



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCEG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

ROMÁRIO ESTRELA PEREIRA

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

SOUSA

2017

ROMÁRIO ESTRELA PEREIRA

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL 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(a): Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2017

ROMÁRIO ESTRELA PEREIRA

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Data de aprovação: 13 / Março / 2017

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Prof.^a Ana Flávia Lins Souto

Prof. Francisco César Martins Oliveira

Dedico este trabalho à minha amada e saudosa avó, dona Raimunda, na certeza de que a sua presença em minha vida foi a principal fonte de crescimento, face ao seu exemplo de honestidade, dedicação aos seus ideais e doação incondicionada à sua família, especialmente filhos e netos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço sempre ao Grande Arquiteto do Universo, porque sem a presença dele eu não chegaria até aqui, vem dele tudo o que sou, o que tenho e o que espero.

Aos meus pais, Solange e Sérgio “in memoriam”, que, com simplicidade e amor, moldaram meu caráter.

Aos meus irmãos, Lucas e Léia, detentores do meu amor incondicional.

A minha avó, dona Raimunda, que fez do seu coração um ventre materno, e ao meu avô, Francisco, exemplo de honestidade e perseverança.

Aos meus tios e tias, pela força e motivação que sempre me proporcionaram.

Aos meus amigos e amigas da Universidade Federal de Campina Grande e da Faculdade São Francisco da Paraíba, que sempre torceram por mim no decorrer da vida acadêmica, em especial o GDD (Galera do Dominó).

Aos meus amigos Arthur, Mateus, Gustavo, Stênio, Kaio, e Romário, pelo apoio de sempre.

As minhas amigas, Eloisa, Fernanda, Amanda, Priscylla, que sempre estão presentes na minha vida, tanto nos momentos ruins, como nos momentos de felicidade, em especial, Fernanda Lima.

Um agradecimento especial a Luanda Mendes, que me acompanhou na construção deste trabalho, me apoiando e incentivando, pela qual sinto um imensurável carinho.

Aos demais professores que fizeram parte da minha vida acadêmica.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao amigo e orientador, professor Eduardo Jorge, que em todos os momentos se revelou um grande mestre não só no âmbito jurídico, como também na vida fora da bancos acadêmicos, me ajudando na concretização deste trabalho acadêmico.

A todos vocês, minha eterna gratidão!

“As correntes do rio foram mais generosas que o meu remar contra elas. Não cheguei aonde planejei ir. Cheguei, sem querer, aonde o meu coração queria chegar, sem que eu soubesse”.
Rubem Alves

RESUMO

A execução provisória da pena consiste na possibilidade de cerceamento da liberdade do acusado para fins de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Outrora, com o julgamento do Habeas Corpus nº 83.078/MG, o Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento de que o cabimento da execução provisória da pena afrontaria o princípio da presunção de inocência positivado na Constituição Federal. Entretanto, no dia 16 de fevereiro de 2016, o entendimento pacificado pela jurisprudência foi colocado em debate no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, que admitiu a execução antecipada da pena após a confirmação da sentença condenatória no Tribunal de apelação. Dessa forma, o presente trabalho monográfico tem como objetivo geral analisar a ilegalidade da execução provisória da pena diante dessa atual postura, partindo-se da abordagem acerca da pena e os tipos de prisão relacionados ao tema. Em seguida, faz-se um estudo acerca do princípio da presunção de inocência, destacando-se a sua origem na Constituição Federal de 1988, a seguir, aborda-se a colisão entre princípios constitucionais e a resolução de possíveis conflitos. E por fim, faz-se um estudo acerca do princípio da presunção de inocência e sua compatibilidade com a prisão cautelar, além de análise das inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, a seguir, examinando a idealização do entendimento jurisprudencial acerca da execução provisória da pena até a decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP e elencando os principais aspectos favoráveis e contrários referidos na decisão. Por fim, conclui-se que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal afronta claramente o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez agraciado como preceito basilar do estado democrático de direito, o qual exige o trânsito em julgado da decisão condenatória para admitir a execução da pena.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Presunção de inocência.

ABSTRACT

The provisional execution of the penalty consists in the possibility of restricting the freedom of indictment for purposes of punishment, before judging the conviction. The Supreme Federal Court, in accordance with Habeas Corpus nº 83.078 / MG, provided the interpretation of the sentence of the principle of presumption of innocence in the Federal Constitution. In the judgment of Habeas Corpus No. 126, 292, which admitted an advance execution of the penalty after confirmation of the conviction in the Court of Appeal. Thus, the present monographic work has as general objective to analyze an illegality of the provisional execution of the sentence of this current exposition, starting from the approach in the sentence and the types of prison related to the subject. Next, a study is made on the principle of presumption of innocence, highlighting its origin in the Federal Constitution of 1988, followed by a collision between constitutional principles and a resolution of possible conflicts. And finally, a study on the principle of presumption of innocence and its compatibility with a preventive prison and an analysis of the innovations brought by Law no. 12403/2011, below, to examine the idealization of the jurisprudential understanding of the provisional execution of the judgment until the Habeas Corpus decision no. 126,292 / SP and the list of the favorable and opposing directors for the decision. In conclusion, the current understanding of the Federal Supreme Court clearly outlines the constitutional principle of presumption of innocence, once granted the basic rule of the democratic state of law, which requires the final judgment of the sentence.

Keywords: Provisional execution of the penalty. Presumption of innocence.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART	Artigo
CF/88	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execuções Penais
REL	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1 CONCEITO DE PENA.....	13
2.2 FINALIDADE	13
2.3 TIPOS DE PRISÃO	155
2.3.1 Prisão cautelar.....	166
2.3.2 Prisão preventiva	17
2.3.3 Prisão em flagrante.....	1919
2.3.4 Prisão temporária.....	233
3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INSERIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	255
3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS LEGAIS	288
3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..	2929
3.3 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	322
3.4 A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	
333	
4 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	355
4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO CAUTELAR	366
4.2 AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.403/2011	388
4.3 APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DOS VALORES.....	39
4.4 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	422
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	522
REFERÊNCIAS	555

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade da execução antecipada da pena sempre fomentou embates na jurisprudência, doutrina e entre os operadores do direito ao longo dos anos, e consiste na execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram diversos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, dentre eles, a presunção de inocência, positivada em seu artigo 5º, LVII, vigorando a regra de que ninguém fosse considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, passou a garantir a preservação da liberdade do acusado enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

O princípio da presunção de inocência obteve destaque no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7/MG, em fevereiro de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que não seria possível a execução provisória da pena antes da sentença transitar em julgado, anteriormente admitida por alguns Tribunais.

