



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS

UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

GABRIEL DIAS DANTAS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA

SOUSA

2018

GABRIEL DIAS DANTAS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura.

SOUSA

2018

GABRIEL DIAS DANTAS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Aprovada em: _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Profº. Dr. Francivaldo Moura Gomes – UFCG

Profª. Ms. Monnizia Pereira Nóbrega

Profº. Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira

AGRADECIMENTOS

Diante de linhas e linhas de aprofundamento teórico, a oportunidade de agradecer àqueles que contribuíram de alguma maneira na caminhada intra e extra-acadêmica é sobremaneira especial, a vocês dedico este trabalho.

Aos meus pais, Suderlândio Dantas e Elma Dias de Brito. Ele, por ter me apresentado o universo jurídico desde muito cedo, e por ser um pai invariavelmente presente nos momentos mais importantes. Ela, por ser fortaleza, exemplo fidedigno de mãe/mulher guerreira, que não mede esforços para auxiliar um filho na busca de seus sonhos. Junto deles, agradeço à minha irmã, Hortência Dias Dantas, pela unidade de desígnios e luta.

Aos meus avós, que, com toda a leveza da experiência, me demonstraram a virtude da paciência. Em particular, ao meu avô Manuel Dias (*in memoriam*), visionário que plantou a semente do conhecimento no roçado de sua família, ao revés de quaisquer condições desfavoráveis; à Maria do Carmo, minha querida avó, com quem me esqueço do relógio, quando em sua companhia agradável; e à Elizabete Maria Dantas, minha amada avó paterna, que adverte-me incansavelmente acerca dos caminhos do bem.

Aos meus tios, especialmente, Alda Maria Dias Lacerda e Hellosman de Brito Dias. A primeira, por ser extensão da palavra mãe para todos os que lhe cercam, dominadora da arte de colocar-se no lugar do outro e ajudar, ainda que sob duras penas, os que lhe são estimados. O segundo, por ser fiel companheiro de aventuras, risadas e batalhas - sempre de bom humor e disposto a colaborar com o dom da boa escuta e do aconselhamento. Através de vocês, agradeço também aos primos: Tenório Silva Lacerda Segundo, Tellyani Dias Lacerda, Thais Dias Lacerda, Hellosman Dias Júnior e Priscylla Batista Dias. Sem vocês a vida não teria a mesma cor e sutileza.

A todos os incontáveis amigos, aqui representados por Flávio Lourenço de Almeida e Charles David Silva Dore; pelos companheiros de travessias rumadas à Universidade: Daniel Moura Gouveia, Francisco de Sousa Lima e Tadeu Lourenço de Almeida; e José Fernandes de Almeida Neto. Vocês são verdadeiras extensões da alma.

Aos docentes do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS, por todo o acolhimento humano e pela concisa formação jurídica. Em particular, agradeço ao meu orientador, Francivaldo Gomes Moura, professor de espírito analítico e humildade peculiar, pela orientação neste trabalho e por todos os aconselhamentos procedidos na academia.

Enfim, agradeço ao Senhor da vida, que nos oportuniza com essa inenarrável experiência que é viver.

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência?

*Dos Delitos e das Penas
(Cesare Beccaria, 1764)*

RESUMO

O princípio da presunção de inocência remonta ao Direito Romano, nos escritos de Trajano. Porém, consolidou-se, de fato, em documento constitucional a partir da Revolução Francesa de 1789, quando fora contemplado no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Desde então ocupa posição de destaque dentre os direitos e garantias relativos às liberdades dos cidadãos nos regimes democráticos, servindo de termômetro para análise da essência de qualquer sistema de justiça criminal. No Brasil, não diferentemente, possui assento no rol de direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no art. 5º, LVII, sob a forma de presunção de “não culpabilidade”, redação pouco densa que carece de confronto com outros dispositivos constitucionais e com disposições de Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil possui vinculação; além da necessidade de análise histórica minuciosa para aferir seu real conteúdo. O princípio sob análise possui dois desdobramentos principais, uma regra probatória e outra de tratamento. A primeira impõe ao Estado em sua totalidade o dever de prova no processo penal; a segunda impede a outorga de medidas coativas contra investigado criminalmente antes do trânsito de sentença penal condenatória. Ocupa-se a presente pesquisa da execução provisória de pena privativa de liberdade após condenação em segundo grau de jurisdição, problematizando este cumprimento açoitado de pena frente ao instituto da presunção de inocência, no particular, enquanto regra de tratamento. Para clarear o tema, utiliza-se do método de abordagem dialético, dos métodos de procedimento histórico e comparativo, sendo a forma de abordagem qualitativa e o procedimento técnico bibliográfico-documental: em doutrina, jurisprudencial e a análise de dispositivos legais aplicáveis.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Execução Provisória de Pena Privativa de Liberdade. Direito e Processo Penal.

ABSTRACT

The innocence presumption principle dates back to Roman Law, in Trajano's writings, but was, in fact, consolidated into a constitutional document from the 1789's French Revolution, when it was contemplated in Article 9 of the Declaration of Human Rights and Citizen. Since then it occupies a prominent position among the rights and guarantees related to the liberties of citizens in democratic regimes, serving as a thermometer to analyze the essence of any criminal justice system. In Brazil, not unlike, it has a seat in the list of rights and fundamental guarantees, more precisely in article 5, LVII, under the form of a presumption of "non-culpability", a not very dense writing that lacks confrontation with other constitutional provisions and with provisions of International Treaties and Conventions to which Brazil is bound; as well as the need for careful historical analysis to gauge its real content. The principle under analysis has two main ramifications, one probative rule and one treatment rule. The first imposes on the state in its entirety the duty of proof in criminal proceedings; the second prevents the granting of coercive measures against criminally investigated before the transit of conviction. The present investigation deals with the provisional execution of custodial criminal sentence after condemnation in second degree of jurisdiction, problematizing this hasty fulfillment of sentence before the institute of the presumption of innocence, in particular, as a rule of treatment. In order to clarify the subject, the method of dialectical approach, historical and comparative procedure methods, is the qualitative approach and the technical bibliographical-documentary procedure: in doctrine, case law and the analysis of applicable legal provisions.

Keywords: Innocence Presumption. Provisional Execution of Custodial Penalty. Law and Criminal Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969

CF – Constituição da República federativa do Brasil de 1988

CPP – Código de Processo Penal

e.g. – *exempli gratia*

HC – *Habeas Corpus*

LEI – Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84)

MP – Ministério Público

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	11
2.1 Da Evolução Histórica.....	11
2.2 Natureza Jurídica Principiológica.....	18
2.3 Conteúdo Essencial e Restrições.....	21
3 DA PRISÃO	24
3.1 Prisões Cautelares.....	25
3.2 Prisão-pena.....	31
4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	32
4.1 Da Vigência da Constituição de 1988 até 2009.....	32
4.2 Análise Jurídica do HC 84.078/MG.....	34
4.2.1 Breve relato do caso.....	34
4.2.2 Votação dos Ministros.....	34
4.2.2.1 Votos vencedores.....	35
4.2.2.2 Votos vencidos.....	37
4.3 Análise Jurídica do HC 126.292/SP.....	38
4.3.1 Breve relato do caso.....	38
4.3.2 Votação dos Ministros.....	39
4.3.2.1 Votos vencedores.....	39
4.3.2.2 Votos vencidos.....	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Diante de todas as ramificações possíveis em um determinado ordenamento jurídico, dúvida não padece que o Direito Penal e o Processual Penal ganham posição de destaque. Dentre os fatores de tal proeminência tem-se o próprio objeto de estudo das ciências criminais, a conduta humana delituosa, verdadeira radiografia dos sentimentos, fragilidades e ânsias mais primitivos e peculiares do ser racional.

Por outro lado, pode-se afirmar com concisa segurança que a questão central dos sistemas jurídico-penais consiste no equacionamento entre a eficiência repressiva estatal (exercício do *ius puniendi*) e o respeito ao direito público subjetivo à liberdade do cidadão (*status libertatis*). É um dilema de difícil solução. Outro não é o motivo da criação dos sistemas processuais tradicionais, acusatório e inquisitivo, senão para iluminar o exercício do poder de punir pelo Estado, e traçar caminhos possíveis, mais ou menos arbitrários, para o desenvolvimento desta delicada função.

No entanto, foi somente com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na França - documento que simboliza o sucesso das revoluções liberais frente às antigas estruturas de poder das Monarquias absolutistas -, que a perspectiva de Processo Penal obteve uma guinada brusca rumo à racionalidade e humanização.

Pela primeira vez, aborda-se de maneira expressa em documento constitucional uma série de direitos e garantias fundamentais, inclusive a presunção de inocência, voltados à proteção das liberdades individuais.

O artigo 9º do referido diploma, a propósito, previa: “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”. Igualmente, em seu art. 7º já restava insculpido o princípio da legalidade e, no art. 8º, o da anterioridade da lei penal.

A presunção de inocência, desde então, consagrava-se como postulado reitor do processo penal ocidental, irradiando uma série de comandos para a atuação dos agentes do sistema de justiça criminal, especialmente na seara do ônus da prova e na imposição de uma regra de tratamento isenta àquele investigado ou acusado que não obtivesse ainda a sua culpabilidade plenamente demonstrada.

Mediante a importância de iluminar a atividade persecutória penal, para que seja resguardado o devido processo legal, seus corolários, e a própria presunção de inocência, objetiva a presente pesquisa analisar a amplitude desta última, de acordo com o seu regime constitucional, e, especialmente, aferir a possibilidade - ou não - de execução provisória de pena privativa de liberdade, após condenação criminal confirmada em tribunal de apelação.

No mais, na atual quadra histórica brasileira a causa ganha ares pragmáticos relevantes, principalmente após o desencadeamento da operação “Lava Jato”, que apura viscerais esquemas de corrupção na República.

Em face da sobredita operação, no ímpeto de conceder respostas concisas, ou até mesmo simbólicas, à população, acerca dos lastimáveis eventos de corrupção, os agentes públicos envolvidos, por vezes, aviltam os direitos e garantias apostos na Lei Maior de 1988, de maneira reiterada. Os exemplos de medidas de exceção são vários, a saber: utilização da prisão preventiva como instrumento para obtenção de acordos de colaboração premiada; conduções coercitivas açodadas, sem que haja oposição do investigado (conduta apreciada recentemente pelo STF, e declarada inconstitucional, nas ADPF’s 395 e 444); uso abusivo/desnecessário de algemas; vazamento indevido de interceptações telefônicas e informações sigilosas, dentre outros.

