protegendo-a da tirania dos poderes públicos:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais (BARROSO, 2005).

De tal característica decorre, também, a obediência devida pelo legislador infraconstitucional à Constituição, razão pela qual Walter da Silva Nunes Júnior (2005, p. 249-250) aduz que a validade da legislação assim produzida se afere não apenas quanto à sua forma de produção, mas também, usando as palavras de Ferrajoli, “à coerência de seu conteúdo com os princípios constitucionais, de maneira que a norma pode ser tida como formalmente válida, entretanto, substancialmente considerada inválida”.

No Brasil, tal processo se deu de maneira tardia, efetivando-se tão somente depois de vivenciados mais de vinte anos de ditadura militar, mais precisamente em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal.

A exemplo do que vinha acontecendo na Europa, a nossa Carta Magna de 1988 foi trazida para o centro do ordenamento jurídico brasileiro, expressando os valores fundamentais do Estado através de princípios que ganharam força normativa ao lado das regras. Da sua condição de soberana, infere-se o maior de todos os princípios, o da Supremacia Constitucional, em razão do qual toda legislação infraconstitucional, bem como os atos emanados pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, lhe devem obediência, além de seus mandamentos permearem as relações entre os próprios particulares.

Tal princípio é consectário lógico, ainda, do caráter rígido conferido pelo constituinte originário a nossa Lei Maior, que possui dificultoso processo de alteração. Nesse sentido, colaciono as palavras do Professor José Afonso da Silva (2014, p. 47, grifos do autor):

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

O postulado constitui, dessa forma, axioma para interpretação constitucional, não se tolerando nenhuma compreensão que traga ameaça à supremacia da Constituição. Estabelece limites, como mencionamos acima, não só ao legislador infraconstitucional, mas também aos particulares, à Administração Pública e ao Poder Judiciário, a quem se impõe o dever de declarar a inconstitucionalidade das normas, afastar sua aplicação no campo prático, bem como apreciá-las sob a perspectiva da superioridade da Constituição Federal, notadamente daquelas cláusulas eleitas como pétreas pelo constituinte originário.

Nesse ponto de vista, havendo conflitos entre direitos e garantias fundamentais, cuja valoração empregada pelo constituinte originário é a mesma, deve o intérprete conciliá-los sempre que possível, ou afastar a aplicação de um deles em detrimento do outro em casos extremos, o que não retira o valor normativo daquele que não foi consagrado no caso concreto.

No entanto, em que pese não exista hierarquia entre normas constitucionais – sejam elas formais ou materiais –, uma vez identificada uma antinomia entre duas normas dessa natureza, sendo uma delas constante do rol de direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, cláusula pétrea, e a outra não, deve o intérprete privilegiar a aplicação daquela, acaso não seja possível harmonizar as duas, em decorrência da sua proeminência axiológica dentro da Constituição Federal (NUCCI, 2013, p. 82-83).

2.2 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, não sendo raras as vezes que colidem entre si, exigindo do exegeta o sopesamento das regras ou princípios em atrito diante da situação fática em apreço.

Nessa concepção, Robert Alexy (2015) diz que a diferença entre regras e princípios é o alicerce da teoria dos direitos fundamentais e o mecanismo para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Para o jurista, sem tal “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (ALEXY, 2015, p. 85).

A distinção entre regras e princípios consiste na compreensão de que, por mais que não exista hierarquia entre os dois, os princípios funcionam como comandos de otimização, podendo ser aplicados com maior ou menor intensidade, a depender do caso concreto, enquanto as regras são aplicadas por meio de subsunção.

As diferenças são mais bem percebidas quando da existência de colisões entre as normas em suas duas espécies, que conduz o intérprete à relativização dos direitos e garantias fundamentais, o que será discutido com maior enfoque nas linhas que seguem.

Ainda segundo Robert Alexy (2015, p. 92), a solução de eventual conflito entre normas da espécie regras se dá quando da existência de uma cláusula de exceção, que permita que uma delas deixe de ser aplicada no caso concreto, ou quando for reconhecidamente inválida. A contradição, nesse caso, pode ser solucionada a partir dos critérios clássicos de hierarquia, cronologia e especialidade.

No que concerne à colisão de princípios, o autor criou a teoria da precedência condicionada, segundo a qual condições são fixadas para determinar a precedência de um princípio sobre o outro, em razão do qual surge uma consequência jurídica, formando assim uma 'lei da colisão'. Nesse sentido, diante de uma situação fática, se afere qual dos postulados em atrito possui maior peso e tem primazia, valendo salientar que, de forma abstrata, nenhum deles se sobrepõe aos demais (ALEXY, 2015, p. 93-94).

Walter Nunes da Silva Júnior (2005, p. 282) traz em seu texto as lições de Canotilho, que preceitua três tipos de restrições aos direitos e garantias fundamentais, são elas: a) limites constitucionais diretos e imediatos; b) limites estabelecidos por lei, mediante autorização expressa da constituição; c) limites imanentes ou implícitos.

Nesse diapasão, os direitos e garantias fundamentais, ínsitos que são a condição humana, seriam limitados ainda na ausência de previsão constitucional ou de legislação infraconstitucional por ela autorizada, justificados pelo direito da comunidade e da ordem social.

Tais limitações podem ser percebidas no próprio texto constitucional (BRASIL, 1988) que, não obstante elenque direitos e suas respectivas garantias, traz, em algumas situações, as próprias cláusulas de exceção. Como exemplos podem ser citados os direitos à inviolabilidade do domicílio, bem como o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, assim previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos XI e XII da Constituição Federal. No primeiro caso, o próprio constituinte ressalva a possibilidade da violação do domicílio – aqui entendido em seu sentido mais amplo -, durante o dia, com determinação judicial devidamente fundamentada, ou, em qualquer horário e por qualquer do povo, em situação de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. De igual modo, a inviolabilidade das comunicações e dos dados pessoais pode ser afastada mediante ordem judicial, a fim de subsidiar investigação criminal e instrução processual penal, respeitados os limites impostos pela legislação infraconstitucional.

Também o direito de propriedade sofre restrições impostas pelo próprio constituinte. Conforme se observa no art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI. Assim, é assegurado o direito à propriedade, desde que atendida sua função social, sendo ao Estado disponibilizado mecanismos de desapropriação para atender necessidade ou utilidade pública e interesse social. Ainda pode a propriedade privada sofrer limitações em situações de iminente perigo público, possibilitando à autoridade competente o seu uso, mediante pagamento de indenização ulterior, se constatado dano.

Nem mesmo o direito à vida possui caráter absoluto em nosso ordenamento jurídico. Em que pese a redação trazida pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o próprio constituinte, que vedou a instituição de penas de morte em seu

inciso XLVII, alínea “a”, ressaltou ali mesmo a sua possibilidade em caso de guerra declarada.

O direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, por seu turno, também é relativizado em diversos momentos. Exemplo clássico, ainda, é o da busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade competente e a quebra do sigilo de dados e de comunicações telegráficas e telefônicas. Noutro bordo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815 (BRASIL, 2015), decidiu ser desnecessária a existência de autorização prévia para a publicação de biografias por configurar sua exigência um cerceamento às liberdades de pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do direito difuso da cidadania à informação, assim previstos nos incisos IV, IX e XIV do art. 5º da nossa Carta Magna. O julgado é um modelo de reconhecimento de limitação implícita ao gozo de um direito fundamental que, embora sem previsão expressa, cria óbice à fruição de outros, *in casu*, considerados de maior peso quando submetidos à técnica da ponderação.

Embora os direitos e garantias fundamentais não sejam absolutos, comportando restrições diante de circunstâncias constitucionalmente previstas e até mesmo implícitas, cabe ao Estado, na apreciação do caso concreto, pautar seu agir nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, assegurando, em qualquer situação, obediência à dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à proporcionalidade, segundo Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior e Mariana Candido Silva (2007, p. 275-276), sua utilização “exige a ocorrência de uma relação de pertinência axiológica entre um meio e um fim, dado que averigua exatamente a medida dessa relação”. Nesse entendimento, os autores trouxeram a sistematização do princípio em três máximas parciais, quais sejam: a) adequação; b) necessidade e; c) proporcionalidade em sentido estrito. Adequação, aqui, seria a utilização de meios aptos a perseguir o alcance da finalidade da norma. Por sua vez, a necessidade se traduz na utilização do meio menos gravoso para o atingimento do fim almejado. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa o menor sacrifício possível aos direitos tutelados pela Constituição, devendo eventual sacrifício de um direito constitucional ser justificado pelo propósito buscado.