Decorridos mais de sete anos, em 17 de fevereiro de 2016, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, o entendimento pacificado pela jurisprudência passou de um extremo para o outro. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão favorável à execução antecipada (provisória) da pena, após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação.

Nessa senda, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, analisar o princípio da presunção de inocência como garantia de natureza penal previsto na Constituição Federal, sua evolução, conceito, desdobramentos e aplicabilidade no âmbito jurídico face ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em permitir o início do cumprimento da reprimenda estatal antes da sentença penal condenatória transitar em julgado.

A pesquisa, quanto ao questionamento, fora qualitativa, buscando demonstrar a não possibilidade da execução penal provisória frente a esse novel, pela perspectiva do estudo, que esclarece Mezzaroba e Monteiro (2014) ter o objetivo de se chegar a fundamentos hegemônicos sobre a temática. Para atingir a finalidade perseguida, utilizara-se o método dedutivo, eis que se partira da análise do conceito

de pena, sua evolução e espécies de prisão, passando pela construção da presunção de inocência como garantia constitucional, até se alcançar os fundamentos guerreados no entendimento atacado, identificando os seus reflexos e a sua dissonância com o ordenamento jurídico, o que se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na legislação, doutrina e jurisprudência.

Desta forma, no primeiro capítulo desse estudo, buscou-se descrever as noções sobre pena, sua evolução histórica e finalidade. A seguir, foram apresentados os tipos de prisão admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, descreveu-se a caminhada do instituto da presunção de inocência até a sua inserção na Constituição Federal de 1988, chegando à discussão da possibilidade do encarceramento provisório do réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por seguinte, no terceiro capítulo, realizou-se um estudo sobre o princípio da presunção de inocência, sua compatibilidade com a prisão cautelar e uma análise das inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011. A seguir, fez-se uma análise da aplicação da ponderação dos valores. Após, examinou-se os entendimentos jurisprudenciais no decorrer dos últimos anos acerca da execução provisória da pena, até a decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP, elencando-se os principais aspectos favoráveis e contrários referidos na decisão, com objetivo de demonstrar a incompatibilidade do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal com o princípio constitucional da presunção de inocência.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A aplicação das sanções penais no Brasil sofreu diversas alterações ao longo dos anos em meio as constantes mudanças sociais sucedidas no país, tendo como esteira a nova ordem constitucional. Sendo que, desde os primórdios de sua colonização pelos Portugueses até o advento do Estado Democrático de Direito, as penas tiveram funcionalidades distintas motivadas diretamente pelo padrão político da época.

Nos anos pretéritos vigoraram penas corporais assustadoramente severas e cruéis, com ênfase no Código Filipino; reputado pela ignorância aos valores humanamente fundamentais, pelo diversificado número de condutas proibitivas, e pelas incontáveis punições extremamente desumanas (açoites, degredo, mutilação, queimaduras, etc), onde havia desigualdade no tratamento das pessoas, pois as condições econômicas do réu eram relevantes para estabelecer a forma de sua punição.

Conforme a Independência em 1822, o Brasil passou a buscar uma verdadeira evolução nos seus valores humanos, sociais e políticos, sendo que da Constituição de 1824 decorreram as primeiras ideias acerca dos princípios fundamentais do direito penal, e, por conseguinte, no ano de 1830, desencadearam no Código Criminal, que reduziu as infrações punidas com pena de morte e as penas tirânicas.

Em virtude da era republicana no Brasil, iniciada em 1889, houve a abolição das penas de banimento, as sanções de caráter perpétuo e a pena de morte. Em 1940 foi promulgado o Código Penal, que veio sendo modificado ao longo dos anos, e, especialmente, após a Constituição Federal de 1988, vigorando até hoje.

O Código Penal anuncia no seu art. 32¹ as espécies de penas cabíveis ao autor de um fato punível, que podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito e pena pecuniária.

¹ Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

2.1 CONCEITO DE PENA

Pena é uma espécie de sanção penal, isto é, uma retribuição do Estado ao descumpridor da norma penal incriminadora.

Conceitualmente, pena “é a sanção imposta pelo Estado, através da Ação Penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes” (NUCCI, 2005).

2.2 FINALIDADE

Para a Escola Positiva (Cesare Lombroso), a pena funda-se na defesa da sociedade, tem como objetivo a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo.

Já para a Escola Clássica (Francisco Carrara), a pena surge como forma de prevenção de novos delitos, defesa da sociedade: “*punitur ne peccetur*”². É obrigação ética, reequilíbrio do sistema: *punitur quia peccatum est*³.

De acordo com os seguidores da Escola Moderna Alemã (Franz Von Lizst), cuida-se de instrumento de ordem e segurança social, função preventiva geral negativa.

Na Escola Penal Humanista (Vicenzo Lanza), a pena é forma de educar o culpado.

De acordo com os seguidores da Escola Moderna Alemã (Franz Von Lizst), cuida-se de instrumento de ordem e segurança social, função preventiva geral negativa.

A *Terza Scuola* Italiana (Emanuele Carnevale), por sua vez, possui amparo em conceitos clássicos e positivistas. Para os adeptos da Escola da Nova Defesa Social (Filippo Gramatica), por sua vez, a pena é uma reação da sociedade com

² Pune-se para que não se peque.

³ Pune-se porque é pecado.

objetivo de proteção do cidadão. Ademais, desde a Idade Média a finalidade da pena é causa de intensa discussão.

Para os utilitaristas, a pena age como instrumento de prevenção, um artifício para alcançar determinadas finalidades. Conforme a prevenção geral negativa, a pena deve intimidar psicologicamente a sociedade.

No ponto de vista da prevenção geral positiva, a finalidade da pena é evidenciar a vigência da lei. Nesse entendimento o Roxin faz a seguinte menção:

Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos.” Denota-se aqui o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopresando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. (ROXIN apud GRECO, 2011, p.474)

Sob o prisma da prevenção especial negativa, a pena deve servir para obstar a reincidência, não se confundindo com a prevenção especial positiva, que tem como finalidade a ressocialização do delinquente.

No que se refere á prevenção especial negativa o autor Rogério Greco dispõe:

Pela prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade. (GRECO, 2011, p.474)

Por seu turno, os ecléticos são responsáveis pela unificação das teorias preventivas e absolutistas. Consentem que não há possibilidade de desunir uma e outra finalidade da pena, porque a necessidade da sanção penal é sempre uma repreensão e um meio de prevenção (geral e especial).

O Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária, ou seja, entende-se que a pena possui tríplice finalidade: retributiva, preventiva e reeducativa.

Nas palavras de Rogério Greco (2011, p.473):

[...] Nosso Código Penal, por intermédio do artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

No mesmo diapasão, Fernando Capez (2011, p.385) faz a seguinte explicação: “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (punitur quia peccatum est et ne peccetur)”.