Reforça-se, portanto, a necessidade de proteção dos limites e da normatividade dos direitos e garantias fundamentais, frente ao quadro de severa inconsistência institucional.

Para o melhor desenvolvimento do presente trabalho, a pesquisa divide-se em três capítulos. O primeiro volta-se à análise dogmática da presunção de inocência, levando em consideração seus aspectos históricos e legais, para depois ocupar-se de sua aplicabilidade e conteúdo.

No segundo capítulo, ocupa-se da regulamentação constitucional e infraconstitucional da prisão (cautelar e definitiva) no ordenamento jurídico brasileiro.

E, por fim, o último capítulo verte-se aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade, após condenação em Tribunal de Apelação.

Por derradeiro, em sede de metodologia, a presente pesquisa utiliza-se do método de abordagem dialético, dos métodos de procedimento histórico e comparativo, sendo a forma de abordagem qualitativa e o procedimento técnico bibliográfico-documental: em doutrina, jurisprudencial e a análise de dispositivos legais aplicáveis.

2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência, sem prejuízo de desenvolvimentos posteriores, pode ser tida como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas perante investigado ou acusado criminalmente antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (MENDES e BRANCO, 2012).

De revés ao alto grau de historicidade deste postulado do processo penal democrático, ainda paira sobre o mesmo uma larga zona de indefinições. Na própria *expertise* brasileira, a redação dada a presunção de inocência pelo inciso LVII, do art. 5º, da Constituição de 1988, ao passo que contempla a expressão “não culpabilidade”, já anuncia a necessidade de determinação semântica e jurídica do princípio.

Mediante tais assertivas, passa-se a abordagem do desenvolvimento histórico e dogmático do princípio da presunção de inocência.

2.1 Evolução Histórica

Não há possibilidade de analisar o conteúdo histórico do princípio da presunção de inocência sem que se contemple, em paralelo, a trajetória de criação e funcionamento dos sistemas processuais, acusatório e inquisitivo. O estado de inocência está visceralmente imbricado na perspectiva de processo penal adotada ao longo do tempo, nos países de base jurídica romanística.

Durante a Grécia Antiga, à saída, o processo penal era eminentemente acusatório. Vigorava o sistema de acusação privada para os delitos menos graves e o de ação popular para os delitos mais graves. Neste último sistema, qualquer pessoa do povo podia acusar. Com isto, neste importante período histórico, as funções processuais já eram divididas para mais de uma parte (LOPES, 2016).

Na Roma Antiga, que também adotava práticas predominantemente acusatórias, existiam duas formas de processo penal: *cognitio* e *acusatio*. A primeira se desenvolvia por intermédio dos órgãos de Estado (magistrado), que condensavam todas as atribuições envolvidas no procedimento, no entanto, essa concentração exacerbada de poder restava ponderada pela existência do recurso de anulação (*provocatio*) - ao qual só tinham direito os

cidadãos varões -, direcionado a julgamento por tribunal popular. A *acusatio*, por sua vez, representou uma importante evolução com relação ao sistema anterior, pois que a acusação, a partir de agora, ficava a cargo de um representante do povo (e não mais cabia ao juiz), postergando maior grau de dialeticidade ao procedimento de apuração de culpa (LOPES, 2016).

É por essa perspectiva acusatória de processo que parte da doutrina, a exemplo de FERRAJOLI (2002) e LOPES (2015), advoga pela existência de indícios do instituto da presunção de inocência já nestes tempos remotos, particularmente em Roma, nos escritos de Trajano, que dispunham: *satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare* (em tradução livre: é melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente).

Registre-se, por oportuno, que outra fatia expressiva da doutrina defende que o surgimento da presunção de inocência se deu, tão somente, a partir de seu primeiro registro em documento constitucional, posto a cabo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da revolução liberal francesa (MORAES, 2010).

O modelo inquisitivo de processo, antípoda do modelo acusatório e da presunção de inocência, segundo CARVALHO (2008) teve suas primeiras manifestações na Roma imperial (27 a.C. – 476 d.C.), após a introdução dos delitos subversão e conjuntura, nos quais o ofendido era o soberano. Cabe ressaltar que durante muito tempo os modelos acusatório e inquisitivo conviveram harmonicamente, até que, com o advento da Alta Idade Média, este último arvorou-se de caráter universal.

Sobre a diferenciação dos modelos processuais, são preciosas as lições de BARREIROS (1981, p. 12 apud CARVALHO, 2008, p. 17):

[...] no sistema acusatório o julgador é representado por assembléia ou corpo de jurados populares; o juiz é árbitro sem iniciativa na investigação; a ação é popular (delitos públicos) ou compete ao ofendido (delitos privados); o processo é oral, público e contraditório; a prova é valorada livremente; a sentença faz coisa julgada; e a regra nas medidas cautelares é a liberdade do argüido. Na antípoda [sistema inquisitivo], o julgador é permanente; o juiz investiga, dirige, acusa e julga numa posição de superioridade face ao imputado; a acusação procede *ex officio*, admitindo-se denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e não-contraditório; a prova é legalmente tarifada; a sentença não faz coisa julgada; e a característica das medidas de cautela é o aprisionamento.

Na Idade Média (período compreendido entre os séculos V e XV) o traço estrutural predominante da organização estatal consistia na aproximação entre o Estado e a Igreja Católica, numa relação mutualística de manutenção de poder, que acabou por gerar um

modelo jurídico-político de eliminação de alteridades e perseguição às doutrinas tidas como heréticas (CARVALHO, 2008).

Contudo, a partir do século XIII, com a operacionalização dos Tribunais da Inquisição, a perseguição tornou-se mais severa, de acordo com LOPES (2016, p. 152):

No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento.

As principais características do modelo inquisitivo de processo, em particular, adotado na Alta Idade Média, consistiam: na tarifação de provas, onde cada uma delas possuía valor predeterminado, sem margem para ponderações casuísticas; havia uma valoração extrema da confissão, que era tida como a rainha das provas; a prisão cautelar era a regra, sendo a liberdade exceção; predominava um verdadeiro desamor pelo contraditório; e, finalmente, o juiz condensava todas as funções processuais de acusação, defesa e julgamento, sem que houvesse espaço para desenvolvimento dialético na determinação de culpa ou inocência do acusado (LOPES, 2016).

No entanto, como qualquer estrutura de poder autoritária, gradualmente a aliança entre Estado e Igreja foi perdendo sua base de sustentação, em face, primordialmente, do desenvolvimento tecnológico e científico.

Para CARVALHO (2008), o descentramento da terra, operado por Copérnico, e a descoberta das Américas, operada por Colombo, catalisaram o processo de desconstrução tanto da visão teocêntrica do mundo, quanto da visão eurocêntrica. E, conseqüentemente, colaboraram com o gradual abandono da concepção teológica de poder, para uma concepção antropológica. Outro fator que merece destaque na transição do medievo para o Estado Moderno consta das teorias contratuais, operadas por Rousseau, e.g., que visavam legitimar o exercício do poder sob a justificativa do contrato social.

Tal estado de coisas culminou com a decadência da organização medieval e, por via difusa, com o desenvolvimento das bases do Estado moderno. Seguindo essa linha, o processo penal também sofreria uma brusca guinada rumo à racionalização e humanização.

Foi, portanto, com o êxito da Revolução Francesa de 1789, e a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que os direitos e garantias de primeira

geração, voltados às liberdades individuais, foram finalmente timbrados em documento constitucional. E o antigo regime de poder, das Monarquias absolutistas, cedeu espaço, de vez, aos ideais iluministas de liberdade e racionalidade (FERRAJOLI, 2002).

No referida Declaração, houve menção expressa à presunção de inocência, em seu art. 9º, nos seguintes termos: “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”. Além do que, em seu art. 7º restava contemplado o princípio da legalidade e, no art. 8º, o da anterioridade da lei penal.

Contudo, em evidente influxo metodológico, no final do século XIX e início do XX, os regimes autoritários viriam a atacar o regime de garantias processuais e, ainda mais gravosamente, a presunção de inocência. Tais investidas se originam, especialmente, da produção “teórica” da Escola Positivista Italiana, que, cogitaram ser a presunção de inocência garantia impraticável e um absurdo, quando levados em consideração os interesses coletivos no processo penal (LOPES, 2015).

Igualmente, durante os supracitados governos de exceção, o que vigia, de fato, era uma espécie de presunção de culpabilidade, diante da qual justificavam-se medidas cautelares extremas em face do réu, tudo com a finalidade de maior controle da atuação do aparato estatal. Segundo FERRAJOLI (2002), no entendimento da autoridade fascista italiana Vincenzo Manzini, que aboliu totalmente a presunção de inocência na época, esta significava óbice inadmissível ao deslinde processual, sob o argumento de que a grande maioria dos acusados era condenada ao cabo da instrução criminal.

Ultrapassados estes novos momentos arbitrários no pensamento ocidental, contrários ao regime das liberdades, no período pós-guerra (lembremo-nos da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948), os direitos e garantias obtiveram novamente respaldo e eficácia constitucionais.

Porém, cabe registrar que as investidas contra a liberdade, procedidas no tempo de cólera, não deixaram a presunção de inocência isenta de danos, geraram-lhe verdadeiras sequelas.

Nas palavras de FERRAJOLI (2002, p. 442):

O princípio foi restabelecido pelo art. 27, par. 2.º, da Constituição republicana [da Itália], ainda que na forma de “presunção de não culpabilidade”. Todavia, sua desqualificação operada por mais de meio século pela doutrina processualista e o longo atraso na reforma do processo deixaram sua marca. O princípio de submissão à jurisdição resultou banalizado; e a presunção de inocência, ainda que reabilitada pela doutrina,

restou esvaziada ou no mínimo enfraquecida em ambos os significados garantistas a ela associáveis: seja no sentido de "regra de tratamento do imputado", que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal; ou no sentido de "regra de juízo", que impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, dispõe em seu art. 11.1, que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”, representando, finalmente, o restabelecimento da dignidade e racionalidade nos procedimentos criminais de apuração de culpa, que perdura, felizmente, até os dias atuais.