A razoabilidade, por sua vez, implica na necessidade de pautar uma decisão levando-se em consideração as particularidades do caso concreto. Dessa maneira,

de acordo com os juristas, a razoabilidade possui duas vertentes: a) tratar como paradigma situações corriqueiras e; b) analisar o caso de acordo com suas peculiaridades em face à abstração e generalidade da norma.

Reconhecido, pois, o caráter relativo dos direitos e garantias fundamentais, necessário se faz impor balizas a própria atividade de ponderar, tendo-se em mente que a regra é a da preservação do núcleo dos direitos e garantias fundamentais, devendo sua relativização ser extraordinária, fundamentada e condicionada à aplicação de técnicas próprias.

2.3 O PROCESSO PENAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Processo Penal, em sua compreensão técnica, nos dizeres de Paulo Rangel (2005, p. 467), é um “conjunto de atos jurídicos praticados dentro do processo, que chamamos de atos jurídicos processuais, realizados de modo ordenado e sucessivo, visando à satisfação de uma pretensão”.

Ocorre que, com o processo de redemocratização vivenciado em parte do mundo após a Segunda Guerra Mundial, e notadamente no Brasil em 1988, o Direito Processual Penal ganha uma acepção moderna, passando a ser muito mais do que um conjunto de normas que conduzem a pretensão punitiva estatal, “o ramo da ciência jurídica que se ocupa do estudo dos princípios e institutos que dizem respeito ao exercício da atividade jurisdicional”, conforme Walter da Silva Nunes Júnior (2005, p. 248).

No Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal é trazida para o centro do ordenamento jurídico pátrio, e os princípios constitucionais, que traduzem os valores fundamentais que norteiam a atuação do constituinte originário, ganham força normativa, direcionando o legislador infraconstitucional e servindo como parâmetro de interpretação e integração.

No âmbito das liberdades individuais, tal processo ganha especial relevo ante os excessos cometidos contra o indivíduo na vigência de regimes totalitários e a necessidade de estabelecer limites ao poder punitivo do Estado.

Portanto, o Direito Processual Penal, tal qual os demais ramos do direito, ganha uma visão constitucionalizada, passando a ter – a fim de preservar o núcleo dos direitos e garantias fundamentais, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana –, a função precípua de restringir o direito de punir do Estado:

Quando se cuida de estabelecer um sistema processual penal cuja teoria tem raiz na própria teoria dos direitos fundamentais, não se pretende propor a construção de uma ordem impotente para enfrentar a macrocriminalidade ou as ações ilícitas que exigem maior rigidez na resposta do Estado. O que se quer deixar claro é que tratamento *adequado* e *eficaz* de ilícitos que reclamam atuação mais contundente do Estado no combate à criminalidade não se confunde com maltrato aos direitos fundamentais. A premissa é de que, por mais *hediondo* ou *organizado* que seja o crime, na persecução criminal, o Estado tem de pautar o seu agir de acordo com o perfil democrático desenhado na Constituição de 1988, cuja espinha dorsal são os direitos fundamentais (SILVA JÚNIOR, 2005, p. 11, grifos do autor).

Já na doutrina de Cesare Beccaria (1764), filósofo humanitário da segunda metade do século XVIII, pode-se encontrar o princípio da dignidade da pessoa humana como pedra angular sob a qual se fundam os direitos e garantias fundamentais. Em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, Beccaria (1764) fundamentou a origem das penas e do direito de punir no que denominou de “sentimentos indelévels ao coração do homem”, responsáveis pela reunião em vários grupos de indivíduos com interesses comuns, que ao se cruzarem geraram um contínuo estado de guerra.

Segundo o autor, em razão da constante situação de conflito, fragmentos dessa independência foram sacrificados em prol do bem geral, formando, assim, uma soberania da nação, que encarrega, através da lei, um soberano incumbido da custódia das liberdades e da administração. Propôs, como consequência indispensável à proteção das liberdades individuais, a necessária reserva legal para fixação de penas, a Separação dos Poderes, e a limitação do direito de punir, pelo que se pode enxergar uma Teoria do Processo Penal em consonância com os direitos e garantias fundamentais e, em decorrência, com a dignidade da pessoa humana. Vejamos:

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. A segunda consequência é que o soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se; não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis. Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma

que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há. Em terceiro lugar, mesmo que a atrocidade das mesmas não fosse reprovada pela filosofia, mãe das virtudes benéficas e, por essa razão, esclarecida, que prefere governar homens felizes e livres a dominar covardemente um rebanho de tímidos escravos; mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui, o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social (BECCARIA, 1764, p. 19-30).

Com efeito, embora súpero, o Estado não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais firmados na dignidade da pessoa humana, ínsita a condição humana. Logo, funciona como garantidor das liberdades individuais, a quem se impõe balizas ao poder-dever de punir, consubstanciados, respectivamente, em abstenções em face do indivíduo, e na adoção de medidas aptas a assegurar a segurança pública à coletividade, adequadas, em ambas as situações, a afirmar o direito de ir e vir e, conseqüentemente, a fruição de bens materiais (FERNANDES, 2016).

Foi com base na noção de limitação do poder conferido ao imperante durante a primeira fase do Estado Moderno, marcado pelo absolutismo, que a burguesia francesa, impulsionada pelos ideais iluministas, capitaneou a Revolução Francesa, movimento político e social escorado, dentre outros fatores, na necessidade de uma estrutura normativa “como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado”, de acordo com Lenio Luiz Streck (2014, p. 51).

Produto de tal movimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, busca assentar o Estado sob diretrizes que asseguram os direitos e garantias do cidadão, traduzidos no texto constitucional enquanto espelho da soberania da nação (DECLARAÇÃO..., 1789).

Segundo José Afonso da Silva (1998), impelida pela grave violação contra a dignidade da pessoa humana na vigência do Estado Nazista, foi a Lei Fundamental da República da Alemanha a primeira a consagrar o referido princípio como direito fundamental, seguida pelas Constituições Portuguesa e Espanhola.

A dignidade da pessoa humana, pois, reconhecida na Constituição Federal Brasileira de 1988 como fundamento da República, após vivenciados mais de vinte anos de ditadura militar, é atributo inerente ao ser humano, cuja principal característica é a indisponibilidade. Tal condição é difundida no corpo do texto

constitucional, através do rol de direitos e garantias fundamentais, que estabelece condições mínimas de respeito ao homem. Especialmente na seara criminal, ainda quanto ao poder-dever do Estado de aplicar sanções ante a existência de ilícitos penais, imprescindível se faz que sejam assegurados aos investigados, processados e condenados o mínimo necessário para uma vida saudável e para o exercício de seus direitos, sob pena de fragilizar a própria preponderância nacional e, por conseguinte, a estabilidade do Estado Democrático de Direito, a tanto custo alcançada (OLIVEIRA, 2014, p. 27-30).

Nesse contexto, Bruno Lacerda Bezerra Fernandes (2016, p. 32) diz que, ao contrário dos direitos e garantias fundamentais, que comportam relativizações, a dignidade da pessoa humana é atributo absoluto ao ser humano, razão pela qual qualquer criminoso, por mais reprovável que tenha sido sua conduta, não pode ter negado o respeito à sua dignidade.

No que concerne ao caráter absoluto da dignidade da pessoa humana, Robert Alexy (2015, p. 111-112), tomando como exemplo a Constituição Alemã, leciona que o postulado “desperta impressão de caráter absoluto”. Essa impressão decorre, nas lições do jurista, não pelo estabelecimento de um princípio absoluto, mas no fato de ser tratada tal norma em parte como princípio e em parte como regra, além de existir um vasto grupo de condicionantes de precedência que outorgam alto grau de certeza de que, dentro de tais circunstâncias, o princípio da dignidade da pessoa humana irá prevalecer sobre os que com ele colidirem.