Como bem sinaliza Luiz Regis Prado (2005, p. 563):

De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de conciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua denegação.

Portanto, é cristalino o caráter punitivo e reeducativo da sanção penal, de forma que ela deverá ser justa e adequada, considerando a proporcionalidade em face da gravidade do ato delitivo.

É imperioso ressaltar o posicionamento do autor Luiz Regis Prado (2005, p.522) no que diz respeito à pena: “A pena- espécie de gênero sanção penal- encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos”.

2.3 TIPOS DE PRISÃO

A Constituição Federal de 1998 instituiu no seu art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, dispondo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme esse direito, outorgado constitucionalmente, o acusado não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com efeito, a aplicação de qualquer consequência prevista em lei como sanção punitiva fica impossibilitada.

Como desdobramento desse princípio, a pena privativa de liberdade, ou limitação do direito de ir e vir, por meio do encarceramento, corolário à prática de um

ilícito penal, poderá ocorrer tão somente quando a sentença penal condenatória não puder mais ser passível de recurso.

No entanto, existem circunstâncias que requerem uma antecipação do tolhimento da liberdade do suposto autor do delito, como meio de assegurar o seguimento útil da jurisdição penal.

Deveras, a prisão-pena é uma das garantias da política de repressão criminal estatal, apesar dos vários questionamentos acerca da sua eficácia, principalmente no que se refere aos crimes de menor gravidade. Possui natureza de direito penal material, uma vez que objetiva o cumprimento da pretensão punitiva do Estado, e, na qualidade de desdobramento do princípio constitucional da presunção de inocência supramencionado, apenas pode ser decretada posteriormente ao trânsito em julgado da decisão antagônica.

Já as intituladas prisões processuais ou medidas cautelares são disposições excepcionais, que só podem ser justificadas tão somente dentro da margem legal e se fundamentadas nos motivos que a ocasionam, tendo como objetivo a garantia da ordem social e jurídica. São sempre medidas subsidiárias ao processo principal, não obstante a hipótese de antecedência deste. Apenas podem ser utilizadas por intermédio de controle judicial, que, na maioria das hipóteses, é anterior e deve manter relação direta com o crime, objeto processual, sendo inaceitável uma prisão cautelar mais gravosa ao réu do que a sanção abstratamente prevista.

De acordo com a legislação processual brasileira são quatro as espécies de prisões, dentre elas: prisão cautelar; prisão preventiva; prisão em flagrante; prisão temporária.

2.3.1 Prisão cautelar

A prisão cautelar encontra-se consolidada no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988⁴ e deve ser utilizada para garantir que o processo seja eficaz quanto à sua finalidade, para assegurar a ordem econômica, a ordem pública e para conveniência da instrução criminal.

⁴ Art. 5.º [...]

LXI – 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;

A prisão cautelar é definida como uma medida urgente que tem como objetivo uma prestação jurisdicional digna em proveito do Estado no processo penal. A prisão cautelar não pode ser instituída para dar satisfação à coletividade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de deturpar a sua natureza instrumental (LIMA, 2011).

Em suma, a prisão cautelar é uma maneira de prevenção de um eventual direito de punir, através da qual se objetiva afastar os riscos à instrução do processo ou à eventual imposição da lei penal (NICOLITT, 2011).

2.3.2 Prisão preventiva

Prisão preventiva é espécie do tipo “prisão cautelar de natureza processual”. É aquela medida restritiva de liberdade determinada pelo juiz, em qualquer fase inquisitorial ou da instrução criminal, como providência cautelar, seja para preservar a ordem pública ou econômica, seja para garantir eventual execução da pena, seja por interesse da instrução criminal.

A prisão preventiva é uma medida extrema, pois está sendo aprisionada uma pessoa que não foi sentenciada.

O artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece os requisitos para decretação da prisão preventiva: como garantia da ordem pública; como garantia da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal; ou assegurar a aplicação da lei penal.

De acordo com Nucci (2011):

O legislador poderia ter ousado, definindo ou detalhando o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como garantia da ordem pública e da ordem econômica. Não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto.

O requisito da prisão para assegurar a aplicação da lei penal, objetiva proteger o resultado útil do processo, ou seja, prevenir a fuga do acusado. Para tanto, deve haver indícios cristalinos que corroborem a suspeita da fuga.

Para Carnelutti (1950 apud LOPES JUNIOR, 2011, grifos do autor):

Quando se diz que para emitir um mandado de prisão é necessário que existam indícios suficientes de culpabilidade, “**não se está dizendo nada**”. A proposição “indícios suficientes” não diz nada. Como questiona o mestre italiano, devem ser suficientes, isso é óbvio, mas para quê? Sem indícios suficientes, sequer uma acusação pode ser formulada. Qual é o valor das provas de culpabilidade exigido para que o imputado possa ser detido? Será aquele mesmo que é necessário para ser processado?

A conveniência da instrução criminal relaciona-se, *verbi gratia*, às tentativas de suborno de peritos ou testemunhas, eliminação de provas etc. Situações em que se preserva o acusado sob tutela, para examinar de forma clara os fatos. Todavia, não se pode confundir com o direito constitucional ao silêncio e de não produzir prova contra si. Nas palavras de Delmanto Junior (2001) “as mencionadas atitudes contrárias ao interesse da instrução jamais podem se caracterizar pela negativa do acusado em colaborar, em função dos direitos ao silêncio e à ampla defesa”.

As definições sobre garantia de ordem pública e garantia da ordem econômica são muito incertas, o que as torna objeto de severas críticas pela doutrina.

Habitualmente conceituam a “ordem pública” como o “clamor público”, para os crimes que geram um alvoroço social, com ampla repercussão e comoção na sociedade, ou que são cometidos com maior gravidade e crueldade. Como exemplo desse conceito, ressalta Nucci (2011):

Devemos conferir a garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal.

A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.

Tais elementos não precisam ser encontrados cumulativamente, bastando que exista, pelo menos, um binômio, como regra.

Nesse caminho, a prisão seria a resposta estatal à sociedade, preservando a credibilidade da Justiça.

No tocante à garantia da ordem econômica, Nucci (2011) defende que é uma espécie de gênero, já que, quando abalada, gera gravame na ordem pública, usado para os crimes de colarinho branco. Usa-se a magnitude da lesão econômica para justificar a prisão cautelar, afastando a sensação de impunidade.

2.3.3 Prisão em flagrante

Flagrante, do latim *flagare*, significa ardente. *Flagrantis* é o brilhante, incandescente, ou seja, visível, evidente. Por isso, prisão em flagrante tem “natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal” (NUCCI, 2012).

Conforme entendimento de Tourinho Filho (2007):

Flagrante, do latim *flagrans*, *flagrantes*, significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão flagrante delito, para significar o delito, no instante mesmo da sua perpetuação, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, dispõe “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”.