De acordo com MENDES e BRANCO (2012), em nosso território, a primeira manifestação do princípio da presunção de inocência se deu no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário de nº. 86.297, pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1976. Neste recurso, questionava-se decisão do Tribunal Superior Eleitoral que havia declarado a inconstitucionalidade de determinada norma eleitoral que estabelecia a inelegibilidade de cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime.

Continuam os citados juristas, argumentando que o fundamento do TSE para a declaração da inconstitucionalidade haveria sido a incompatibilidade da referida norma com o princípio da presunção de inocência, este que, na época, já possuía previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e se incorporava ao ordenamento pátrio através de cláusula de remissão contida na Carta Constitucional de 1967/69, em seu art. 153, §6º (tal dispositivo previa a possibilidade de aplicação de outros direitos e garantias que, apesar de não estarem expressamente previstos na referida carta, se adequassem ao regime por ela adotado).

No julgamento do RE, o STF, no ano de 1976, reformou a decisão do Tribunal Eleitoral. Oportunidade em que entendeu ser possível a aplicação do princípio da presunção de inocência na ordem constitucional brasileira, porém, não de maneira universal, de modo que, no caso *sub judice*, não obstaría a inelegibilidade de candidatos por ventura investigados criminalmente (MENDES e BRANCO, 2012).

Ultrapassada a “Constituição de 1967”, outorgada no período militar, mediante a reinauguração do regime democrático no país, com o advento da Norma Ápice de 1988, os direitos e garantias fundamentais voltados ao processo penal foram contemplados de maneira considerável, e, dentre eles, estava lá o princípio da presunção de inocência.

Ponderando acerca do tom concedido à presunção de inocência pela Constituição de 1988, CASARA (2017, p. 153) assevera:

A redação brasileira (diga-se: tímida e dúbia) dada ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não faz referência explícita à expressão “presunção de inocência” e reproduz, em linhas gerais, a solução conciliatória adotada pela Constituição Italiana de 1947. Naquela ocasião, diante da redemocratização italiana, buscou-se evitar uma ruptura dogmática com a tradição dogmática-autoritária. Em apertada síntese, pode-se mencionar que na Itália confrontavam-se teóricos que conferiam ao princípio da inocência a sua amplitude máxima, como forma de realçar/reforçar a liberdade individual, como símbolo frente ao obscurantismo processual, e aqueles que detinham o poder político durante o fascismo italiano (e que representaram forte influência no direito brasileiro ao tempo da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, praticamente uma cópia do Código Rocco italiano da década de 1930), que vislumbravam excessos na defesa das garantias individuais e acreditavam ser impossível a existência de uma verdadeira presunção de inocência que acobertasse pessoas acusadas de crimes. Para esses teóricos, vinculados ao movimento autoritário italiano, o que vigorava ao longo do processo criminal era uma “declaração (presunção) de não culpabilidade”, uma postura que via o imputado (aquele a quem se atribui uma conduta criminosa) numa situação “neutra”, em que ainda não podia ser tido como culpado, mas também não era visto como inocente.

Ainda sobre a herança autoritária italiana no Código de Processo Penal brasileiro de 1941, OLIVEIRA (2015, p. 5/6) clarifica:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos [...] o princípio fundamental que norteava o Código de processo penal, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, ois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente

Percebe-se, pois, que o modelo de presunção de inocência adotado na Lei Fundamental de 1988 possui forte influência da perspectiva italiana (Código Rocco, de 1930), esta, desenvolvida no seio de um regime autoritário, com conteúdo eminentemente restrito. Porém, há de se fazer uma interpretação sistemática do instituto, junto às diversas outras disposições nacionais e internacionais, as quais o Brasil possui vinculação, para que se possa definir, de maneira mais segura, seus limites e conteúdo.

Adverte MORAES (2010) que não só em âmbito nacional a presunção de inocência é contemplada, mas, também, em declarações internacionais de direitos humanos (dos quais o Brasil deve observância), a guisa de exemplo, tem-se o art. 14.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que dispõe: “Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei”; e do art. 8º, §2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que proclama: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, ambos com alto grau de vinculação.

Note-se que da redação dos dispositivos retrotranscritos, percebemos de pronto uma incompatibilidade entre o termo final para consideração do estado de inocência na Convenção Americana e o estabelecido no dispositivo constitucional brasileiro (art.5º, LVII, da CF/88), já que aquela considera o estado de inocência até que se comprove legalmente a culpa e este prevê como limite o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, neste ponto, LIMA (2018, p. 49) pontua:

Por mais que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, n. 2) estenda o princípio da presunção de inocência *até a comprovação legal da culpa*, o que ocorre com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso – lembre-se que a mesma Convenção Americana assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, “h”) -, não se pode perder de vista que a Constituição Federal é categórica ao afirmar que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável (princípio *pro homine*).

Com isto, resta apaziguada a pertinência do uso da expressão “presunção de inocência” (que é a mais ampla) aqui no Brasil, levando em consideração tanto o que fora delineado na CADH, da qual o Brasil é signatário, quanto pela aferição da gênese brasileira, que adotou de maneira inconsequente e desconexa o molde “não culpabilidade”, mediante a importação de dispositivo italiano, forjado em regime de exceção. Esta última, por derradeiro, forma não se sustenta quando confrontada com os demais direitos e garantias opostas no texto constitucional brasileiro, ou melhor, perante qualquer interpretação sistemática do texto constitucional.

Todo o esboço histórico delineado serve como parâmetro para o trato dos direitos e garantias fundamentais e da presunção de inocência no desenrolar das gerações futuras, mostrando-nos, de maneira irrefutável, que os influxos de autoritarismo nas comunidades humanas são recorrentes, e que, portanto, necessitam de vigília integral.

2.2 Natureza Jurídica Principiológica

Para BONAVIDES (2005), a classificação das normas constitucionais demonstrou-se importante após a integração, no corpo constitucional, das normas programáticas (a partir das revoluções socialistas do século XX) e da constitucionalização dos princípios gerais de direito (ocorrida no pós-guerra). Eventos que trouxeram considerável grau de abstração ao texto constitucional e puseram em cheque o caráter normativo das disposições constitucionais. A tarefa do constitucionalismo contemporâneo residiria, segundo o douto professor, sensivelmente, na harmonização entre dispositivos ideais e abstratos junto às regras preceptivas ou deontológicas (mandamentais, proibitivas ou permissivas).

Observa-se nas atuais constituições modernas, com isso, uma forte tendência de abertura de seus dispositivos às mediações legislativas, que pode dar-se em diferentes graus conforme a natureza do tema tratado. Tudo com o fim de permitir posterior conformação legislativa, para que o núcleo material da constituição não reste defasado frente às constantes mutações sociais (MENDES e BRANCO, 2012). Completam os juristas (2012, p. 104):

Essa diferença de abertura e densidade das normas constitucionais afeta o grau da sua exequibilidade por si mesmas e dá ensejo a uma classificação que toma como critério o grau de autoaplicabilidade das normas.

A partir deste critério, de autoaplicabilidade das normas constitucionais, o douto professor José Afonso da Silva, propôs a tradicional distinção entre: a) normas de eficácia plena, que possuem aplicabilidade imediata, independentemente de regulação infraconstitucional; b) normas de eficácia contida, que permitem conformações legislativas, desde que respeitado o substrato objetivo das normas constitucionais originárias; e c) normas de eficácia limitada, que necessitam de regulamentação posterior para que produzam efeito no mundo real (aqui, há uma subdivisão entre normas de eficácia limitada propriamente ditas e normas programáticas). Essa classificação é de suma importância quando da aferição da

aplicabilidade de regras constitucionais, sendo utilizada de maneira quase que unânime pela jurisprudência e doutrina pátrias (MELLO, 2009).

Ocorre que, a classificação acima disposta não resolve, por si só, o problema da aplicação das normas constitucionais (restringe-se ao critério da eficácia), sendo importante para tal desiderato a análise conjunta à teoria dos princípios (que se utiliza do critério de especialidade das normas). Esta última teorização surgiu da necessidade de defesa da normatividade dos princípios gerais de direito, e obtiveram desenvolvimento relevante a partir do século XX, com as contribuições de Dworkin e Alexy. Nesta perspectiva, NOVELINO (2015), dispõe: “os aportes teóricos determinantes para o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios foram formulados por Ronald Dworkin (1977) e Robert Alexy (2008)”.

Acerca da necessidade de defesa da normatividade dos princípios constitucionais, acrescenta BONAVIDES (2004, p. 232):

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardiais.

Preocupado, portanto, com a superação do *status* coadjuvante assumido pelos princípios durante o positivismo do século XX, Dworkin desenvolve sua teoria a partir do seguinte questionamento: I) ou se reconhece a normatividade dos princípios, tal como se procede com as regras constitucionais; II) ou, ao contrário, continua-se negando-lhes obrigatoriedade, e delegando a sua conformação à discricionariedade do aplicador da lei. A importância de tal dualidade reside na diferença de tratamento existente nas duas posições, entre aceitar uma norma como obrigatória ou ter o costume de seguir algo como se fosse uma norma. No primeiro enfoque, quando da aplicação dos princípios, os juízes estariam impondo direitos e deveres imanentes a uma norma constitucional preexistente a determinado caso concreto. Por outro lado, ao seguir o segundo caminho, admitir-se-ia a criação discricionária de uma “norma” pelo julgador, para regular situação concreta *ex post facto* (NOVELINO, 2015).

Além de clarear a premente necessidade de normatização dos princípios, Dworkin também propôs um critério distintivo para as espécies de normas constitucionais, que

passariam, a partir de então, a subdividir-se em: princípios e regras. A diferenciação delineada pelo eminente professor de Harvard tinha por critério o tipo de diretiva contida na norma, e não mais o aspecto genérico do grau de vagueza. Segundo ele, as regras aplicavam-se perante o modo “tudo ou nada”, de maneira disjuntiva. No caso de conflito entre regras, a resolução ficava a cargo dos critérios clássicos de solução de antinomia (hierárquico, da especialidade e cronológico). Já os princípios, possuíam uma dimensão que as regras não tinham, a do peso, o que lhes conferiam a capacidade de interferir uns nos outros de maneira não excludente. O conflito de princípios, segundo o douto jusfilósofo americano, se resolveria através da ponderação, levando-se em conta a casuística (MENDES e BRANCO, 2012).