De todo modo, uma visão apurada do Processo Penal traz a necessidade de impor limites ao descomedimento de Estado em prejuízo do indivíduo, prática tão evidenciada na vigência dos regimes totalitários. A aplicabilidade da norma quando permissivas restrições aos direitos e garantias fundamentais, deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade, com o fito de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, aos princípios elencados pelo constituinte originário deve ser empregada eficácia, e o direito processual penal não pode ser visto como uma ciência isolada, sob pena de fragilizar, muito mais do que o texto constitucional em sua acepção formal, a noção de Estado Democrático de Direito e a Soberania Popular insculpidos em seu alcance material (NUCCI, 2013, p. 85-86).

2.4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, disciplina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 686), a despeito do texto restritivo, no Brasil, o postulado é amplo, abarcando, além da liberdade e propriedade, a inviolabilidade à vida, a privacidade, o direito de locomoção, a legalidade, os bens corpóreos e incorpóreos. Tal interpretação decorre de cláusula contida no próprio rol de direitos e garantias individuais do texto constitucional, designadamente em seu §2º, que preleciona que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e vem sendo amplamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Nas lições de José Afonso da Silva (2014, p. 434-435), o devido processo legal surge sob influência da Carta Magna Inglesa que, em leitura sistemática com o direito de acesso à justiça, ao contraditório e a plenitude de defesa, completa o elenco das garantias processuais, segundo as quais, a prestação jurisdicional é entregue pelo Estado obedecidas formas instrumentais adequadas, assegurando-se, além das garantias acima elencadas, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

Nesse âmbito, o direito processual penal manifesta-se diante da necessidade de materializar a limitação ao poder-dever de punir do Estado, perante a inexistência de regras impostas ao Poder Público na condução da persecução penal que, dentre outros desdobramentos, retirava do acusado o direito à defesa.

Aqui, o constituinte avança, e aos acusados são assegurados uma série de direitos, dentre os quais o de somente ter sua liberdade coibida e ser considerado culpado após a apreciação do caso concreto pelo Poder Judiciário, respeitados os procedimentos previamente previstos, possibilitado, ainda, o exercício da resistência à pretensão punitiva estatal, que se exterioriza a partir do contraditório e da ampla defesa, em suas mais diversas vertentes.

Na doutrina de José Antonio Paganella Boschi (2006), o devido processo legal, em sua acepção formal, possui desdobramentos expressos no próprio texto constitucional que, embora redundante para alguns - haja vista a desnecessidade de serem conjecturados de forma explícita em seu texto -, possuem a nítida pretensão

de sedimentar o caráter garantista do postulado. Tais derivações se exteriorizam através da adoção do sistema acusatório; do direito à razoável duração do processo; de ser a acusação pautada em fato certo e explícito; da garantia do juízo natural; da proibição de provas ilícitas e ilegítimas; do direito contra a indevida publicidade dos atos do processo; da ampla defesa; do contraditório; da fundamentação das decisões judiciais; do direito aos recursos; da intangibilidade da coisa julgada; e da presunção da não culpabilidade, da qual emanam duas regras, a probatória e a de tratamento, cujas funções se discutirá.

Consoante leciona Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 50-51), com base na doutrina de Antônio Magalhães Gomes Filho, funcionam como consectários lógicos da primeira regra: a) a incumbência do acusador demonstrar a culpabilidade do acusado; b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente; d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos.

O mesmo professor aponta, no que tange à regra de tratamento, que o cerceamento da liberdade constitui medida excepcional, razão pela qual são vedadas as prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem como a execução provisória ou antecipada da sanção penal. Por tal razão, as prisões de natureza cautelar não podem ser usadas como forma de antecipar a execução da pena, sendo sua adoção legitimada pelo Estado tão somente se comprovada a real necessidade da medida (LIMA, 2014, p. 50-51).

No mesmo sentido, José Antonio Paganella Boschi (2006) diz ser inconcebível a utilização de medida cautelar com o fito de “instrumentalizar políticas públicas de prevenção geral, a não ser negando-se o valor fundamental do Estado Democrático de Direito, o valor da dignidade da pessoa humana”. Nesse diapasão, também reputa inadmissível a exigência do recolhimento à prisão do réu como condição de interposição recursal, requisito de admissibilidade contido no art. 594 do Código de Processo Penal até sua revogação, através da Lei nº 11.719/08. Acresce também o jurista, que a previsão antes trazida pelo também revogado art. 595 do Código de Processo Penal, segundo o qual a fuga do réu implicava em deserção dos recursos porventura interpostos, era por demais desarrazoada, uma vez que confundia os requisitos próprios das prisões cautelares com aqueles particulares à

interposição, admissibilidade, conhecimento e julgamento de recursos (BOSCHI, 2006).

A lógica utilizada pelo autor, ainda que baseada em dispositivos já revogados pela legislação infraconstitucional, continua pertinente quando comparada às últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, como se estudará de forma mais aprofundada no capítulo seguinte. O que seria admitir o imediato recolhimento à prisão de acusado condenado em segunda instância - ainda que na pendência de recursos aos Tribunais Superiores e sem que sejam observados os requisitos das prisões cautelares –, senão uma execução antecipada e automática da pena? A possibilidade fere o princípio do devido processo legal em diversos aspectos. Ora, retira do acusado o direito constitucional de não ser considerado culpado até que se esgotem todos os meios recursais que lhe são devidos, o que configura uma afronta nítida aos princípios da ampla defesa e da presunção de não culpabilidade. Sim, o texto do constituinte de 1988 é claro ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Aceitar entendimento em sentido diverso atinge um dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. Negar-lhe efeito, é renegar todas as conquistas alcançadas a custa de muita luta no decorrer da história.

2.5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE COMO GARANTIA INDIVIDUAL

O princípio da presunção de não culpabilidade ou de inocência já se fazia aparecer na doutrina revolucionária de Cesare Beccaria (1764). Em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, escrita em 1764, e já mencionada neste trabalho, o autor dizia 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” (BECCARIA, 1764).

A Declaração dos Direitos do Homem, aprovada em 1789 por Assembleia Nacional constituída por representantes do povo francês, fruto da Revolução Francesa, trouxe em seu art. 9º a presunção de que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (DECLARAÇÃO..., 1789).

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Assembleia da Organização das Nações Unidas assentou, em seu art. 11, § 1º, que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (DECLARAÇÃO..., 1948).

Por sua vez, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, de 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica - cujo Brasil é país signatário –, dispõe em seu art. 8º, §2º, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (DECLARAÇÃO..., 1969).

Leciona Gilmar Ferreira Mendes (2012), que o princípio da não culpabilidade, no Brasil, antecede a Constituição Federal de 1988, tendo sido discutido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1976, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 86.297. Na ocasião, o STF reformou decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, na qual era declarada a inconstitucionalidade de lei federal que prelecionava serem inelegíveis cidadãos que respondessem ação penal. Para o TSE, a norma em comento guardava incompatibilidade com o postulado em apreciação, que teria sido acolhido pela ordem constitucional pátria através de disposição residual contida no art. 153, §36, da Constituição de 1967/69. Segundo o dispositivo, “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Embora não tenha amparado o entendimento, o Supremo Tribunal Federal não negou a aplicação do preceito no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, o Ministro Leitão de Abreu (*apud* MENDES, 2012, p. 590), em seu voto, aduziu que:

O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal.

Difundido ainda em diversos tratados e legislações internacionais, o dogma foi expressamente previsto no ordenamento jurídico Brasileiro na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a ser notado em seu art. 5º, inciso LVII, segundo o

qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Do dispositivo se depreende que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é o marco para que se considere uma pessoa culpada de uma prática delitiva, autorizando, dessa forma, o início do cumprimento da pena. Tal premissa, assim prevista no capítulo concernente aos Direitos e Garantias Individuais, eleita como cláusula pétrea no art. 60, §4º, inciso IV, da nossa Carta Magna, deve ser lida, ainda, em sincronia com aquela da qual advém, prevista no art. 5º, inciso LIV, que traz a previsão de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Do princípio do devido processo legal se extraem, pois, como decorrência lógica, a ampla defesa e o contraditório, sendo mais acertado falar, em uma visão sistemática, que o real alcance da presunção da não culpabilidade ou inocência implica em dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ensejada por uma ação penal na qual se viu respeitada a ampla defesa e o contraditório, enquanto desdobramentos do devido processo legal.