A priori, a prisão em flagrante tem natureza administrativa justamente porque dispensa ordem judicial expressa e fundamentada para isto, nos moldes do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. Isso se deve ao fato de que a prisão em flagrante pode ser ponderada de forma manifesta, evidenciada por qualquer pessoa da sociedade, dispensando-se, por conseguinte, a análise por parte do juiz de direito. Já em uma segunda conjuntura, essa modalidade de prisão deverá sujeitar-se à avaliação judicial da sua legalidade, caráter judicial (ALVES, 2011).

Predomina na doutrina pátria o entendimento de que a prisão em flagrante possui natureza jurídica de ato complexo, no sentido de que ela seria um ato administrativo na gênese, sendo judicializada ao final (TÁVORA; ALENCAR, 2009).

A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de afastamento provisório do autor do delito. Dessa forma, necessita tão somente a aparência da tipicidade, não se exigindo qualquer valoração a respeito da ilicitude e a culpabilidade, outros dois pressupostos para configuração do crime. (NUCCI, 2012). Entretanto, ainda que o princípio da insignificância afaste a tipicidade do crime, não se admite que a autoridade policial deixe de efetuar a prisão em flagrante

com base nesse fundamento, uma vez que tal princípio deve ser analisado apenas pelo magistrado (ALVES, 2011).

O flagrante é uma medida pré-cautelara, ou seja, destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que opte ou não por uma autêntica medida cautelar. Entende-se por uma medida soberana, com caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo (o flagrante não ocasiona imperiosamente a prisão preventiva, há situações em que a preventiva existe sem prévio flagrante) (BANOCLOCHE PALAO, 1996, apud LOPES JUNIOR, 2013). O flagrante por si só não prende e muito menos mantém alguém preso além das 24 horas imprescindíveis para sua elaboração. Por consequência, para que o agente continue preso ou sujeitando-se a qualquer medida cautelar, é imperiosa a existência de uma decisão judicial fundamentada (LOPES JUNIOR, 2013).

Entretanto, cabe mencionar que em determinados casos haverá possibilidade de homologação da prisão em flagrante, com lavratura do Autor de Prisão em Flagrante Delito – APFD, tampouco se exigirá fiança, se o autor do ato delitivo for imediatamente encaminhado ao juízo competente ou assumir a obrigação de a ele comparecer, embora seja possível o encarceramento da pessoa. Tais situações incorporam infrações de menor potencial ofensivo (art. 69, parágrafo único, da Lei 9099/95)⁵ e crime de porte de entorpecente para consumo (art. 48, § 2º, da Lei 11.343/06).⁶

O flagrante pode ser facultativo, ou seja, aquele realizado por qualquer cidadão, que não está obrigado a realizá-lo. Trata-se aqui de um caso de exercício regular de um direito. Caso a prisão efetuada seja ilegal, a pessoa poderá ser responsabilizada penalmente por crime de constrangimento ilegal ou até de sequestro. A outra modalidade trata-se do flagrante obrigatório, aquele imposto às autoridades policiais, sob pena de responsabilidade criminal e funcional pela sua negligência, desde que obviamente seja possível a efetivação do flagrante. Trata-se de estrito cumprimento do dever legal (ALVES, 2011).

⁵ Art. 69 [...] Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

⁶ Art. 48 [...]. § 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

É possível a efetivação da prisão em flagrante nos crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação, se a vítima estiver presente, autorizando-a (NUCCI, 2012).

A prisão em flagrante se divide em espécies⁷, conforme se expõe abaixo:

Flagrante próprio ou perfeito – é quando realmente existe o flagrante. Ocorre quando o agente está cometendo a infração penal (art. 302, inciso I, do CPP) ou acaba de cometê-lo (art. 302, inciso II, do CPP), restando evidente a materialidade da autoria e do crime. “A prisão em flagrante, nesse caso, é detentora de maior credibilidade. Ocorre quando o sujeito é surpreendido durante o *iter criminis*, praticando a conduta descrita no tipo penal sem, contudo, tê-lo percorrido integralmente” (LOPES JUNIOR). Do mesmo modo, quando o agente acaba de consumir o delito, encontrando-se ainda na cena do crime e sendo necessárias, no entanto, informações verídicas de que a pessoa é realmente a autora dos fatos, que pode se tratar, a título de exemplo, de pessoa que chegou a casa após o assassinato e a fuga do verdadeiro criminoso (REIS; GONÇALVES, 2014).

Flagrante impróprio ou imperfeito – ocorre quando o agente é perseguido, logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo, logo , em situação que faça presumir ser autor da infração. De acordo com Lopes Junior (2013), “a perseguição exige uma continuidade, em que o perseguidor (autoridade policial, vítima ou qualquer pessoa) vá ao encalço do suspeito, ainda que nem sempre tenha o contato visual”. E continua dizendo que “deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie ‘logo após’ o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência”.

A perseguição pode até durar horas ou dias, desde que tenha se iniciado “logo após” a prática do crime. Isso afasta por completo a crença popular de que um indivíduo só pode ser preso ao longo das 24 horas decorridas após a prática do delito (ALVES, 2011).

O crime habitual é aquele no qual a consumação se dá através da “prática de várias condutas, em sequência, de modo a evidenciar um comportamento, um estilo de vida do agente, que é indesejável para a sociedade” (NUCCI, 2012).

⁷ Também são espécies de prisão em flagrante: flagrante presumido ou assimilado (art. 302, IV, CPP), flagrante preparado ou provocado (Súmula 145, Supremo Tribunal Federal), flagrante forjado, flagrante esperado, flagrante diferido ou retardado (art. 2º, II, Lei nº 9.034/95 e art. 53, II, Lei nº 11.343/06)

Por seu turno, o crime continuado, nos moldes do art. 71, do Código Penal, é aquele em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Assim, há diversas condutas praticadas, mas, por uma ficção jurídica, entende-se que o crime é único, por causa disso, na sentença condenatória haverá a aplicação da pena de um só crime. Desse modo, existindo no mundo dos fatos, várias ações independentes, “irá incidir, isoladamente, a possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante por cada uma delas” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 470), é o intitulado flagrante fracionado.

Por ser uma modalidade de prisão que foge à regra de que a prisão decorre de ordem judicial escrita, a prisão em flagrante requer a realização de formalidades para a lavratura do seu auto de prisão. Sua formalização ocorre com a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, nele devendo constar o depoimento do condutor, que é a pessoa que apresenta o preso à autoridade policial.

Também deve haver o depoimento de duas testemunhas do fato delitivo, sem ampla defesa ou contraditório, mas na falta delas não obsta a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, sendo possível a oitiva de testemunhas da apresentação do preso à autoridade, as chamadas testemunhas instrumentais ou indiretas (ALVES, 2011).