Utilizando-se do andamento dado por Dworkin à teoria dos princípios, Robert Alexy propôs critérios distintivos mais claros para a diferenciação entre princípios e regras. Além do critério do grau de vagueza e do peso, os princípios, segundo o jurista alemão, seriam em essência comandos de otimização, e deveriam ser cumpridos na maior medida possível, através do seu cotejo com outros princípios e regras opostas e pela consideração da realidade fática. Ao passo que as regras aplicavam-se de maneira restrita, sem mais nem menos (MENDES e BRANCO, 2012).

A partir destas considerações teóricas, tem-se que Dworkin e Alexy contribuíram sobremaneira no reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, e, principalmente, na criação de critérios práticos para a aplicabilidade, resolução de antinomias e distinção das diferentes espécies de normas constitucionais.

Com base na Teoria dos Princípios acima explorada, MORAES (2010) extraiu três critérios para aferir qual a espécie normativa que melhor se adequa a presunção de inocência, foram eles: a estrutura normativa, a forma de aplicação e o tipo de conteúdo normativo-axiológico. O douto advogado chegou as seguintes conclusões (a) no quesito da estrutura normativa a presunção pende para o lado principiológico por prescrever fins ou estado ideais a serem alcançados (b) no critério da aplicação, a presunção de inocência também se confirma como norma-princípio, ao passo que pode ser condicionada conforme a situação jurídica posta (e.g., a permissão de prisões preventivas) e (c) por fim, de acordo com o seu conteúdo axiológico, a presunção de inocência se demonstra mais uma vez como princípio, ao passo que se adequa ao caráter de comando de otimização, particular aos princípios.

Pelo exposto, resta compreendida a estrutura normativa da presunção de inocência enquanto norma-princípio. Pela natureza de tal espécie normativa, cabe-nos agora passar a análise de suas possíveis manifestações práticas.

2.3 Conteúdo Essencial e Restrições

Por se tratar de um princípio constitucional, a presunção de inocência possui como uma de suas características a generalidade. De revés, deve ser observada e aplicada concretamente. Por isto, no plano da eficácia prático-normativa da presunção de inocência, algumas atividades institucionais devem ser observadas.

A propósito, conforme pontua HESSE (1959), em crítica ao conceito de constituição - formal e material - proposto por Lassale, os dispositivos constitucionais não podem ser unicamente condicionados aos “fatores reais do poder”, como queria este último, em detrimento de qualquer normatividade autônoma verificável. Ao contrário, existem pressupostos para garantia da eficácia constitucional, que se resumem, conforme Hesse: na vinculação dos dispositivos constitucionais à realidade de seu tempo (aspectos sociais, históricos, culturais, políticos e econômicos), na vontade de constituição, através de uma postura ativa dos envolvidos nas questões constitucionais, deixando de lado, inclusive, interesses individuais, quando estiverem em confronto com postulados constitucionais, e, em fim, nas ferramentas de adequação da constituição à realidade social mutável, através de alguns poucos princípios, interpretação ou mudança constitucional.

Com o fim de propor manifestações reais da presunção de inocência, OLIVEIRA (2015) ressalta as duas regras específicas clássicas, a serem observadas pelo aparato estatal quando no exercício da atividade persecutória: uma de tratamento e outra de cunho probatório. De acordo com a primeira regra, em nenhum momento da investigação o acusado poderá sofrer limitações ao seu direito de liberdade, em razão, apenas, da probabilidade de sua culpabilidade. Por seu turno, a regra voltada ao ônus probatório, impõe ao Poder Público, de maneira exclusiva, a tarefa de comprovação da autoria e materialidade da conduta delituosa.

Alargando um pouco mais o âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência, LOPES (2015) enxerga a existência de uma dimensão externa de aplicação. Que, na prática, resguardaria o investigado ou acusado em processo penal de eventuais publicidades abusivas, atinentes ao processo ou ao fato imputado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com isso, busca o eminente jurista, atentar para a necessidade de preservação da imagem e honra do acusado criminalmente, contra interferências dos veículos de mídia, antes da determinação inequívoca de culpa, nos exatos termos do inciso LVII, do art. 5º, da CF/88.

Com isto, temos que o conteúdo essencial da presunção de inocência concentra tanto as duas regras de manifestação clássicas, de tratamento e de ônus probante, quanto a proibição de exposição desarrazoada da imagem do réu, em momento processual anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De tudo o que foi dito, temos um último ponto que merece destaque: as restrições possíveis ao princípio da presunção de inocência. Pois, no lastro da teoria dos princípios, abordada até aqui através das contribuições de Dworkin e Alexy, vimos que a presunção de inocência se encontra perfeitamente no *locus* de norma-princípio, e, que, segundo as proposições deste último teórico, os princípios jurídicos teriam a essência de “normas de otimização”, devendo ser aplicados da maneira mais ampla e eficaz possível, na medida das condições jurídicas e fáticas. Nesse sentido, MORAES (2010, p. 386) desenvolve:

Como os princípios têm natureza de “mandamentos de otimização”, devendo ser realizáveis na maior medida possível diante das condições fático-jurídicas, eles possuem uma tendência expansiva de realização total. Com isso, grandes porções da vida tendem a ser áreas de intersecção de um ou mais princípios simultaneamente.

Tendo em vista a impossibilidade de eficácia absoluta de qualquer dispositivo que seja, o próprio Alexy delimitou como se dariam tais restrições, é o que explica NOVELINO (2015, p. 329/330):

Na definição de Alexy [...], os princípios, enquanto ‘mandamentos de otimização’, consagram um direito provisório e restringível por outras normas em sentido oposto. Sob esse prisma, a determinação do direito definitivo somente será possível à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto e após a ponderação entre os princípios colidentes ou a aplicação das regras do postulado da proporcionalidade.

Do exposto tem-se que, de um lado, a presunção de inocência deve ser aplicada na maior medida possível (pois, enquanto princípio, tem essência de “mandado de otimização”), de outro, a sua aplicação depende do balizamento junto de outros princípios e regras colidentes e das particularidades da casuística imposta.

Cabe aqui, fazer uma pequena ressalva, quanto a impossibilidade, de acordo com a teoria dos princípios, até então adotada, de colisão direta entre norma-regra e norma-princípio, conforme os esclarecimentos de GRAU (2009, p. 204):

[...] não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Em conseqüência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente (isto é, dotadas de validade), no ordenamento jurídico.

Sucedo, então que, sempre que um princípio (para nós: presunção de inocência) colidir com determinada regra, e tendo em vista que toda regra possui um princípio justificante, deve-se fazer o contraponto entre o princípio inicialmente aplicável e o representante da regra colidente. Dessa ponderação, aplica-se o princípio preponderante na circunstancia fática e afasta a incidência do princípio mais fraco, conjuntamente de suas regras subsidiárias. Ressalte-se que essa ponderação entre princípios somente pode desenvolver-se em concreto, jamais abstratamente.

Por fim, acerca das possíveis limitações explícitas à presunção de inocência no texto constitucional, o Ministro Luiz Roberto Barroso, em voto proferido no julgamento do HC nº 126.292/SP, pelo Tribunal Pleno do STF, Diário de Justiça de maio de 2016, destacou:

De outro lado [da necessidade de proteção da presunção de inocência], encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança).

Resta consignado de maneira concisa a possibilidade/necessidade de acomodação da presunção de inocência junto doutros princípios constitucionais, conforme o caso concreto, além da observância do postulado da proporcionalidade, extraído implicitamente do texto da CF/88, para impor, em sentido lato, a proibição do excesso e da proteção deficiente, dos princípios constitucionais (GRAU, 2009).

3 DA PRISÃO

De acordo com BITENCOURT (2012), a pena privativa de liberdade se consolidou (enquanto espécie punitiva) nos Estados Unidos, através da criação dos sistemas penitenciários da segunda metade do século XVIII. Percebe-se nestes protótipos da prisão moderna a finalidade de redenção pessoal e moral através do confinamento institucional, ideologia herdada em grande parte do Direito Canônico. Ressalte-se que desde o período medieval a prisão já era utilizada como meio de custódia, ou seja, somente até o julgamento.

Continua o douto advogado esclarecendo que tamanha é a influência do medievo no surgimento da prisão moderna que a denominação “penitenciária”, atinente aos estabelecimentos de cerceamento de liberdade, possui origem no vocábulo “penitência”, largamente utilizado nos Códigos Canônicos e relacionado com a redenção da alma através de suplícios pessoais ou interpessoais.

No que diz respeito às espécies de pena utilizadas no Brasil, a Constituição de 1988 abordou a questão de maneira ampla, ao passo que prevê, em seu art. 5º, XLVI, as penas permitidas, que são: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa e e) suspensão ou interdição de direitos. E, noutro inciso do mesmo artigo, proíbe a imposição de penas de caráter degradante, notadamente: i) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; ii) de caráter perpétuo; iii) de trabalhos forçados; iv) de banimento; e v) cruéis. Traçando de maneira detalhada os meios e limites a serem utilizados pelo sistema criminal para desenvolver sua atividade de proteção dos bens sociais mais sensíveis. Tudo com respeito e vinculação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (CUNHA, 2015).

O Código Penal, atento às disposições constitucionais permissivas e proibitivas, também se ocupa das penas, procedendo com a devida regulamentação infraconstitucional. Esta possui sua estrutura básica no art. 32 do referido diploma, segundo o qual: “As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”. A partir daí, cada categoria de pena contemplada pelo legislador ordinário se subdivide em outras subespécies (com exceção da pena de multa), à guisa de exemplo, a pena privativa de liberdade subdivide-se em reclusão, detenção e prisão simples, situações que representam diferentes graus de institucionalização do apenado (CUNHA, 2015).

Do exposto, pode-se subsumir que, a mais grave de todas as penas previstas na ordem jurídico-constitucional resume-se à pena privativa de liberdade, fato que, por si só, demanda grande esforço legitimativo quando da sua aplicação.