Nesse panorama, cotejando o texto trazido pelo Constituinte de 1988 com os dispositivos legais contidos nos documentos internacionais, surge na doutrina forte discussão acerca da real natureza do princípio. Não raras vezes, encontra-se a não culpabilidade sendo tratada como expressão sinônima à presunção de inocência, o que é visto por muitos autores como um grande equívoco.

Walter Nunes Silva Júnior (2005, p. 501-502) alega que um esboço histórico do postulado em comento leva à conclusão de que ele somente passou a ser tratado como princípio da presunção de inocência a partir da Declaração dos Direitos do Homem, do que resulta países como a França, Espanha e Portugal terem-no adotado. Por sua vez, nos Estados Unidos, na Itália e no Brasil o preceito é o da não culpabilidade. Ainda segundo o autor, a terminologia empregada pelo constituinte brasileiro é de toda importância, tendo em vista que se fosse presumida a inocência do acusado, a certeza quanto a autoria delitiva para deflagrar uma ação penal deveria ser a da certeza material, além do mais, qualquer aplicação de medida de natureza cautelar seria inviabilizada, posto que é pautada tão somente na certeza da materialidade e em indícios de autoria. Nesse patamar, o jurista defende que, verdadeiramente, nenhum país adota o princípio da presunção de inocência.

Em sentido semelhante, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 50) defende que o texto do Constituinte Brasileiro de 1988 é mais amplo, inclusive, do que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), segundo a qual se pode entender que, a mera comprovação legal da culpa, com a prolação de acórdão condenatório em julgamento de recurso, antes mesmo do advento do trânsito em julgado, autorizaria o afastamento da presunção. Ademais, acrescenta o autor que a previsão contida na nossa Carta Magna deve prevalecer sobre aquela contida no Pacto de São José da Costa Rica, cujo país é signatário. Tal constatação é extraída da própria Convenção, que prevê em seu art. 29, “b”, que os direitos ali previstos não podem limitar a aplicação de normas mais amplas que constem do direito interno dos países signatário. Observemos:

Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

[...]

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados (BRASIL, 1988).

Desdobramentos do postulado da não culpabilidade, que corroboram a afirmação de que a expressão mais adequada a ser utilizada é aquela trazida pela Constituição de 1988, nas linhas já defendidas acima, dizem respeito à questão da prova no processo penal, notadamente o princípio do *favor rei* ou *in dubio pro reo*, bem como a disposição de que a liberdade é regra durante a persecução penal. Aqui se observa, mais uma vez, as duas regras que provêm da presunção de não culpabilidade, as regras probatórias e de tratamento.

Destarte, até que se constitua prova em contrário, o acusado é considerado inocente e, na dúvida, a interpretação mais justa deve ser em seu favor, pelo que se busca a verdade material ou real. Acrescente-se, também, que o ônus de provar a culpa recai sobre a acusação, não sendo papel da defesa demonstrar a inocência, assegurando-se, ainda, o direito ao silêncio dos investigados, indiciados e acusados.

Tal repercussão, no entanto, não exige da autoridade policial certeza da autoria delitiva para que seja realizado indiciamento, sendo suficiente tão somente a certeza da materialidade e vestígios de sua autoria, da mesma forma que da acusação apenas se exige certeza da ocorrência do fato e comprovação sumária da culpa para que se deflagre uma ação penal, pelo que se fala em justa causa. De

igual modo, a privação da liberdade não é de todo vedada durante a persecução penal. Conquanto a liberdade seja regra, em casos extraordinários previstos na legislação infraconstitucional, a custódia cautelar é permitida, desde que não seja desvirtuada, transformando-se em verdadeira antecipação da pena. Também, o princípio do *in dubio pro reo* não tem aplicabilidade quando da apreciação de habeas corpus, bem como nas decisões de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação, tendo em vista ser calcada na presunção de não culpabilidade, o que não se pode aferir nesses momentos. Em tais estágios, se verifica uma acusação fundada em elementos mínimos, que para ser afastada de plano necessita que o estado de inocência do imputado seja evidente, caso contrário, persistindo a certeza material do fato e indícios de autoria, a persecução penal deve ser conduzida à fase instrutória e, nos casos dos crimes dolosos contra a vida, ao tribunal do júri, falando-se aqui no princípio do *in dubio pro societate* (SILVA JÚNIOR, 2005, p. 507-510).

Ainda sobre a presunção da não culpabilidade, o professor Luiz Flávio Gomes (2016) apresenta dois sistemas mundiais que a derrubam, permitindo a execução imediata da pena. O primeiro deles é o do trânsito em julgado, ora adotado pela Constituição Federal de 1988. O segundo é o do duplo grau de jurisdição, seguido pela maioria dos países ocidentais. No sistema do trânsito em julgado, como o próprio nome sugere, somente após esgotadas todas as vias recursais – ordinárias ou extraordinárias –, o cumprimento da pena pode ser iniciado. No modelo do duplo grau de jurisdição, a execução da pena já pode ser exigida findo julgamento de segunda instância.

Conforme o autor, inobstante repute ser o segundo sistema mais adequado para o atingimento das necessidades da sociedade, não cabe ao judiciário aplicar interpretação diversa daquela contida no texto maior, sendo imprescindível, até que se opere uma reforma legislativa – no seu entendimento, viabilizada através de Emenda Constitucional –, o respeito a nossa Carta Magna, que fez uma adoção expressa ao sistema do trânsito em julgado.

Com a devida vênia, embora relevante colocação no que refere-se à adoção do sistema do trânsito em julgado para que seja afastado o estado da não culpabilidade do acusado, ousa-se discordar do jurista no tocante a possibilidade de alteração do texto constitucional através de emenda. Nesse ponto, como já mencionado alhures, há de se asseverar que o princípio em apreciação é trazido ao

ordenamento jurídico como cláusula pétrea, no rol dos direitos e garantias individuais, de forma que emenda constitucional tendente a aboli-la violaria a Supremacia da Constituição Federal tanto quanto uma decisão judicial, nos termos reprovados pelo professor. Tal constatação não impede, no entanto, reforma legislativa no âmbito infraconstitucional apta a enxugar a numerosa quantidade de recursos colocados à disposição dos acusados – muitas vezes utilizadas de maneira protelatória –, sem que isso ganhe tal proporção que viole o princípio da ampla defesa.

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

3.1 UM APANHADO DOS ÚLTIMOS OITO ANOS

No decorrer dos últimos oito anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem passado por diversas oscilações quando o assunto é a possibilidade de execução provisória da pena, o que tem causado forte sensação de insegurança jurídica.

Inicialmente, cabe trazer à baila o entendimento que vigorava naquela Corte até o ano de 2009, fruto do julgamento do Habeas Corpus nº 68.726 (BRASIL, 1991), em 28 de junho de 1991, no qual o Tribunal Pleno assentou que a prisão decorrente de condenação penal não transitada em julgado, findo juízo de segunda instância, era perfeitamente compatível com o princípio da não culpabilidade ou presunção da inocência, assim consagrado em nossa Carta Magna, tendo em vista a natureza meramente devolutiva dos recursos especiais e extraordinários.

O reportado entendimento perdurou por dezoito anos, sendo superado quando do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7, no ano de 2009. Na oportunidade, o Egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória era uma afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da ampla defesa, não sendo condizente com a ordem constitucional vigente (BRASIL, 2009).

À época, o STF entendeu que a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença teria natureza cautelar, bem como que a execução da pena após o julgamento do recurso de apelação caracterizava uma restrição à ampla defesa, que deveria ser respeitada em todas as fases processuais. Ponderou, por fim, que tal medida não poderia ser justificada em prol da conveniência do judiciário, sob o argumento de uma efetiva prestação jurisdicional. Vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em

julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (STF, Habeas Corpus nº84.078-7 MG. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, Julgado em: 05/02/2009) (BRASIL, 2009).