Via de regra, qualquer pessoa pode ser presa em flagrante delito. Todavia, há determinadas pessoas que, em razão do cargo ou função que ocupam, se submetem a regras especiais quanto à prisão em flagrante, tais como: parlamentares federais e estaduais, membros do Ministério Público, magistrados, advogado, diplomatas, menores de 18 anos de idade.

Com regra, uma vez lavrado o auto de prisão em flagrante delito, a autoridade policial, terá de notificar ao juiz a prisão realizada, no prazo de 24 horas, sob pena de cometer crime de abuso de autoridade.

Algumas precauções necessitam ser cumpridas para efetivação do controle jurisdicional da prisão em flagrante, dentre elas, a imediata comunicação da prisão e do local onde o preso se encontra ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Em 24 horas, no máximo, após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, no caso do autuado não constituir advogado, cópia integral para a

Defensoria Pública. Ademais, deverá ser entregue a nota de culpa do preso, no prazo de 24 horas, por meio de recibo, assinada pela autoridade, expondo os motivos da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. A nota de culpa é o “documento informativo oficial, dirigido ao indiciado, comunicando-lhe o motivo de sua prisão, bem como o nome da autoridade que lavrou o auto, da pessoa que o prendeu e o das testemunhas do fato” (NUCCI, 2012).

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o magistrado deve fundamentadamente:

Art. 310 [...] I - relaxar a prisão ilegal; ou 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 III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A prisão que não atender aos requisitos legais deve ser imediatamente relaxada, com conseqüente liberdade plena do agente.

2.3.4 Prisão temporária

A prisão temporária, antigamente denominada “prisão para averiguação”, está prevista na Lei nº 7.960/89. É a modalidade de prisão que visa “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave” (NUCCI, 2012). De acordo com o entendimento majoritário da doutrina, não se permite a decretação da prisão temporária em sede de procedimentos investigatórios extrapoliciais. Logo, só será possível no bojo do inquérito policial (TÁVORA; ALENCAR, 2009).

Para sua decretação, exige-se a representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade do juiz decretá-la de ofício (LOPES JUNIOR, 2013).

Em regra, o prazo da prisão temporária será de cinco dias, podendo ser prorrogado por outros cinco dias, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, caput, da Lei 7.960/89). Em se tratando de crimes hediondos ou

equiparados, o prazo sobe para 30 dias, prorrogáveis por outros 30 (art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90).

Vale ressaltar, que terminado o prazo de encarceramento temporário estipulado pelo magistrado, e a prisão não tendo sido convertida em preventiva, o indiciado deve ser imediatamente liberado, através da própria autoridade policial, independente da expedição de alvará de soltura, sob pena de configuração de constrangimento ilegal, suscetível de impetração de habeas corpus

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INSERIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Previamente às considerações correlacionadas ao presente capítulo, convém, ainda que de maneira muito breve, para uma maior compreensão da temática, conceituar o que vem a ser princípio. Nas palavras de Guilherme de Sousa Nucci (2007):

Princípio, etiologicamente, significa causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, conforme ensina José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p.85), servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em Lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O Processo Penal não foge /á regra, sendo regido primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da Lei.

Conforme as palavras do mestre Tourinho Filho (2007, p.35-36)::

O Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como notável instrumento a serviço da liberdade individual. Sendo o processo penal, como já se disse, uma expressão da cultura, de civilização, e eu reflete determinado momento histórico, evidente que os seus princípios oscilam à medida que os regimes políticos se alteram. Num Estado totalitário, consideram-se as razões do Estado. Num democrático, como bem o disse Betiol, aqui já citado, a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável pela constituição [...].

Pois bem, estado de inocência nasce do próprio princípio do direito natural, firmado nas bases de uma sociedade democrática, livre, que preza pelos valores morais, éticos, com ênfase, principalmente, nos valores pessoais, aqueles que têm como fundamento basilar a proteção da pessoa humana.

Tal instituto da presunção de inocência (ou da não culpa) advém do Direito Romano. Destaca-se que durante a Idade Média esse preceito fora vigorosamente atacado. Nesse íterim, o acusado de cometer um ilícito penal era presumido culpado e não inocente. O réu era condenado mesmo que as provas não fossem

suficientes para libertá-lo ou mesmo para aprisioná-lo. Consoante Aury Lopes Junior (2008, p.187), “No *Directorium Inquisitorum*, EYMERICH orientava que o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem juntos uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”.

Impende ressaltar que durante o iluminismo, mais precisamente do século XIII ao XVIII, por toda a Europa Continental prevaleceu regime de sistema penal inquisitório, onde predominava a condenação de pessoas antes mesmo de ter sido comprovada a culpa.

O Sistema Inquisitivo, que possui nomenclatura advinda da palavra inquisição (Santa Inquisição – Tribunal Eclesiástico), tinha como objetivo avaliar e punir aqueles que discordavam e praticavam doutrinas contrárias à igreja da época, ostentava certas peculiaridades, a saber:

- (a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é um funcionário do rei ou autoridade subordinada ao poder governamental;
- (b) o Juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado;
- (c) a acusação, que sempre é ex officio, permite que a denúncia seja feita de forma secreta;
- (d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa;
- (e) o julgamento é feito com base na prova tarifada;
- (f) a regra era a prisão preventiva do réu;
- (g) a decisão jamais transita formalmente em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo. (MOSSIN, 1997)

No final do século XVIII, com a eclosão da Revolução Francesa, iniciou-se um novo tempo. A bandeira “*Liberté, Égalité et Fraternité*” trouxe consigo o diploma dos direitos e garantias fundamentais do homem. A constituição francesa anunciava: “todo homem é presumido inocente até que ele tenha sido declarado culpado; se ele está julgado indispensável prendê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela Lei”. (TOURINHO FILHO, 2000, p.65).

Dessa forma, estava instituída a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que estabeleceu no seu artigo 9º:

Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Nesse passo, surgia o Princípio da Presunção de Inocência, tratando-se, em síntese, de uma resposta da população contra as truculências estatais, principalmente no que concerne ao poder de prisão fora do processo, tendo como resultado prisões arbitrárias, sem observar qualquer preceito processual. Nas palavras de Foucault (2002, p.37):

As diferentes partes da prova não constituíam outros tantos elementos neutros; não lhes cabia serem reunidos num feixe único para darem certeza final da culpa. Cada indício trazia consigo um grau de abominação. A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada: fazia dele um meio-culpado; o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como “um pouco” criminoso.

Anunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU – Organização das Nações Unidas, o princípio da presunção de inocência fora ganhando magnânima importância, sendo legitimado no art. 11:

Ninguém será condenado à pena de ofensa tendo o direito de ser presumido inocente até provado a culpa de acordo com a Lei no processo público ele tem toda a garantia necessária para a sua defesa.

Seguindo a mesma ideia da Declaração Universal dos Direitos Do Homem a Convenção do Conselho da Europa, estabeleceu em seu artigo 6º, inciso 2º: “ninguém será condenado de um crime de ofensa, sendo presumido inocente até que seja provada a culpa de acordo com a Lei”.

No Brasil, o Princípio da Presunção de Inocência só veio a ser aclamado na Constituição Federal no ano de 1988, inserido no artigo 5º, inciso LVII:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]. (BRASIL, 1988)

Através da promulgação da Constituição Federal, o Direito Processual Penal brasileiro iniciava uma nova fase, mais igualitária, protetora dos direitos individuais, sociais e coletivos, conforme o princípio da presunção de inocência surgia para

garantir que ninguém fosse considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Alexandre de Moraes faz uma importante observação, quando consagra a presunção de inocência como garantia fundamental do Estado de Direito, com objetivo de garantir a defesa da liberdade pessoal: “dessa forma, há a necessidade de o estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal” (MORAES, 2003, p.132).

Em suma, com a anuência do Brasil à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 06.11.1992, vigora em nosso país a regra do artigo 8º, 2, da Convenção: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS LEGAIS

No que se refere aos desdobramentos legais do princípio da presunção de inocência, o autor Fernando Capez faz a seguinte consideração:

O Princípio da Presunção de Inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. (CAPEZ, 2007, p.44).

Complementando o raciocínio do autor Capez, Mirabete ensina:

Em decorrência do princípio do estado de inocência, deve-se concluir que: a) a restrição a liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (In dubio pro reo). Com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 6-11-92, vige no País a regra de que “toda pessoa acusada de delito tem

direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”(art.8º, 2 da Convenção). (MIRABETE, 2003, p.42)

Conforme os ensinamentos dos ilustres doutrinadores, destaca-se o prisma referente ao âmbito probatório, ou seja, no campo do Processo Penal há a inversão do ônus da prova incumbindo ao Estado provar a autoria e a materialidade de determinado delito.

Trata-se de uma forma de equilíbrio na relação jurídica estabelecida entre o Estado, com todas as suas prerrogativas, e o acusado, parte mais frágil da relação, assim, cabe aquele determinar de forma cristalina e inequívoca a existência do ilícito penal, a sua autoria e materialidade.

Dessa maneira, o acusado será presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, frisa-se que esta sentença deve resultar de um processo que respeitou todos os trâmites legais e princípios constitucionais, como ampla defesa, contraditório e vedação das provas ilícitas.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O termo “direitos fundamentais” originou-se na França durante o movimento político e cultural que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Mesmo existindo um consenso acerca da diferença em relação aos direitos humanos, a diferenciação mais comum na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com intuito de promover e proteger a dignidade da pessoa humana, englobam direitos relacionados à liberdade e à igualdade, mas positivados em planos distintos. Ao passo que os direitos humanos se encontram consagrados nas convenções e tratados internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados e consagrados na Constituição de cada nação (plano interno), podendo sua conformação e conteúdo diversificar de acordo com cada Estado. (ALEXY, 1998 apud NOVELINO, 2015).

A Constituição brasileira de 1988 consagrou no seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Com a palavra Ingo Wolfgang Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas proposições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.⁸ (SARLET, 2011)

Baseando-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, a doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações.

Como destaca Marcelo Novelino:

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais deu origem às chamadas *gerações* de direitos fundamentais. Atualmente, tendo em conta que o surgimento de novas gerações não importa na extinção das anteriores, parte da doutrina tem optado pelo termo *dimensão* (NOVELINO, 2015, p. 315).

Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração), ligados ao valor liberdade (liberdades públicas), emergiram das primeiras constituições escritas, cujos textos legitimaram os direitos civis e políticos.

Com a palavra, Marcelo Novelino:

Nas revoluções liberais ocorridas no final do Século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais. Como observa Dieter Grimm (2006a), “a burguesia partia do pressuposto de que a sociedade só poderia se regulamentar se seus membros estivessem face a face de forma igualitária e livre”, razão pela qual o direito era necessário apenas como garantia de igual liberdade individual. Os direitos de primeira dimensão têm como titular o indivíduo e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, principal destinatário do dever de abstenção. (NOVELINO, 2015, p. 315)

Tratando-se dos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (ou geração), compreendem aos direitos sociais, econômicos e culturais, que passaram

⁸ Foi legitimado em nosso ordenamento jurídico um conceito materialmente aberto de direito fundamental, na medida em que não há taxatividade e limitação aos direitos considerados como fundamentais como sendo apenas os que estão previstos no art. 5º da CF, ou os demais que estão na própria Constituição, mas **sim** havendo a probabilidade de incorporação de outros direitos não previstos expressamente pela nossa Carta Magna.

a ser garantidos a partir das primeiras décadas do século XX. Themistocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 202) analisou que:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados como o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão (ou geração) são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que abarcam o direito a um meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento (ou progresso),

Os direitos fundamentais de quarta dimensão (ou geração), compendiam o futuro da cidadania e representam a fase da institucionalização do Estado social, sendo essencial para a realização e legitimidade da globalização política, responsável por inserir, no âmbito jurídico, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. (BONAVIDES, 1996 apud NOVELINO, 2015).

Por fim, os direitos fundamentais de quinta dimensão (ou geração), que confere o direito a paz como direito supremo da humanidade.

Cumprе destacar que os direitos fundamentais possuem algumas características particulares que os reconhecem com maior frequência e os diferenciam dos demais direitos.

Com a palavra, Marcelo Novelino:

A vinculação ao valor liberdade e, sobretudo, à dignidade humana conduz à sua **universalidade**. [...] A **historicidade** também é uma característica dos direitos fundamentais, porquanto surgem e se desenvolvem conforme o momento histórico. [...] Por não possuírem um conteúdo patrimonial, os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis (**inalienabilidade**), não se admitindo serem alcançados pela prescrição (**imprescritibilidade**). Outra importante característica é a **irrenunciabilidade**. Não se deve admitir a renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental, ainda que a limitação voluntária seja válida sob certas condições, sendo necessário verificar na análise da validade do ato a finalidade da renúncia, o direito fundamental concreto a ser preservado e a posição jurídica do titular (livre e autodeterminada). [...] Por encontrarem limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, razão pela qual a **relatividade** (ou **limitabilidade**) costuma ser apontada como uma de suas características. (NOVELINO, 2015, p. 313 – 314, grifos do autor).