Contudo, tal incisão da pena de prisão não impediu que, durante as fases de investigação e processual, possa o Estado acautelar a liberdade do réu, com o fim de garantir a efetividade do processo criminal e a devida aplicação da lei. Exsurgindo-se, com isso, duas modalidades distintas de prisão, a prisão-pena, fruto de sentença criminal condenatória transitada em julgado, e a prisão cautelar, voltada ao efetivo andamento processual. Nesta toada, LIMA (2018) profere: “enquanto a prisão penal (*‘carcer ad poenam’*) objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (*‘carcer ad custodiam’*) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal”.

Passa-se agora à análise das três espécies de prisão cautelar previstas no ordenamento jurídico pátrio: a prisão em flagrante, temporária e preventiva.

3.1 Prisões Cautelares

Antes de adentrar propriamente no mérito das prisões cautelares é preciso tecer alguns comentários acerca da Lei n. 12.403/11. Tendo em vista a alteração substancial que o referido diploma legal procedeu no regime de medidas cautelares previsto no CPP.

Nessa toada, LOPES (2015) explica que, até o advento da Lei n. 12.403/2011, o sistema de cautelares criminais brasileiro era bastante pobre, resumindo-se a prisão cautelar ou liberdade provisória. De modo que começaram a surgir decisões judiciais que, e.g., para revogar uma prisão preventiva - e sem outras alternativas para resguardar os interesses do processo – criavam “condições” ao imputado, tais como: entrega de passaportes, restrições de locomoção, em total descompasso com o sistema vigente (prisão cautelar x liberdade provisória). Criou-se, então, um cenário de severa instabilidade jurídica, tendo em vista que, em sede de processo penal, o que vige é a legalidade da forma, a tipicidade processual, diferentemente do processo civil, que possui maiores aberturas à intervenções judiciais cautelares.

A referida lei, no particular, trouxe uma série de medidas cautelares diversas da prisão, ao passo que, por via difusa, postergou caráter de excepcionalidade a esta última. Veja-se o esclarecimento sensível de LIMA (2018, p. 889):

Louváveis [...] as modificações produzidas no CPP pela Lei nº 12.403/11. Segundo a nova redação conferida ao art. 282, § 6º, do CPP, a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). Nos mesmos moldes, de acordo com o art. 310, II, do CPP, o juiz somente decretará a prisão preventiva nas hipóteses dos arts. 312 e 313 deste Código, quando as medidas cautelares arroladas no art. 319 deste Código, adotadas de forma isolada ou cumulada, se revelarem inadequadas ou insuficientes.

Faz-se imprescindível a análise literal dos novos dispositivos legais mencionados. Acerca da excepcionalidade da prisão frente às outras medidas cautelares:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

Sobre as medidas cautelares diversas da prisão, trazidas também pela Lei nº 12.403/11:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitirem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

Ressalte-se, pelo rigor da técnica, que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, a prisão cautelar foi desbancada da posição de única medida cautelar e passou a ser uma mera espécie, dentre tantas outras, do gênero de medidas cautelares.

Portanto, viu-se que a mudança trouxe versatilidade ao sistema de medidas cautelares do Código de Ritos Criminais, tendo em vista que o magistrado, no dever de efetivação da função jurisdicional, tem à sua disposição uma miríade de medidas garantidoras do sucesso processual, em alternativa ao pobre regime anterior, baseado tão somente em prisão processual ou liberdade provisória.

Conforme visto, as prisões cautelares são aquelas decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória e possuem a finalidade de assegurar a eficácia das investigações e do processo criminal. Além do que, em relação às outras medidas de cautela, possui cabimento excepcional. Ultrapassada a fase de delimitação do cabimento das diversas prisões acautelatórias, passemos à análise de seus requisitos e espécies separadamente.

Segundo OLIVEIRA (2015), antes de adentrar nos requisitos específicos para decretação de cada tipo de prisão provisória, o operador do Direito deve voltar os olhos à Lei Fundamental, especialmente ao seu art. 5^a, incisos LVII e LXI, os quais contemplam, respectivamente, a presunção de inocência e a necessidade de ordem judicial escrita e fundamentada para a expedição de mandado de prisão. Estes seriam, segundo o eminente advogado, diretrizes básicas para qualquer restrição de liberdade em fase processual.

O Código de Processo Penal, por sua vez, após a reforma estrutural trazida pela Lei nº 12.403/11, prevê, no início de seu Título IX, que trata “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, os pressupostos gerais para a aplicação de quaisquer medidas cautelares, veja-se:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Com isso, exige-se, para a decretação tanto das prisões quanto das outras medidas cautelares, um juízo de necessidade (imprescindibilidade da medida para o processo) e de adequação (tipo de medida condizente com os fins almejados). Entende OLIVEIRA (2015) que estes pressupostos, ao cabo, acabam se intersectando quase que completamente com o postulado constitucional implícito da proporcionalidade, que impõe, igualmente, a proibição do excesso e adequação.

Registre-se a tendência doutrinária de importar os requisitos das medidas cautelares do Processo Civil para o Penal, em particular, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Mediante fundada crítica, assevera LOPES (2015) que seria uma impropriedade jurídica e semântica insuperável a utilização da justificativa de “fumaça do bom direito”, para a decretação de uma prisão cautelar. Ademais, tendo em vista os critérios do mencionado art. 282 do Código de Processo Penal, adverte que mais técnico seria a utilização das expressões: *fumus commissi delicti* (probabilidade de ocorrência de um delito) e *periculum libertatis* (enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado).

Afora o crivo das garantias constitucionais atinentes ao procedimento penal e dos pressupostos básicos das medidas cautelares previstos no art. 282 do Código de Processo Penal, cada prisão cautelar possui seus requisitos e finalidade próprias. É o que analisaremos adiante.

A prisão em flagrante, à saída, possui respaldo no art. 301 e seguintes do Código de Processo Penal e possui a função central de evitar, sempre que possível, a consumação do delito. Não é por outra razão que qualquer do povo pode realizá-la. Outra relevantíssima função do flagrante é a de coleta imediata de prova, tendo em vista que sua existência possui assento no momento da conduta delituosa ou logo após, o que lhe proporciona um contato direto com os elementos de prova do crime (OLIVEIRA, 2015).

Ressalte-se que o flagrante deverá ser comunicado imediatamente ao juiz competente, que deverá manifestar-se acerca da concessão de liberdade provisória ou da conversão em prisão preventiva, vide art. 306 c/c 310, II, ambos do Código de Processo Penal (TÁVORA e ALENCAR, 2016).

A prisão temporária, instituída pela Lei nº 7.960 de 1989, e com duração estanque, segundo assinala OLIVEIRA (2015), “dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí por que não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal”.

Acerca dos requisitos da prisão temporária, OLIVEIRA (2015) enumera: indícios de autoria e materialidade; imprescindibilidade para as investigações policiais; e inclusão do crime respectivo no rol taxativo do inciso III, art. 1º, da mencionada lei.

Por fim, temos a prisão a prisão preventiva, cautelar mais recorrente em nosso sistema de justiça criminal. A sua incidência é de tamanha envergadura que segundo informações da Agência Brasil, com base no levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), no ano de 2016, cerca de quase 40% (quarenta por cento) da população carcerária do país é composta por presos provisórios (leia-se: preventivos).

Na tentativa de conceituar a prisão preventiva, TÁVORA e ALENCAR (2016, p. 916):

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Igualmente, os requisitos da prisão preventiva consistem na demonstração de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria ou de participação na infração (*fumus delicti*), além da existência de um dos fatores de risco da liberdade do réu, garantia da ordem pública, econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, todos assentados no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal (*periculum libertatis*). Advirta-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva pelo descumprimento de outras medidas cautelares, conforme o parágrafo único do mesmo artigo.

Perceba-se o alto grau de vagueza existente nos requisitos para imposição da prisão preventiva, no particular da “ordem pública”, OLIVEIRA (2015) assevera: “A expressão [...] é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem”.

Finda a análise das espécies de prisões cautelares atualmente praticadas, cabe fazer uma pequena incursão histórica nas antigas prisões: decorrente de decisão de pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível. Tendo em vista serem estas últimas de

fundamental importância para o entendimento da perspectiva das medidas cautelares e do princípio da presunção de inocência no estado atual.

Segundo LIMA (2018, p. 1025), a prisão decorrente de pronúncia:

[...] vinha prevista no art. 408, §§ 1º e 2º, do CPP, que estabelecia como efeito automático da decisão de pronúncia a prisão do acusado, salvo se primário e portador de bons antecedentes. Em complemento ao dispositivo citado, o art. 585, *caput*, do CPP, prevê que ‘o réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei admitir’

Com isto, verifica-se que, há pouco tempo atrás, antes da entrada em vigor das leis que alteraram o procedimento do júri (Lei nº. 11.689/08) e o procedimento comum (Lei nº 11.719/08), respectivamente, havia previsão na legislação processual penal de uma prisão cautelar automática para o réu pronunciado que obtivesse maus antecedentes e fosse reincidente.

Além da sobredita prisão proveniente de pronúncia, havia também outra prisão processual automática, a decorrente de sentença condenatória recorrível. Esta fora revogada pelas mesmas leis que extinguíram aquela. Sem embargos de quaisquer repetições inconvenientes, cite-se novamente os esclarecimentos de LIMA (2018, p. 1025/1026), agora em relação à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, pela clareza de suas considerações:

[...] o revogado art. 393, inciso I, do CPP, estabelecia a prisão como efeito automático da sentença penal condenatória recorrível. O revogado art. 594, *caput*, do CPP, de seu turno, exigia o recolhimento do acusado à prisão para poder apelar da sentença condenatória, salvo se fosse primário e portador de bons antecedentes.

Todo o esforço empreendido até aqui tem como escopo evidenciar o traço marcante, trazido pelas diversas alterações legislativas supracitadas, do atual sistema de medidas cautelares, e, especialmente, a perspectiva das prisões processuais. Percebe-se, sobretudo com a revogação das prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, que não existem mais prisões cautelares automáticas, indiferentes ao regime da adequação e necessidade (verdadeiro critério de proporcionalidade) interposto pela última alteração legislativa importante, pela Lei nº 12.403/11.

3.2 Prisão-pena

A prisão-pena consiste na institucionalização do condenado, com sentença penal transitada em julgado e respeitado o devido processo legal, para o cumprimento da pena privativa de liberdade fixada no título judicial.