Já no ano de 2016, mais uma vez, através do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 (BRASIL, 2016c), o entendimento até então pacificado naquela corte foi revisto, voltando o plenário a admitir a execução provisória da sentença penal condenatória, após o julgamento do recurso de apelação, sem que de tal medida decorresse ofensa a qualquer dos princípios constitucionais invocados pelo paciente, especificamente a presunção da inocência ou não culpabilidade.

Em seu voto, o Ministro Teori Savascki, relator do processo, acompanhado pela maioria dos Ministros daquele Tribunal, aduziu, dentre outras questões, que o princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade devia buscar um necessário equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional, atendendo não apenas aos anseios dos acusados, mas também da sociedade.

Igualmente, salientou que com o exaurimento da discussão das questões fático-probatórias em sede de apelação, a acusação ganha juízo de consistência, sendo, dessa maneira, prescindível fundamentação do decreto da prisão decorrente de acórdão em segunda instância. Ressaltou, ainda, que em nenhum outro país a execução de uma pena fica suspensa aguardando a chancela da Suprema Corte, e que os recursos especiais e extraordinários não podem funcionar como “*mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal*”, em face do curso do prazo prescricional, que tem sua última interrupção com a publicação da sentença ou acórdão recorríveis.

Chamou atenção para o crescente número de Recursos Extraordinários protelatórios, que ignoram a necessidade da demonstração de repercussão geral como requisito de sua admissibilidade. Enfim, afirmou que a possibilidade do julgador determinar a execução provisória da condenação findo juízo de segundo grau não caracteriza medida arbitrária, existindo no nosso ordenamento jurídico diversas ferramentas aptas a inibir os efeitos danosos aos condenados, decorrentes de decisões teratológicas.

Entendimento outro não foi o esboçado nas decisões proferidas pelo Plenário em 05 de outubro de 2016, quando da apreciação das liminares pleiteadas nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº (s) 43 (BRASIL, 2016b) e 44 (BRASIL, 2016a), assim ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Nas ações, que possuem como pedido principal a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com intuito de que o início do cumprimento da pena seja

condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, os autores pleitearam concessão de medida cautelar para suspender a execução provisória de todos os acórdãos condenatórios prolatados em segundo grau no Brasil.

Ocorre que, não obstante as reiteradas decisões do Tribunal Pleno no decorrer do último ano, a questão não é nada pacífica entre os seus próprios membros, a sociedade civil e acadêmica. Em 27 de julho de 2016, na análise do pedido de liminar no *Habeas Corpus* nº 135.752 (BRASIL, 2016d), o Ministro Ricardo Lewandowski, de forma monocrática, deferiu o pleito do paciente que buscava a suspensão da execução provisória da pena decorrente de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, seguindo, assim, a posição adotada em seu voto quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 (BRASIL, 2016c). De igual maneira se posicionaram os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio na apreciação de medidas liminares nos *Habeas Corpus* nº (s) 135.100 (BRASIL, 2016h), 138.086 (BRASIL, 2016e), 138.088 (BRASIL, 2016f) e 138.092 (BRASIL, 2016g).

3.2 INSEGURANÇA JURÍDICA: **uma questão a ser refletida**

Tais oscilações jurisprudenciais dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, notadamente se avaliarmos o curto espaço de tempo decorrido entre os julgamentos dos *Habeas Corpus* nº (s) 84.078-7 e 126.292, nos conduzem a uma reflexão acerca dos fatores determinantes para a desconstrução do entendimento outrora pacificado. Muito embora o dinamismo da sociedade clame por uma visão que atenda às suas necessidades, em constante processo de transformação, outra atribuição não pode ser dada às decisões estampadas no último ano, senão aquela decorrente da alteração dos membros daquela Corte, uma vez que as circunstâncias fáticas em que nos encontramos são muito semelhantes àquelas vivenciadas no ano de 2009.

Tal constatação é corroborada por uma simples análise dos componentes do Supremo Tribunal Federal nas duas ocasiões, o que nos mostra que dos sete Ministros que votaram contra a concessão da ordem no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, cinco não faziam parte da Corte quando da apreciação do *Habeas Corpus* nº 84.078-7, dos dois restantes, o Ministro Gilmar Mendes alterou o seu posicionamento, e a Ministra Carmem Lúcia o manteve pelos mesmos fundamentos.

O caso evidencia, sobremaneira, um ponto muito sensível que vem sendo desprezado pelo Poder Judiciário, a questão da segurança jurídica, cujo preço tem sido suportado pela sociedade. Nesse seguimento, trago as palavras da Ministra Rosa Weber ao proferir seu voto durante o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292:

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem. Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal. Por isso é que, embora louvando, como já disse, e até compartilhando dessas preocupações todas – é emblemático o caso que o eminente Ministro Luís Roberto refere, sob a minha relatoria, revelador do uso abusivo e indevido de recursos, e estamos todos os dias enfrentando essa realidade -, eu, talvez por falta de reflexão maior, não me sinto hoje à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta (STF, Habeas Corpus nº 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, Voto da Ministra Rosa Weber, Julgado em: 17/02/2016) (BRASIL, 2016c).

No campo da segurança jurídica, é importante fazer uma analogia ao que veio preceituado no Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), compreendido em seus arts. 926 e 927, consoante os quais os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Dentre outras hipóteses, o novo CPC prevê que os juízes e tribunais devem observância aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Da nova imposição trazida pelo legislador, se infere que mesmo as decisões não proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e os entendimentos não sumulados ganham efeito vinculante, cabendo aos magistrados e tribunais a eles se aterem. Tal dispositivo já levanta séria discussão doutrinária acerca da sua (in) constitucionalidade, o que não se objetiva aqui discutir de maneira aprofundada.

O art. 927 do novo CPC, em seu parágrafo 4º, traz também a previsão de que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos recorrentes observará a necessidade de

fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Apesar de que a modificação se opere no âmbito do processo civil, reputa-se que trata de matéria que afeta a todos os campos do direito, e como tal vem sendo desprezada pelo guardião oficial da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal. Como já discutido em linhas anteriores, a execução provisória da sentença penal condenatória vem sendo tratada de forma diversa dentro do próprio STF, onde, nada obstante o *decisum* proferido pelo plenário, seus membros vem emitindo juízos conflitantes. Ora, se dentro da própria Corte há divergência, o que dizer das decisões que vem sendo proferidas Tribunais afora? Ademais, repita-se, ainda, que o *overruling* é fruto unicamente da alteração da composição dos membros daquela Corte. O saldo negativo não é sofrido senão pelo jurisdicionado, que se ver imerso por uma forte sensação de insegurança jurídica.

Nesse sentido, o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) traz o art. 926 como a maior aposta do Novo Código de Processo Civil, com a tentativa de criação de um âmbito decisório mais homogêneo. No entanto, ressalta que inexistência de isonomia horizontal (dentro do próprio tribunal) configura um óbice à exigência de respeito no âmbito vertical, uma vez que os órgãos hierarquicamente inferiores não sabem sequer qual entendimento seguir no caso concreto. Para o autor, “a jurisprudência variar ao sabor das convicções pessoais dos julgadores, com o próprio tribunal desrespeitando sua jurisprudência, é um desserviço, já que o próprio tribunal não respeita sua jurisprudência” (NEVES, 2016, p. 1300), causando o que denomina de “loteria judiciária”.

3.3 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A COMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO DA PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

A tese capitaneada pela Suprema Corte desde o ano de 2009 impulsionou o legislador infraconstitucional, que operou diversas alterações no nosso ordenamento jurídico, proporcionando ao Código de Processo Penal leitura conforme aquela delineada pelo constituinte originário, o que evidencia o fato de estarmos sendo conduzidos a um verdadeiro retrocesso com a relativização excessiva do princípio da presunção da não culpabilidade.

Em primeiro lugar, cumpre asseverar que com a revogação do art. 594 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.719/08, restou vedado ao julgador o condicionamento do recolhimento à prisão, ou prestação de fiança, para que o réu condenado em primeira instância pudesse apelar. Em raciocínio similar, o art. 283, *caput*, do mesmo Código, teve nova redação conferida pela Lei nº 12.403/11, segundo a qual (BRASIL, 1941, grifos nossos):

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.