3.3 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tendo em vista que a Constituição é um “sistema normativo aberto de princípios e regras” que, assim como os demais estatutos jurídicos, necessita das duas espécies normativas para exteriorizar os seus comandos, faz-se necessário a diferenciação entre princípios e regras.

As regras consubstanciam-se, geralmente, em relatos práticos, descritivos de determinados comportamentos e aplicáveis a um conjunto certo de situações. Ao passo que os princípios possuem maior grau de abstração, não vindo a especificar o comportamento a ser seguido, sendo aplicável a um conjunto amplo, e, normalmente, indeterminado de situações.

Para melhor compreensão, vale ressaltar as palavras de Márcio Gil Tostes Santos (2007, p.121 apud ALVES, 2011):

Os princípios são detentores de um elevado grau de abstração, fato este, impeditivo de uma imediata identificação das possíveis situações submetidas à sua égide, pois esta abstração fornece a eles grande amplitude de incidência permitindo, assim, aplicação dos mesmos não apenas sobre alguns fatos, mas também sobre vários, por isso que, paradoxalmente, a abstração dos princípios exige a concretude dos casos para que sejam determinados os pontos de incidência dos mesmos. Já as regras, detêm um menor grau de abstração, visto que são especificados previamente em seu conteúdo quais serão seus pontos de atuação, ou seja, os fatos suscetíveis de serem por elas regulados, tornando restrita sua aplicação a uma quantia e tipo pré-determinado de casos.

Na visão de Dworkin (2002 apud ALVES, 2011):

Os princípios possuem uma dimensão do peso e da importância ausentes nas regras, podendo ser verificado quando dois ou mais princípios entram em conflito. Nessa hipótese, a colisão seria solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual(is) dele(s) no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que os outros(s).

As regras jurídicas não possuiriam aquela dimensão. No caso de conflito de duas regras apenas uma delas poderá ser válida, cumprindo ao intérprete-aplicador identificar qual a válida. Para levar a cabo esta decisão o operador do direito será orientado por critérios fornecidos em geral pelo próprio ordenamento jurídico, a regra outorgada pela autoridade superior ou a regra outorgada posteriormente, ou a regra mais específica.

Considerando o raciocínio de Robert Alexy (1986 apud FARIAS, 2000):

O ponto decisivo para a distinção entre *regras* e *princípios* está em que estes últimos são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e materiais existentes. Logo, os *princípios* são *mandamentos de otimização*, cuja principal característica está no fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e de a medida devida de seu cumprimento não depender exclusivamente das possibilidades materiais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras em oposição.

As *regras*, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra é válida, então se há de fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Logo, as *regras* são determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre *regras* e *princípios* é *qualitativa*, e não de grau, e que toda *norma* é uma *regra* ou um *princípio*.

Dessa forma, “os princípios se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes” (FARIAS, 2000).

A colisão entre princípios tende a ocorrer com regularidade na dimensão do peso (valor ou importância), conforme explica Marcelo Novelino:

Em sociedades democráticas e plurais, a constituição resulta de pequenos pactos entre grupos representativos de setores distintos e com valores, por vezes, antagônicos. O conselho fundamental responsável pela positivação das normas constitucionais não apaga o “pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador” (CANOTILHO, 2000), responsáveis pelo surgimento de tensões (colisões) normativas”. (NOVELINO, 2015)

Em suma, a colisão entre princípios ocorre quando algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Entretanto, não significa que o princípio afastado seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

3.4 A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ponderar é apreciar, medir, avaliar o peso. Como exposto acima, o conflito entre princípios se estabelece na dimensão do peso. Logo, o método da ponderação de interesses consiste propriamente no método para a resolução destes conflitos entre princípios constitucionais.

De acordo com o método da ponderação, os princípios necessitaram ser harmonizados no caso concreto, com objetivo de resguardar o máximo os direitos envolvidos, sem rechaçar sua aplicabilidade concreta em outros casos. Busca-se, através desse método, a otimização entre princípios. Segundo Ingo Sarlet (1966):

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.

Ademais, os princípios são determinações de otimização. Eles exteriorizam finalidades públicas a serem realizadas ou valores a serem preservados. Dessa forma, constituem 'estados ideais', sem especializar a conduta a ser praticada. Em virtude disso, podem ser cumpridos em graus diversos, a depender das probabilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

É imperioso entender que:

Cumprir ou aplicar o direito, no Estado Democrático de Direito, não é cumprir ou aplicar todas as normas jurídicas contemporaneamente, mas apenas aquelas que são adequadas aos contornos fáticos [e jurídicos, acrescentaríamos nós] de uma situação (GALUPPO, 2001, p.61).

Marcelo Galuppo (2001, p. 61-62) assevera que no ato de utilização de princípios discordantes é fundamental realizar um juízo de adequabilidade. A emotividade do juiz para as particularidades do caso concreto que tem diante de si é crucial, portanto, para que possa decidir sobre a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. Os princípios jurídicos constitucionais são sempre válidos, mas nem sempre podem ser aplicados, porque não predizem em sua própria extensão semântica as condições e circunstâncias de sua utilização, que só podem ser fornecidas no caso concreto, dialeticamente, pelas partes envolvidas.

E é por meio da técnica de ponderação de interesses que deverá ser realizado, no caso concreto, esse juízo de adequabilidade entre princípios constitucionais conflitantes, descortinando-se as situações e circunstâncias de aplicação de cada princípio.

4 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A execução antecipada da pena consiste na possibilidade do encarceramento do réu, para fins de cumprimento da reprimenda estatal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, portanto, presume a existência de um julgamento não concludente, e segundo Capez (2012) pode ter pacífica a sua aplicação no processo civil, todavia na seara do processo penal a direção deve impreterivelmente ser outra, em razão das particularidades da relação jurídica material que estabelece seu objeto, qual seja, o respeito à dignidade e à liberdade individual do ser humano.

Nesse passo, a possibilidade de execução antecipada da pena sempre ocasionou embaraços e controvérsias entre operadores do direito, haja vista a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, garantido pela Carga Magna e pela lei penal.

Desde a gênese do Código Penal e do Código de Processo Penal a execução antecipada da pena era recepcionada pela maior parte dos Tribunais. Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 – que inseriu diversos princípios garantidores ao acusado – passou-se a compreender a questão de modo diverso, acarretando a manifestação do Supremo Tribunal Federal, que, no ano de 2009, pacificou entendimento no Habeas Corpus nº 84.078/MG, anunciando que a prisão do acusado antes da sentença condenatória transitar em julgado afrontaria o princípio constitucional da presunção de inocência, expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Transcorrido mais de sete anos, em 17 de fevereiro de 2016, impulsionado pela ineficiência da prestação jurisdicional penal ante as necessidades da população, o Supremo Tribunal Federal retomou mais uma vez o debate em relação do tema no julgamento do Habeas Corpus nº. 126.292/SP, admitindo-se no caso mencionado, a possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório antes do seu trânsito em julgado, divergindo do entendimento até então mitigado, e novamente, suscitando debates sobre o tema.