Encontra-se disciplinada no Título V, Capítulo I, do CP e seu cumprimento é regulado pela Lei de Execuções Penais.

Nesse sentido, LIMA (2018, p. 888) caminha um pouco mais:

A prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam*, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impôs o cumprimento de pena privativa de liberdade [...]. Só pode ser aplicada após um devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade.

Atualmente, no Brasil, segundo informações publicadas pela Agência Brasil com base no levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), no ano de 2016, tem-se cerca de 435.000 (quatrocentos e trinta e cinco mil) pessoas cumprindo pena privativa de liberdade definitiva.

Número em demasia assustador, mas que é, em parte, oriundo da incapacidade de construção um modelo de punição independente das práticas prisionais, ou melhor, a separação do delinquente ainda é a medida mais adequada que se encontra em sede de coação criminal (LIMA, 2018).

A prisão-pena difere, portanto, das supracitadas prisões cautelares, tendo em vista que estas possuem a finalidade de resguardar os interesses processuais e a aplicação da lei penal, ao passo que a primeira tem a função de efetivar o direito de punir concreto do Estado, objetivado através do devido processo legal e do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O Supremo Tribunal Federal, atido a sua importante função republicana de guardião das normas constitucionais, procedeu com três entendimentos diversos acerca da execução provisória da pena (à luz, principalmente, do princípio da presunção de inocência) após a vigência da Constituição de 1988. Tendo sido, o primeiro entendimento, favorável à execução provisória, que prevaleceu desde a promulgação da CF/88 até o ano de 2009 (fato que se confirma por uma gama de julgados).

Posteriormente, a partir de um julgamento realizado pelo plenário em 05.02.2009, no âmbito de HC 84.078/MG, de relatoria do então Ministro Eros Roberto Grau, a corte decidiu, por sete votos a quatro, pela impossibilidade da execução provisória devido sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88).

E, por fim, o terceiro momento materializa-se a partir do julgamento do HC 126.292/SP, onde a Corte mudou seu entendimento anterior (HC 84.078/MG), e passou, novamente a admitir a execução provisória de pena após a condenação em 2º grau de jurisdição.

Ressalte-se que a inexistência de vinculação dos tribunais inferiores a estes entendimentos, devido não ser assunto de Súmula Vinculante, nem tampouco desenvolvidos em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC ou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, nos termos dos arts.102, § 2º e 103-A, *caput*, todos da CF/88.

4.1 Da Vigência da Constituição de 1988 até 2009

Conforme visto em momento anterior, a presunção de inocência obteve reconhecimento pelo ordenamento jurídico pátrio ainda na vigência da Constituição de 1967, que possibilitava a incidência do art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, através de cláusula de remissão à dispositivos compatíveis com o regime constitucional vigente à época, cuja aplicação se dava no âmbito jurisprudencial (MENDES e BRANCO, 2012).

Contudo, a partir da Constituição de 1988 a presunção de inocência foi contemplada de maneira expressa, tendo, inclusive, como termo final de observância, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Apesar da previsão constitucional, durante considerável período de tempo após a promulgação da Carta Magna de 1988, o STF vinha admitindo a execução provisória da pena (ou cumprimento antecipado), depois de proferido Acórdão condenatório em 2ª instância, ainda que pendentes recursos nos Tribunais Superiores.

É o que se pode concluir a partir do Excerto de Julgamento do HC nº 91.675/PR, de 2007, de relatoria da Ministra Carmén Lucia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente “o benefício de apelar” em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. (STF – HC: 91675 PR, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/09/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320)

Com isso, tem-se que, o argumento principal utilizado pela Suprema Corte consubstanciava-se na carência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, nos termos do art. 637, do CPP, pelo que se permitia a execução provisória da pena privativa de liberdade mesmo que ausentes os pressupostos da prisão preventiva (LIMA, 2018).

No mais, a Súmula nº 267 do STJ, que, na mesma linha da jurisprudência dominante no STF, anterior a 2009, ainda em vigor, expressa: “A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”, reforçando, por completo, a ideia de que o princípio da presunção de inocência não impediria a execução provisória de pena privativa de liberdade.

Ressalte-se, por fim, que no período 1988-2009, a Lei n. 12.403, de 2011, ainda não havia alterado a redação do art. 283 do CPP, e, portanto, este ainda não possuía a atual redação: “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”, a partir da qual fica bastante suprimida a possibilidade de execução provisória da pena.

4.2 Análise Jurídica do HC 84.078/MG

Em 2009 o STF alterou completamente o seu entendimento acerca da possibilidade de execução provisória da pena, através do julgamento do HC nº 84.078/MG, cuja decisão fora publicada no Diário da Justiça no dia 26.02.2010. Naquela oportunidade, afastou a possibilidade de execução provisória da pena, quando pendentes de julgamento recursos nos Tribunais Superiores (OLIVEIRA, 2015).

4.2.1 Breve relato do caso

O paciente, Omar Coelho Vítor, havia sido condenado já em segunda instância à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática de homicídio duplamente qualificado. A sua defesa interpôs REsp e RE, sendo o primeiro admitido pelo Tribunal de Apelação. O Ministério Público - MP requereu, então, a prisão preventiva do condenado, com base na possibilidade de fuga e, conseqüentemente, de inaplicabilidade da lei penal. O Tribunal de Justiça acolheu o pleito do MP e decretou a prisão preventiva do acusado.

Com a decretação da preventiva pelo TJ/MG, o réu impetrou HC junto ao STJ, alegando inexistirem requisitos para a prisão extraordinária. O STJ denegou a ordem, com fundamento na possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segundo grau. E, naturalmente, o réu impetrou novo HC, agora na Suprema Corte, com o fim de relaxar a prisão preventiva ilegal e afastar a execução provisória do título judicial.

O caso havia começado a ser julgado na Segunda Turma do STF, que decidiu afetá-lo ao Plenário.

4.2.2 Votação dos Ministros

No julgamento do HC 84.078/MG, a Corte Constitucional decidiu, por sete votos a quatro, conceder a ordem ao paciente Omar Coelho Vítor, com base nos argumentos que serão dispostos a seguir.

4.2.2.1 Votos vencedores

O Ministro Relator Eros Roberto Grau, concedeu a ordem ao paciente e pautou seu voto, fundamentalmente, na desconstrução do entendimento até então adotado, que possibilitava a execução provisória da pena, pela ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, determinada pelo art. 637 do CPP de 1941.

Segundo o Ministro Relator, após a edição da Lei de Execuções Penais Lei nº. 7.210/1984 e da promulgação da Constituição de 1988, o art. 637 do CPP foi superado temporal e materialmente. Levando-se em conta que os arts. 105 (“Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”) e 147, da referida lei de execução, e o inciso LVII, do art. 5º, da CF/88, condicionavam a execução de pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Noutro momento, o Ministro Eros Roberto Grau citou o julgamento de um caso anterior da Corte Suprema - RE 482.006, julgado em 07.11.2007, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski – no qual assentou-se a inconstitucionalidade de lei estadual que impunha redução de vencimento àqueles que respondessem a processo crime por supostas infrações funcionais. Naquela oportunidade, a lei do Estado de São Paulo fora declarada inconstitucional. Com isso, buscou-se argumentar que a Corte considerava indevida qualquer interferência no patrimônio do réu antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, já que não podia restringir o seu direito à liberdade.

Já o Ministro Celso de Mello proferiu seu voto no sentido de conceder a ordem ao paciente, acompanhando integralmente o voto do Relator. Em sede de argumentação, decidiu pela autossuficiência das prisões cautelares para a proteção dos interesses processuais, quando preenchidos seus requisitos e comprovada a necessidade de tal medida.

Naquela oportunidade, venceu ainda a impossibilidade de se afirmar que ocorre um esvaziamento progressivo do princípio da presunção de inocência conforme transferência de instância processual. Para o Ministro Celso de Mello a presunção de inocência impede a outorga de medidas executivas ao réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória de maneira indistinta.

O Ministro Carlos Britto concedeu ordem ao paciente e iniciou seu voto levantando o aspecto substantivo da presunção de inocência, advertindo que a mesma deve ser vista, também, como um direito material a presunção de não culpabilidade, junto ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, que só se esgotariam com o trânsito

em julgado da sentença penal condenatória, de modo que objetassem intervenções estatais desarrazoadas frente à liberdade individual. Portanto, entende o Ministro, tratar-se de algo mais robusto que uma mera garantia processual. Adverte também que a única relativização da presunção de inocência consta do inciso LXI, do art. 5º, da CF/88, que dispõe o seguinte: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Para o Ministro, tal dispositivo, excetua a presunção de inocência apenas quando permite a prisão em flagrante desvinculada de ordem judicial. A única relativização seria esta, visto que para quaisquer outras prisões, cautelar ou definitiva, precisar-se-ia de ordem judicial escrita e devidamente fundamentada, principalmente nos casos de prisões cautelares, pela imprecisão dos requisitos “ordem pública”, “ordem econômica”.

O Ministro Cezar Peluso, que acompanhou integralmente o voto do Relator, concedeu a ordem destacando a irreparabilidade de uma prisão injusta, em particular, uma execução provisória que pudesse ser revista posteriormente. Além do mais, defendeu a inoperabilidade do art. 637 do CPP que trata da ausência de efeito suspensivo no Recurso Extraordinário, frente ao princípio da presunção de inocência.

Segundo este Ministro, outra inteligência relegaria a garantia constitucional à posição acessória, e, à Constituição, posição moral. Por fim, ressona a premissa do voto do Ministro Relator, de que, se a Suprema Corte não permite intervenção no patrimônio quando pendente o trânsito em julgado, não poderia ser diferente quando se tratasse de liberdade, tendo em vista sua.

O ministro Marco Aurélio, concedendo a ordem de HC, ponderou – na mesma linha do ministro César Peluso - acerca da impossibilidade, no campo penal, de retorno ao *status quo ante*, que, diferente da seara cível, não há como garantir o juízo nem exigir caução para a execução provisória de pena privativa de liberdade. Declarou ainda a incompatibilidade da Súmula 267 do STJ, que previa a possibilidade de execução de Acórdão condenatório oriundo de Tribunal de Apelação.