O mesmo diploma legal revogou, ainda, o art. 393 do CPP, que trazia como efeito condenatório da sentença recorrível a condução do réu à prisão ou sua conservação nela se custodiado já estivesse, nas infrações inafiançáveis, bem como nas afiançáveis enquanto não prestasse fiança. Derrogou, também, o art. 595 do CPP, que prelecionava que a apelação de réu foragido após sua interposição deveria ser declarada deserta (BRASIL, 1941).

Por seu turno, o art. 387, §1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), determina que deve o magistrado, ao proferir a sentença, decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que porventura venha a ser interposta.

Da leitura dos dispositivos legais supracitados, depreende-se que buscou o legislador conferir o máximo de efetividade ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, exigindo do intérprete da norma que qualquer restrição à liberdade individual, quando não decorrente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja permeada pelos requisitos da prisão preventiva ou temporária, em ordem escrita devidamente fundamentada.

Posição outra não poderia ter adotado o legislador, que atribuiu ao ordenamento jurídico vigente leitura conforme a nossa Carta Magna, que traz em seu art. 5º, inciso LVII, a garantia fundamental, assim eleita como Cláusula Pétrea pelo art. 60, §4º, inciso IV, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim sendo, aferindo tal mandamento constitucional com a legislação infraconstitucional brasileira, não podemos extrair conclusão diversa, senão a de que a admissão da prisão como consectário lógico da prolação de acórdão recorrível caracteriza, em verdade, uma antecipação da culpa do acusado antes do advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por esse prisma, a execução provisória da pena, se admitida, configura uma afronta não apenas ao postulado da não culpabilidade, como também à ampla defesa, uma vez que presume culpado o acusado sem que a ele tenha sido possibilitado o esgotamento de todos os meios de defesa. Tal permissibilidade fragiliza por demais a Supremacia Constitucional, que teve sua rigidez negada pelo seu próprio guardião.

Com isso não se quer afastar, no entanto, a possibilidade de decretação de prisão de natureza cautelar. A liberdade é regra, e como tal deve ser tratada. O que aqui se defende é que todo decreto prisional, quando não decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, deve obedecer aos ditames das custódias provisórias, seja ele de natureza preventiva ou temporária.

A fundamentação aqui exigida não possui condão retributivo, e deve ser permeada pela necessidade de assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, em sendo de caráter preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, atendendo-se aos requisitos mínimos previstos no art. 313 do mesmo Códex, ou nas disposições constantes na Lei nº 7.960/89 (BRASIL, 1989), quando tratar-se de prisão temporária. Admitir a prolação de acórdão condenatório em segunda instância como fundamento suficiente ao recolhimento do acusado à prisão, ainda na pendência do trânsito em julgado, é uma nítida ofensa à supremacia constitucional, à presunção de não culpabilidade, ao devido processo legal e à dignidade da pessoa humana. Nesse ponto de vista:

A contradição material consistente em impor uma pena antes de que se condene o processado somente pode prosperar formalmente mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se lograrmos estabelecer o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição de liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que exclui qualquer identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva. Mas afirma a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito

fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada (SANGUINÉ *apud* MENDES; BRANCO, 2012, p. 82-83).

3.4 EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A execução provisória da pena, findo juízo de segunda instância, tem sido comumente utilizada pelos que a defendem como solução à concretização do princípio da efetividade da função jurisdicional. Os argumentos aqui utilizados são diversos, sendo o principal deles a possibilidade de prescrição do direito de punir do Estado no curso do trâmite de recursos especiais e extraordinários, que esbarram na morosidade da prestação jurisdicional, levando anos, na maioria dos casos, para serem apreciados.

Rogério Sanches Cunha (2016), defensor da tese aprovada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, bem como nas decisões das medidas cautelares nas Ações Diretas de Constitucionalidade nº (s) 43 e 44, argui que uma das extremidades do garantismo penal e processual penal consiste na proibição da proteção deficiente do Estado, razão pela qual o encerramento da matéria fático-probatória com a prolação de acórdão condenatório autoriza a imediata execução do julgado, sob pena de ferir o sistema adotado pelo país.

Para Fernando Capez, a execução provisória da pena é plenamente compatível com o princípio da presunção da não culpabilidade. O primeiro argumento elencado pelo jurista diz respeito à ausência de efeito suspensivo nos recursos especiais e extraordinários. Além do mais, segundo o autor, outra circunstância que apoia o entendimento é o encerramento da discussão fático-probatória com a prolação do acórdão em segunda instância, até onde se pode falar em duplo grau de jurisdição. Nesse paradigma, acrescenta que os recursos especiais e extraordinários se limitam apenas a observar a respeitabilidade às leis federais e à constituição, respectivamente, sendo necessário, desde a edição da Emenda Constitucional nº 45, que fique demonstrada a repercussão geral de ambos os recursos, o que o faz transcender o interesse individual do recorrente. Por fim, defende a possibilidade ante a inexistência de princípios absolutos, a necessidade de se conciliar a presunção da não culpabilidade com o princípio da proibição da

proteção deficiente, e a constatação de que a utilização dos recursos especiais e extraordinários serve como meios protelatórios aos condenados mais abastados (PRESUNÇÃO..., 2016).

Em sentido análogo, leciona Walter Nunes da Silva Júnior (2005, p. 774):

De qualquer maneira, se não há necessidade do trânsito em julgado em si da sentença condenatória para que haja início da execução da pena imposta pela autoridade judiciária, pela sistemática adotada em nosso regime, não parece razoável admitir-se que ela tal se dê já em relação à decisão de primeira instância. O mais adequado é entender-se que o princípio da presunção de não culpabilidade se apresenta como barreira à execução provisória da sentença condenatória apenas, e tão somente, enquanto não for exaurida a jurisdição de parte, o que, de acordo com nossa organização judiciária e recursal, ocorre quando julgada a lide e instaurada em segunda instância por meio do ajuizamento do recurso de apelação. Somente após encerrada a discussão da matéria perante a jurisdição de partes é que pode ter lugar a execução provisória do julgado. Até porque, como aqui já foi realçado, o princípio da ampla defesa somente alcança o direito de esgotar o pronunciamento dos órgãos jurisdicionais que, de acordo com a sistemática organizacional do Poder Judiciário, integram o que se convencionou chamar de jurisdição das partes.

Com acendrado respeito, as razões acima elencadas não merecem acolhimento. Fato incontroverso diz respeito à lentidão do Poder Judiciário Brasileiro, o que faz nossa sociedade ser assolada por forte sensação de impunidade e descrença nas Instituições. Ocorre que, sem embargo o fato seja um problema e deva ser enfrentado como tal, ele deve ser combatido a partir da sua raiz.

Se por um lado a demora no julgamento dos recursos especiais e extraordinários, por vezes, enseja a prescrição da pretensão punitiva do Estado, de outra banda, não raras vezes, faz com que muitos acusados cumpram a pena integralmente antes mesmo do advento do trânsito em julgado.

Tais fatos nos conduzem a uma reflexão em relação a origem do problema, assim enveredado por uma questão de cunho processual, que pode e deve ser enfrentada pelo legislador infraconstitucional. A solução mais acertada, *in casu*, seria uma reforma legislativa que reduzisse a excessiva quantidade de recursos previstos no ordenamento jurídico pátrio, com a finalidade de possibilitar a antecipação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, conseqüentemente, o quanto antes viabilizar o início do cumprimento da pena pelo acusado, sem que para isso seja necessário violar quaisquer de suas garantias fundamentais (EXECUÇÃO..., 2016).

O resultado da medida acolheria não só as necessidades do Poder Judiciário, que com a significativa redução da demanda recursal poderia empregar mais celeridade à prestação jurisdicional, atendendo aos anseios da sociedade, como também ao acusado de boa-fé que possivelmente estivesse sendo lesado.

Por outra ótica, qualquer argumento que leve em consideração estatística é por demais frágil para sopesar uma garantia fundamental de tamanha dimensão quanto a não culpabilidade. Acredita-se que, se de cem acusados condenados, noventa e nove interpuserem recursos infundados, ainda assim, o único que não o fizer merece ser tratado como presumidamente inocente, o que importa em não lhe antecipar a culpa com a execução provisória do julgado.

A procrastinação é uma realidade inegável no âmbito recursal, merecedora de atenção urgente, principalmente por parte do legislador infraconstitucional, nos termos acima já defendidos. O que não se pode admitir, contudo, é que a solução do problema seja alcançada à custa da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da presunção da não culpabilidade e da ampla defesa.

De igual forma, fatores econômicos não podem ser levados a efeito para justificar o raciocínio hoje perseguido pela maioria dos membros da Suprema Corte. Ao contrário, a constatação deve ser vista como um obstáculo à efetividade da função jurisdicional tão invocada, que vista por outro enfoque, configura uma afronta à isonomia material, cabendo ao Estado a preocupação em equipar as Defensorias Públicas para que o acesso ao judiciário seja amplo, e aos acusados de baixo poder aquisitivo seja possibilitada a utilização de todos os meios de defesa pertinentes.

Além disto, em que pese os recursos especiais e extraordinários não se prestem a discutir questões fático-probatórias, é certo que podem redirecionar uma condenação com base em impugnações unicamente de direito, transformando-a em absolvição. Dessa maneira, desarrazoado admitir como efeito do acórdão condenatório proferido em segundo grau a execução provisória da pena. Como já defendido em linhas anteriores, a liberdade é regra antes do trânsito em julgado, devendo ser relativizada apenas de forma fundamentada, quando presentes os requisitos da custódia cautelar.

3.5 TRATAMENTO EMPREGADO À EXECUÇÃO DA SENTENÇA CIVIL

Muito se discute atualmente na doutrina brasileira a supervalorização que o legislador infraconstitucional emprega ao patrimônio em detrimento da liberdade individual. Tal objeção, inclusive, foi muito debatida no plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292. Na oportunidade, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski fizeram alusão ao que preceitua o novo Código de Processo Civil, conforme o qual, embora na pendência de julgamento de recursos cujos efeitos são meramente devolutivos, o cumprimento antecipado da sentença cível somente é possível mediante depósito de caução idônea, apta a assegurar o executado em possível reversibilidade do julgado, reconduzindo-o ao seu *status quo* (BRASIL, 2015).

O cerne da questão consiste na preocupação do legislador infraconstitucional em garantir o retorno ao estado inicial das coisas no campo obrigacional, enquanto o legítimo intérprete da Constituição Federal despreza a impossibilidade de se restituir a liberdade de pessoa privada em decorrência de decisão judicial reformada. Indaga-se o porquê da liberdade, bem irrenunciável, inalienável e tão impalpável que é merecer proteção tão diminuta frente ao patrimônio. Nesse molde, destacamos trechos do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292:

Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa [...] Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. (STF, Habeas Corpus nº 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, Voto do Ministro Marco Aurélio, Julgado em: 17/02/2006) (BRASIL, 2016c)

O Ministro Ricardo Lewandowski acrescentou que os próprios crimes patrimoniais, tais quais o roubo e o furto, são punidos com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa ou contra a honra, demonstrando assim a predileção do legislador pela proteção ao patrimônio em detrimento dos bens imateriais. Vejamos:

Eu estava aqui folheando alguns dispositivos penais, alguns tipos penais, e nós verificamos que ofensa à propriedade, o crime de furto, o crime de roubo são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa. O crime de furto e o crime de roubo são muitíssimo mais apenados ou apenados com penas bem maiores do que o crime de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. São penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade. Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá no que diz respeito à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta - e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com um certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Fux, um dos principais elaboradores do novo Código do Processo Civil -, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que: "Art. 520. [...] IV. o levantamento de depósito em dinheiro" - vil metal - "e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos". E vem aquilo ao qual o Ministro Marco Aurélio aludiu, diz o art. 520, II: "Art. 520. [...] II. fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução" - claro, a transferência do bem, a propriedade - "restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos". Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores. (STF, Habeas Corpus nº 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em: 17/02/2006) (BRASIL, 2016c).

Destaca-se, também, que a exigência de caução no âmbito da execução cível não se reveste de natureza cautelar, bem como não comporta em atuação discricionária por parte do julgador, sendo uma imposição legal e incondicionada que não faz qualquer distinção entre as partes.

Não resta qualquer dúvida a respeito da função exercida pela caução no processo executivo, servindo como garantia ao efetivo ressarcimento de danos gerados por execução indevida, enquanto a decisão exequenda ainda não era definitiva. Isso não se discute, sendo característica de qualquer espécie de caução. A opção doutrinária que afasta a caução da natureza cautelar leva corretamente em consideração outros aspectos do instituto processual, mais precisamente a desnecessidade de, no caso

concreto, ser provada a existência dos requisitos fundamentais da tutela cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Dessa maneira, a caução é decorrência natural da expressa previsão legal, não cabendo ao juiz qualquer grau de discricionariedade ao analisar o seu cabimento. Ainda que o executado nitidamente não tenha qualquer razão em se opor ao exequente, tampouco sofra risco de grave dano, irreparável ou de difícil reparação, a caução será devida, em especial no tocante ao levantamento de dinheiro e à alienação de bem penhorado (NEVES, 2016, p. 1085)

Nesse aspecto, questiona-se por que é tão difícil admitir, minimamente que seja, a necessidade de permear o cerceamento da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória da fundamentação da custódia cautelar, quando na seara cível a prestação de garantia da execução provisória da sentença é medida impositiva, incondicionada, desprovida de qualquer grau discricionariedade do julgador?

O legislador, nitidamente, se cerca de cuidados com o fito de proteger o patrimônio dos possíveis danos decorrentes da reversibilidade de um julgado, independentemente dos efeitos conferidos aos recursos por acaso interpostos, enquanto o Poder Judiciário ignora que a liberdade é um bem que, uma vez limitado, não pode ser restabelecido, usando para tanto o argumento de que, findo juízo de segunda instância, a interposição de recursos aos Tribunais Superiores geram apenas efeitos devolutivos. Não seria um contrassenso, para não dizer um retrocesso? Tal constatação ganha maior proporção quando verificamos que, mesmo em matéria de processo penal – notadamente com as reformas empreendidas pelas Leis nº (s) 11.719/08 e 12.403/11, como exaustivamente discutido em linhas anteriores –, legislador e julgador caminham em direções opostas.

4 CONCLUSÃO

Concluída a pesquisa, foi possível verificar que com o processo de redemocratização operado na Europa após a Segunda Guerra Mundial, e nomeadamente no Brasil após vivenciados mais de vinte anos de ditadura militar, instaurou-se a era do pós-positivismo, no seio da qual os princípios constitucionais, que traduzem os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, foram elevados à condição de normas, irradiando-se pelos demais ramos do direito. Particularmente no âmbito das liberdades individuais, tal transição ganha especial relevo diante os excessos cometidos contra o indivíduo na vigência dos regimes totalitários.

Nessa perspectiva, foi possível constatar que a presunção de não culpabilidade ou de inocência, internacionalmente reconhecida através de documentos históricos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, foi expressamente eleita pela Constituição Federal de 1988 como garantia individual, em seu art. 5º, inciso LVII, com a adoção do termo do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que haja formação da culpa.

Para um perfeito entendimento do postulado, necessário se fez, ainda, uma leitura sistemática do dispositivo em comento com aquele trazido pelo inciso LV do mesmo artigo, alusivo ao princípio do devido processo legal, a partir do qual se inferiu que um real alcance da não culpabilidade pressupõe respeito incondicional ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

De igual modo, a legislação infraconstitucional processual penal, nas reformas operadas pelas Leis nº (s) 11.719/08 e 12.403/11, se inclinou no sentido de assegurar a aplicabilidade do postulado, com a revogação do art. 594 do Código de Processo Penal, que exigia o recolhimento à prisão ou o pagamento de fiança íntegra para que o réu condenado em primeira instância pudesse apelar, além de conferir nova redação ao art. 283, segundo o qual 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. Foram derogados, também, os arts. 393 e 595 do referido diploma legal, que prelecionavam, na devida ordem, ser efeito da sentença penal condenatória o

imediatamente recolhimento do réu à prisão ou sua conservação nela se custodiado estivesse, nas infrações inafiançáveis, bem como nas afiançáveis enquanto não prestasse fiança, e ser considerada deserta a apelação interposta por réu foragido.