Por derradeiro, o Ministro Gilmar Mendes também acompanhou o voto do Ministro Relator, no sentido de conceder ordem ao HC, fazendo-o com base no argumento fundamental de que, mesmo reconhecendo a premente necessidade de efetividade da Justiça Criminal, a prisão preventiva corresponde a contento à tarefa de por em custódia, durante o processo, àqueles acusados por crimes vultosos. Sendo mais eficiente buscar desenvolver a

prisão preventiva, delimitar as hipóteses de cabimento com maior precisão, do que atropelar garantia tão cara à democracia quanto a presunção de inocência.

4.2.2.2 Votos vencidos

Divergindo do voto do Relator, o Ministro Menezes Direito denegou ordem ao paciente sob as premissas fundamentais de que a jurisprudência praticada no Tribunal desde a nova ordem constitucional de 1988 era acertada, no sentido de permitir a execução provisória, tendo em vista que, no Resp e no RE apenas se discutiam matérias de direito, ao passo que as matérias de fato se exauriam nas instâncias inferiores, tanto que os recursos citados não possuíam efeito suspensivo.

Em seu voto divergente, o Ministro Menezes Direito fez um paralelo entre o aval incontestado da possibilidade de privação de liberdade cautelar, quando, na execução provisória, houvesse algumas dissonâncias. Em sede de argumento final, citou exemplos de países liberais que prescindem do trânsito em julgado para a execução da sentença condenatória, à exemplo dos Estados Unidos, Canadá, França, Portugal, Espanha e Alemanha.

De mais a mais, o Ministro Joaquim Barbosa não concedeu o *Habeas Corpus* ao paciente, pois, segundo ele, as instâncias judiciais ordinárias devem ser levadas a sério e terem reconhecida sua idoneidade para exercer a função que lhes compete. Segundo este Ministro, ainda, admitir a execução da pena somente após o trânsito em julgado implicaria em verdadeiro estado de impunidade, frente ao infindável leque de recursos disponíveis ao réu, correndo o risco de ocorrer a prescrição da pretensão executória Estatal. Encerra seu voto lembrando a ausência de efeito suspensivo dos recursos direcionados aos tribunais superiores e que, após o surgimento do requisito de repercussão geral para a interposição do RE, com o advento da EC nº 45, o legislador constitucional reformador assentou a possibilidade de execução provisória da pena, pois buscou dificultar a imposição dos recursos excepcionais.

A Ministra Ellen Gracie, em sentido contrário ao voto do Ministro Relator, denegou a ordem de HC, pois, considerou que o princípio da presunção de inocência se traduziria predominantemente como regra probatória, pelo que incumbe integralmente à acusação a responsabilidade de produção de prova; quando se trata, no entanto, ao tratamento concedido ao investigado ou réu, a partir da condenação confirmada em Tribunal de Apelação, o que se opera é verdadeira presunção de culpabilidade. Citou ainda a necessidade de analisar a presunção de inocência frente ao postulado da proporcionalidade, que tanto

proíbe os excessos quanto as proteções deficitárias, e, caso se esperasse o transcurso de todas as instâncias para que se procedesse com o aprisionamento definitivo do réu, a comunidade brasileira restaria sobremaneira prejudicada, frente ao já grave estado de violência pelo qual passava à época.

Cabe fazer um breve comentário acerca da maneira pela qual a Ministra encara a regra de tratamento imposta pela presunção de inocência. Conforme sobredito, entendeu a Ministra Ellen Gracie que a partir do Acórdão condenatório proferido em Segunda Instância o que se opera é uma presunção de culpabilidade. Essa postura em nada se coaduna com o desenvolvimento dado ao princípio ao longo da Constituição Democrática de 1988 e entendê-la como tal seria uma regressão ao Rocco código italiano (autoritário) da década de 1930, que influenciou o nosso obsoleto CPP de 1941 (conferir tópico 1.1.2), desmerecendo toda a construção nacional (art. 5º, LVII, da CF/88) e internacional acerca do estado de inocência.

4.3 Análise Jurídica do HC 126.292/SP

No ano de 2016, cerca de seis anos após o julgamento do HC nº 84.078/MG, o STF afetou novamente ao Pleno a questão da execução provisória da pena, agora no âmbito do HC 126.292/SP, com o escopo de rediscutir a matéria.

No entanto, cabe destacar que o entendimento prolatado no referido HC nº 84.078/MG foi fundamental para a alteração do CPP, pela Lei nº 12.403/2011, que disciplinou o regime de cautelares no processo penal, criando medidas cautelares diversas da prisão e concedendo, a esta última, caráter de excepcionalidade. Cite-se também, as alterações procedidas pelas Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008, que revogaram as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível.

Reafirma-se este ponto para demonstrar que, principalmente após o julgamento do HC 84.078/MG, em 2009, houve alterações legislativas importantes que praticamente, ou realmente, impossibilitaram a execução provisória da pena.

4.3.1 Breve relato do caso

Tratava-se de HC impetrado por Maria Clara de Seixas em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em

regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado, contra decisão do Presidente do STJ que indeferiu o pedido de liminar (para que o paciente aguardasse o julgamento dos recursos excepcionais em liberdade) no HC 313.021/SP. Naquela ocasião, a defesa alegou a existência de flagrante constrangimento ilegal que ensejasse a superação da Súmula 631 do STF; que o TJ/SP havia determinado a imediata segregação do paciente sem que houvesse requisitos para decretação de prisão preventiva; que havia transcorrido considerável período de tempo entre o flagrante e a decretação da execução provisória, o que, por si só, dava corroboração ao estado de inexistência de requisitos para acautelamento preventivo; e que a prisão definitiva do paciente seria condicionada ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

4.3.2 Voto dos Ministros

4.3.2.1 Votos vencedores

O Ministro Relator, Teori Zavascki, votou no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, defendendo a compatibilidade da execução provisória com o princípio da presunção de inocência. De início, argumentou a necessidade da restauração do entendimento tradicional da Corte, adotado desde a vigência da CF/88 até o ano de 2009, que admitia a execução provisória da pena após condenação em sede de Tribunal de Apelação. Defendeu a solidez desse entendimento citando as súmulas 716 e 717 do STF, aprovadas no ano de 2003, que versavam sobre a possibilidade de progressão de regime para aqueles que cumpriam antecipadamente pena privativa de liberdade.

Demais disso, alertou acerca do exaurimento da análise do substrato fático a partir da condenação em segunda instância e da ausência de efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário.

Por fim, o Ministro Teori Zavascki argumentou existirem mecanismos jurídicos eficazes para combater eventuais equívocos procedidos pelos juízos condenatórios ordinários, e.g., as medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo aos Recursos Especial e Extraordinário, além do próprio *habeas corpus*.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin, que acompanhou integralmente o voto do Ministro Relator, indeferindo a ordem em HC, ressaltou não entender possível a interpretação literal do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, de modo que, se o fizesse, estaria pondo em pleno descrédito as instâncias judiciais ordinárias.

Nesta toada, advertiu também que os arts. 105 e 147 da Lei de Execuções Penais não podem reforçar a idéia de cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo em vista que o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 (lei posterior à LEP), ao estabelecer que os Recursos Extraordinário e Especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo, delinea a excepcionalidade de tais ferramentas e procedera com a revogação tácita dos dispositivos da LEP.

Dispôs ainda o Ministro Edson Fachin que o STF e o STJ têm de valorar suas respectivas finalidades (previstas nos arts. 102 e 105 da CF/88) de esterilizadores das normas constitucionais e do direito infraconstitucional, e que a Constituição não lhes atribuíra o ônus de saneamento de “injustiças de caso concreto”.

O Ministro Luiz Roberto Barroso também acompanhou o relator, no sentido de não conceder ordem ao HC. O primeiro argumento utilizado pelo Ministro fora a premente necessidade de readequação do entendimento delineado em 2009, no HC 84.078/MG, à realidade da administração da justiça criminal do país, através de uma nova mutação constitucional, que, segundo ele, pode ser entendida como:

Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

Além de defender a mutação constitucional enquanto possível instrumento de adequação da execução provisória da pena à realidade instaurada no país, alertou para os baixos índices de reforma alcançados em sede de RE, que, segundo ele, não chega a 1,5%, a taxa de provimento. Além do mais, ressaltou a necessidade de ponderação entre a presunção de inocência com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol da defesa de bens também contemplados na Constituição (vida, segurança, propriedade – art.5º, *caput*, da CF/88).

O Ministro Luiz Fux, acompanhando o voto do Relator, denegou ordem ao paciente. Para tanto, instrumentalizou seu voto sob o fundamento de que fora assentado na Suprema Corte a coisa julgada em capítulos, pela qual, segundo ele, “as ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitem em julgado”. No caso da

execução provisória, seria possibilitada pelo assentamento da matéria fática após segundo grau. Por fim, ressaltou a necessidade de adequação do princípio da presunção de inocência à realidade brasileira, pelo que citou a obra de Hesse, de modo a não permitir a relativização do texto e sua perda de normatividade.

A Ministra Cármen Lúcia, por seu turno, denegou ordem ao paciente. Nas premissas de seu sintético voto, destacou que desde o HC 84.078/MG era favorável a execução provisória da pena, pelo fato de entender que o inciso LVII, do art.5º, da CF/1988 não inibe o início da execução, mas sim o juízo de culpa enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença, entendido este como “carimbo de culpa” com consequências para além do Direito Penal. Por fim, reverberou a preclusão da matéria fática após a condenação em 2ª instância, o que também subsidiaria a execução da pena antecipadamente.

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes, mudando seu posicionamento, em relação ao seu voto no HC 84.078/MG, denegou a ordem ao paciente, entendendo ser possível, agora, a execução provisória da pena. Segundo Mendes, há de haver um tratamento progressivamente mais gravoso, em relação ao investigado/acusado, conforme a sucessão de instâncias processuais. A partir do Acórdão condenatório de Tribunal de segunda instância, já se tem um provimento jurisdicional conciso que justifique o cerceamento antecipado. Por fim, destacou que as declarações de direito não exigem o trânsito em julgado para a superação da presunção de inocência, mas, tão somente, da fixação legal da culpa, a ser determinada pelas leis ordinárias regulamentares.