Foi apurado como tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal sobre o tema nos últimos oito anos, constando-se que até o ano de 2009 aquela Corte admitia a custódia em decorrência da prolação de acórdão condenatório em segunda instância, ainda na pendência do julgamento de recursos especiais e extraordinários. Esse entendimento foi superado através do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7, no qual o Tribunal Pleno, por sete votos a quatro, sedimentou que sua admissibilidade configurava uma verdadeira afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não culpabilidade e devido processo legal. Já no ano de 2016, com a apreciação do Habeas Corpus nº (s) 126.292, operou-se um *overruling*, e o STF passou a admitir o cumprimento antecipado da pena. Na oportunidade, dentre os argumentos utilizados por aqueles que a defendem, figurou a ausência de efeito suspensivo nos recursos especiais e extraordinários, a necessidade de empregar efetividade à prestação jurisdicional, o encerramento da discussão das questões fático-probatórias em sede de apelação e a crescente utilização de tais recursos de maneira procrastinadora, o que muitas vezes ensejava a prescrição da pretensão punitiva do Estado em seu curso.

Nesse contexto, fazendo uma análise pormenorizada do raciocínio acima esboçado e cotejando-o com a ordem constitucional vigente, foi possível extrair as conclusões que seguem.

Em primeiro lugar, em que pese a ausência de concessão de efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários, a prisão que antecede o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser permeada pela fundamentação das custódias cautelares, sob pena de transgredir a expressa opção do constituinte originário pelo sistema do trânsito em julgado para a formação da culpa. A lógica aqui defendida é corolário dos incisos LVII, LXI e LXVI do art. 5º da Constituição Federal, que dispõem, respectivamente, sobre a presunção da não culpabilidade, a necessidade de fundamentação de prisão não decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado e a garantia da liberdade provisória quando a lei admitir.

Nesse diapasão, ressalta-se que os requisitos da custódia cautelar estão previstos nos arts. 312 e 313 do Código Processo Penal, quando de natureza preventiva, e na Lei nº 7.960/89, quando de caráter temporária.

No que concerne à necessidade de empregar efetividade à função jurisdicional, vislumbrou-se que o entendimento visa atender a conveniência do Poder Judiciário, diante da inércia do Poder Legislativo em promover uma reforma apta a reduzir a significativa quantidade de recursos colocados à disposição do jurisdicionado, muitas vezes utilizados de forma protelatória. Não obstante o reconhecimento de tal circunstância, desarrazoado admitir que a solução do infortúnio seja alcançada em prejuízo do acusado de boa-fé, e em uma nítida afronta à Supremacia Constitucional.

Em contrapartida, se constatado que a demasiada interposição de recursos enseja muitas vezes a prescrição da pretensão punitiva do Estado, diante da impossibilidade de se empregar celeridade aos julgamentos, também é certo que não é incomum os acusados cumprirem integralmente sua pena mesmo antes do advento do trânsito em julgado, havendo possibilidade, inclusive, de ter sua condenação revertida em absolvição. Ademais, é importante frisar que o instituto da prescrição é imposto ao Estado como forma de não eternizar uma acusação diante da sua estagnação. Sendo assim, a morosidade do Poder Judiciário não pode ser institucionalizada, justificando o encarceramento do réu condenado em segunda instância, na pendência de apreciação de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

Imperioso destacar também que, apesar da discussão das questões fático-probatórias se encerrarem em segunda instância, muito frequentemente matérias unicamente de direito, assim discutidas em sede de recursos especiais e extraordinários, com repercussão geral demonstrada, são capazes de reformar decisões prolatadas nos juízos inferiores, transformando uma condenação em uma absolvição.

Foi possível perceber que a desconstrução do argumento outrora pacificado pelo Supremo Tribunal Federal se deu tão somente em razão da alteração na composição dos membros daquela Corte, uma vez que a realidade apresentada à época do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7 em muito se assemelha ao que se vivencia nos dias atuais.

Ressaltou-se, ainda, fazendo um cotejamento com a execução provisória da sentença cível, uma crescente preocupação em assegurar a fruição do patrimônio pelo legislador, enquanto o grande guardião da Constituição tem relativizado de maneira excessiva a liberdade, deixando de observar a irreversibilidade da liberdade restringida. Desse modo, necessário se faz ressaltar a previsão contida no art. 520 do Novo Código de Processo Civil, de acordo com o qual o cumprimento provisório de julgado depende de prestação de caução idônea.

Por fim, a oscilação de entendimentos tem gerado uma forte sensação de insegurança jurídica na sociedade, haja vista não haver consenso entre os próprios membros do Supremo Tribunal Federal, que constantemente estão emitindo juízos em sentido conflitantes.

Isto posto, o sopesamento do princípio da presunção de não culpabilidade para admitir o cumprimento antecipado de sentença penal condenatória, mostra-se desprovido de razoabilidade, uma vez que encontra na possibilidade um caminho mais curto e viável aos anseios do Poder Judiciário e da sociedade, desprezando, no entanto, dispositivos constitucionais relativos às garantias individuais, e eleitos como cláusulas pétreas.

O posicionamento hoje adotado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal configura uma grave violação aos direitos e garantias fundamentais e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, principal fundamento do Estado Democrático de Direito, a tanto custo alcançado. Afronta, pois, a Supremacia Constitucional e a Soberania Popular, da qual todo poder emana, pondo em risco a estabilidade constitucional ainda vivenciada.

REFERÊNCIA

ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BECCARIA, Cesarie. **Dos delitos e das penas** [Edição Eletrônica]. 1764. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 9 maio 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do Acusado e a Praxis Pretoriana. **Revista da Ajuris**, ano 32, v. 33, n. 101, mar. 2006. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/180ff/1815e/18545?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**: Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**: Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Constitucionalidade nº 44**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 05 out. 2016a. Processo Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Nacional Ecológico. Brasília, 05 out. 2016b. Processo Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 126.292**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Brasília, 17 fev. 2016c. Acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 84.078-7**. Relator: Ministro Eros Grau. Paciente: Omar Coelho Vitor. Brasília, 05 fev. 2009. Ementa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 135.752**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: José Vieira da Silva. Brasília, 27 jul. 2016d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc135752.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 138.086**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Rodrigo Silveirinha Correa. Brasília, 05 dez. 2016e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5080145>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 138.088**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Hélio Lucena Ramos da Silva. Brasília, 05 dez. 2016f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5080177>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 138.092**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Axel Ripoll Hamer. Brasília, 05 dez. 2016g. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5080483>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 135.100**. Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente: Leonardo Coutinho Rodrigues Cipriano. Brasília, 01 jul. 2016h. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135100.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815**. Voto da Relatora. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Brasília, 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 68.726**. Relator: Ministro Neri Silveira. Paciente: Marcos Antônio da Fonseca Loureiro. Brasília, 28 jun. 1991. Acompanhamento Processual. Processo Físico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1521108>>. Acesso em: 25 maio 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS DE 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 09 maio 2017.

EXECUÇÃO Provisória da Pena (STF, HC 126.292). Realização de Renato Brasileiro de Lima. Natal: Renato Brasileiro de Lima, 2016. P&B. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eQkz5fB9rr4>>. Acesso em: 29 maio 2017.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos fundamentais como limites ao dever-poder de punir do estado**: um novo paradigma na execução penal. 2016. 131 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Direito. Natal, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena**: STF viola corte interamericana. Emenda Constitucional Resolveria Tudo. 2016. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 10 maio 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

PRESUNÇÃO de Inocência e Prisão Antes do Trânsito em Julgado. Realização de Fernando Capez. São Paulo: Fernando Capez, 2016. P&B. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ovRrY6avN2k>>. Acesso em: 28 maio 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos; SILVA, Mariana Candido. Regras, princípios, valores e postulados para bem aplicar o direito. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 6, n. 1, p. 257-282, jan./jun. 2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Teoria constitucional do direito processual penal**: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro, Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun.1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>>. Acesso em: 20 junho 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STF - ADCS 43 E 44: execução penal provisória. Realização de Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Rogério Sanches Cunha, 2016. P&B. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dfO4VExr5e8>>. Acesso em: 28 maio 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.