4.3.2.2 Votos vencidos

A Ministra Rosa Weber, em resumido voto, divergiu do Relator e concedeu a ordem ao paciente, justificando seu posicionamento, basicamente, na solidez e profundidade do entendimento desenvolvido no HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau. Segundo ela, ainda que ciente das questões pragmáticas envolvidas, não se sentia à vontade para mudar o entendimento que vinha sendo desenvolvido, inclusive, sob a justificativa da necessidade de postergar segurança jurídica à população

Já o Ministro Marco Aurélio, confessadamente dedicado à impossibilidade da execução provisória da pena, não acompanhou o voto do Ministro Relator e, com isso, concedeu ordem ao paciente. Para ele, não desconhecendo o período difícil da segurança do país, são nos tempos de crise que os preceitos constitucionais devem se afirmar com máxima força.

Para o Ministro Marco Aurélio, não haveria nenhuma margem hermenêutica para definição de outro termo final para a presunção de inocência, de acordo com o art. 5º, LVII, da CF/88, que não fosse o trânsito em julgado, sem que se desrespeitasse a vontade do legislador constitucional originário timbrada no campo das cláusulas pétreas. Por último, ressaltou a impossibilidade de retorno ao *status quo ante* caso a execução provisória se demonstre equivocada.

O Ministro Celso de Mello, ao acompanhar a divergência e conceder ordem ao HC, baseou seu voto no profundo grau de historicidade do postulado processual da presunção de inocência, afirmando que, a forma utilizada pelo constituinte brasileiro não abre margem para interpretações relativistas, no sentido de permitir a antecipação do cumprimento da pena. Noutra senda, levantou a impossibilidade de comparação entre o Brasil e a França ou Estados Unidos, tendo em vista que os dispositivos constitucionais respectivos, relacionados com a presunção de inocência, além de não impor o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, possuem formação distinta.

Finalmente, o Ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou a divergência e concedeu ordem ao HC, por entender impassível de conformações hermenêuticas o disposto no art.5º, LVII, da CF/88, que, segundo o Ministro, possui taxatividade patente. Aduziu serem evitados de efeito suspensivo os Recursos excepcionais (REsp e RE), no que tange à possibilidade de execução da pena, pois que, quando confrontados com o dispositivo constitucional atinente á presunção de inocência, não há que se postergar à regulamentação infraconstitucional poderes supraconstitucionais.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski citou o posicionamento da Corte na ADPF 347 e no RE 592.581, pelos quais definiram como verdadeiro estado de inconstitucionalidade a situação do sistema penitenciário brasileiro. Neste raciocínio, como poderia o Supremo, ao mesmo tempo em que determina o estado de lástima da estrutura penitenciária do país, e permite que presos sem culpa plenamente definida integrem tal sistema.

É de suma importância ressaltar que este último entendimento firmado pelo STF no HC 126.292/SP, no sentido de permitir a execução provisória da pena, é de todo conflitante com o art. 283 do CPP, que, com alteração procedida pela Lei nº. 12.403/2011, possui a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência

de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Conforme se percebe, o dispositivo, após alteração superveniente ao julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, e por ele influenciada, regulou de maneira precisa a prisão, seja ela cautelar ou definitiva. Impondo que a restrição da liberdade, no âmbito criminal, se dará (a) pelo flagrante, para fazer cessar a atividade delituosa, e que prescinde de ordem judicial (b) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou (c) também por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária e definitiva.

Assim, distinguiu-se legalmente as modalidades de prisão provisória e prisão definitiva. Sendo o flagrante uma prisão acessória, para fazer cessar a atividade delituosa, tal prisão deve ser imediatamente comunicada a autoridade judiciária competente para que decida acerca de sua manutenção ou não.

Acerca da impossibilidade de execução provisória, após as alterações da Lei nº. 12.403/2011 no CPP, e, especialmente, no mencionado art. 283, OLIVEIRA (2015, p. 499) assevera:

[...] a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar,; jamais descumprir.

Pelo antagonismo entre o art. 283 do CPP e o novo entendimento do STF (HC 126.292/SP), e pela carência de efeito vinculante, foram propostas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's 43 e 44) perante a Suprema Corte, para que houvesse pronunciamento acerca da (in)constitucionalidade do referido dispositivo do CPP. Portanto, caso fosse declarada constitucional, não poderia mais prosperar o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena. E vice-versa.

Manifestando-se acerca de pedido liminar na ADC nº 43, que solicitava a suspensão da execução provisória até o julgamento final da ação, os Ministros indeferiram o pedido liminar, por seis votos a quatro, sob a seguinte tese:

Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação

assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Com isto, restou evidenciada a profunda controvérsia constitucional gerada pela execução provisória da pena, agravada sobremaneira pela inexistência de decisões com efeito vinculante do STF (e.g., ADC, ADI ou Súmula Vinculante).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tudo o que foi traçado nos capítulos anteriores, sem nenhuma pretensão de exaurir as discussões jurídicas sobre o tema, mas com a finalidade de contribuir no avanço da determinação normativa da presunção de inocência, e, conseqüentemente, de suas irradiações no Processo Penal, enquanto regra de tratamento, a presente pesquisa, intitulada “A execução provisória de pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância à luz do princípio da presunção de inocência”, resultou nas considerações apresentadas a seguir.

Viu-se que o princípio da presunção de inocência possui sólida base histórica, tendo em vista a existência de institutos similares ainda no Direito Romano. E, ainda, que o referido princípio somente fora abordado de maneira expressa em documento constitucional após a Revolução Francesa de 1789, através do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo este o ponto mais significativo de seu desenvolvimento.

No Brasil, a presunção de inocência foi positivada pela primeira vez na Constituição de 1988 - já no núcleo intangível das cláusulas pétreas - no rol de direitos e garantias individuais do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. No entanto, a redação concedida ao princípio pelo constituinte originário carece de maior densidade, no particular, em relação à fórmula presunção de “não-culpabilidade”, em detrimento da opção mais recorrente “presunção de inocência”.

Além disso, a Constituição de 1988 deu grande passo em prol de um processo penal mais racional e humano quando definiu como termo final da presunção de inocência o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No mais, de revés ao sistema constitucional de garantias individuais de liberdade, disposto no art. 5º da CF/88, o Código de Processo Penal possui forte influência do autoritário Código Rocco italiano de 1930, que, inclusive, julgava a presunção de inocência como grande óbice à consumação dos interesses processuais, cujas diferenças demandaram - e ainda demandam - forte esforço legislativo e jurisprudencial voltado à adequação constitucional do CPP.

Ainda, aferiu-se que, de acordo com a Teoria dos Princípios, as normas constitucionais se subdividem em regras e princípios. Tendo as primeiras, como traço principal, a aplicação segundo o regime de tudo ou nada, de maneira disjuntiva. No mais, sempre que surgir conflito entre duas ou mais regras, e desde que uma não se configure

enquanto exceção de outra, há de se resolver o imbróglio mediante os critérios tradicionais de solução de antinomias (especialidade, hierarquia, cronologia).

Já no caso dos princípios, estes são normas eivadas de considerável abstração, possuem a dimensão do peso, pela qual, quando de sua aplicação, devem ser ponderados junto de outras normas-princípio igualmente constitucionais, ou melhor, a aplicação de um princípio não prescinde de levar em consideração as variáveis jurídicas e factuais do caso *sub judice*. Pelo que, voltando-se à presunção de inocência, esta se enquadra na categoria das normas-princípios pelo seu profundo teor idealista e axiológico, exigindo-se, para a sua aplicação, a conformação jurídica e fática.

Da necessidade de adequação jurídica do princípio da presunção de inocência às variáveis fáticas e jurídicas, ponto delicado consiste na possibilidade de execução provisória da pena, após condenação em segundo grau. Desde a vigência da CF/88, a jurisprudência do STF era pacífica no sentido de permitir a execução provisória da pena, sob o argumento de carência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário (art. 637, CPP).

Contudo, no julgamento do HC nº. 84.078/MG, em 2009, os ministros, por sete votos a quatro, decidiram pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Os principais argumentos foram que os arts. 105 e 147, da Lei nº. 7.210/84 (LEP), supervenientes ao CPP, e que condicionam a execução da pena privativa de liberdade e restritiva de direitos ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, haveriam revogado tacitamente o art. 637 do CPP; que o manejo adequado da prisão preventiva demonstrava-se suficiente para acautelar o réu ou o indiciado durante todo o *iter* processual; e que, diferentemente da seara cível, em sede de direito penal não haveria possibilidade de retorno ao *status quo ante*, após eventual execução provisória indevida.

O entendimento sobredito influenciou na edição da Lei nº. 12.403/2011, que alterou a redação do art. 283 do Código Penal, no sentido de autorizar a prisão em quatro hipóteses: flagrante delito, prisão preventiva, prisão provisória e após sentença penal condenatória transitada em julgado.

Em outra oportunidade, agora no HC nº 126.292/SP, no ano de 2016, novamente por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de execução provisória da pena. Nesta oportunidade, os principais argumentos foram que a partir do segundo grau de jurisdição, ocorreria a preclusão do julgamento da matéria fática, e, portanto, já haveria forte juízo de culpabilidade; que o índice de provimento de Recursos Extraordinários era consideravelmente baixo, em torno de 1,5 %; e que deve-se ponderar o princípio da presunção de inocência perante outros princípios igualmente constitucionais.

Do exposto, conclui-se que, mesmo com a recorrente exploração do tema pelo Tribunal Constitucional pátrio, ainda não houve nenhuma decisão vinculante que pusesse à cabo a discussão acerca da possibilidade de execução provisória de pena, principalmente, levando-se em conta o alcance do princípio da presunção de inocência. Tal estado de coisas pode ser alterado quando do julgamento de mérito das ADC's 43 e 44, que pleiteiam justamente a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código Processo Penal, o que, por via de consequência, obstará a execução provisória de pena privativa de liberdade.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- _____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, 1984.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- _____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre prisão temporária**. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC: 91675 PR. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756171/habeas-corpus-hc-91675-pr?ref=juris-tab>>. Acesso em: 06 jul. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC: 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 jul. 2018
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC: 126.292 SP. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2018
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASARA, Rubens R R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume Único. 6. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

VERDÉLIO, Andreia. Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. **Agenciabrasil**, 2017. Disponível em:

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 06 jul. 2018