Nesse cenário, o presente capítulo tem como objetivo analisar o princípio da presunção de inocência face à prisão cautelar. Após, apresentar as inovações da Lei

nº 12.403/2011. Em seguida, examinar a aplicação da ponderação dos valores para dirimir o conflito existente entre a execução antecipada da pena frente ao princípio da presunção de inocência. Por fim, examinar-se-ão os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, com intuito de se alcançar a não compatibilidade do encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO CAUTELAR

Conforme exposto alhures, é previsto no direito processual penal o instituto da prisão cautelar ou medida cautelar, que se dá no decorrer do curso processual, a saber, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Trata-se de uma modalidade excepcional de encarceramento, que se caracteriza como uma medida assecuratória da própria persecução criminal.

Diante disso, resta caracterizada, ao menos teoricamente, uma divergência entre os princípios Constitucionais da presunção de inocência e da liberdade pessoal, uma vez que toda prisão decretada anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (medida cautelar) aparenta incitar o princípio da presunção da inocência, expressamente previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Parte da doutrina entende que a prisão antes do trânsito em julgado seria um juízo precoce, conseqüentemente, uma presunção de culpa.

Aury Lopes Junior, apesar de concordar que, em alguns casos, a prisão cautelar se torna imprescindível, tece severas críticas:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. (LOPES JUNIOR, 2012)

É verdade. A população carcerária brasileira tem crescido assustadoramente nas últimas décadas, tendo como um dos fatores a banalização da prisão cautelar,

ocasionando, em diversos casos, erros gravíssimos, por exemplo, o encarceramento de um inocente.

Contudo, decorre do princípio da presunção de inocência o excepcionalismo de qualquer espécie de prisão processual.

Apesar disso, a decretação da prisão sem a prova inequívoca da culpa será possível tão somente quando restarem presentes os elementos que demonstrem a necessidade da prisão o *fumus boni iuris*, a presença do risco social no caso da não decretação da prisão - *periculum libertati* (MOUGENOT, 2011).

Ensina Capez que:

Somente poderá, no entanto, ser decretada quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Neste sentido, dispõe o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: a) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*) + b) quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*). Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não seria processual, mas verdadeiramente antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo. (CAPEZ, 2003, 543)

Logo, preenchidos os requisitos autorizadores, é válida a prisão cautelar (não pena), pois se trata de medida puramente processual, imposta com designo meramente acautelatório.

Nessa senda, vale destacar o relato do autor Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 65) sobre o princípio da presunção de inocência face à medida cautelar:

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.

Em contrapartida, qualquer prisão cautelar imposta sem a devida observância aos pressupostos legais, será tida como antecipação da pena, ofendendo claramente o princípio da presunção de inocência.

4.2 AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 12.403/2011

Conforme explicado anteriormente, a prisão cautelar possui uma natureza genuinamente processual. Acontece que, em determinadas situações práticas, ocorria uma deturpação do instituto. Nesse passo, surge a Lei nº 12.403/2011, alterando o regime jurídico das medidas cautelares, reiterando o caráter instrumental do instituto e trazendo diversas alternativas ao encarceramento, mediante a efetivação de outras modalidades de medidas cautelares.

O legislador teve como objetivo tornar a prisão ainda mais excepcional, ou seja, exceção da exceção, limitando as hipóteses de decretação da prisão preventiva e conferindo aos magistrados outras medidas diversas da prisão a serem aplicadas, de acordo com as características do caso concreto, todas com a incumbência de acautelamento de interesses da persecução criminal.

A Lei nº. 12. 403/11 tem natureza tanto material, uma vez que ecoa em um dos direitos materiais primordiais, a liberdade, quanto processual, pois trata-se de um instrumento processual. Dessa forma, deve sujeitar-se à norma do artigo, 5º da Constituição Federal, ou seja, *deve retroagir para beneficiar o réu*.

Atualmente, o Título IX do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “Das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória” – anteriormente era apenas “Da prisão e da liberdade provisória”. Com efeito, a Lei nº 12.404/11 passou a conduzir as medidas cautelares no âmbito do processo penal. Entretanto, a mencionada lei reporta apenas às medidas cautelares pessoais, ou seja, não versa acerca das medidas cautelares probatórias/reais, como a produção de provas, interceptação telefônica, que continuam a ser disciplinadas conforme os seus dispositivos próprios, em respeito ao princípio da especialidade.

Dentre outras inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11, destaca-se a não subsistência do poder geral de cautela do juiz no processo penal. Outrora, os Tribunais Superiores demonstravam entendimento favorável a permitir que o juiz utilizasse de medidas cautelares atípicas (inominadas), como a retenção do passaporte para dificultar uma possível fuga do país, tudo com fundamento na Teoria dos Poderes Implícitos. Entretanto, com o advento da Lei nº 12.403/11, as medidas cautelares foram expressamente positivadas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, não dando margem para utilização da denominada

Teoria dos Poderes Implícitos. Será considerada ilegal qualquer medida que for imposta sem previsão naqueles dispositivos.

Outra inovação que merece destaque é a existência de um processo penal cautelar autônomo. Sucede-se que o legislador no § 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal, instituiu que “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo” (grifei). Portanto, é cristalina a tentativa de criação de um processo penal cautelar autônomo.

Frisa-se que, com o advento da Lei nº 12.403/11, a prisão em flagrante também deve ser informada ao Ministério Público o que se harmoniza com o artigo 129, I, da Constituição Federal. Doravante, cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal pública e fiscal da lei, reivindicar as medidas que entender pertinente ao caso concreto, não cabendo ao juiz agir oficiosamente no inquérito policial.

Por fim, vale ressaltar a ocorrência de inovações no instituto da fiança. Outrora, a fiança detinha natureza de contracautela. Atualmente, com o advento da Lei nº 12.403/11, detém natureza de medida acautelatória autônoma. Por essa razão, não mais possui vínculo com a prisão em flagrante, motivo pelo qual não há que se falar que a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados ensejaria a vedação à liberdade provisória. Através da nova lei, ampliaram as possibilidades de arbitramento da fiança pelos delegados de polícia, haja vista que, agora são capazes de fazê-lo em todos os casos de infração, dos quais a pena privativa de liberdade máxima não seja excedente a quatro anos, nos moldes do artigo 322 do Código de Processo Penal, sendo que, anteriormente, se limitavam apenas as hipóteses de infração punida com prisão simples ou detenção.

4.3 APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DOS VALORES

Conforme explicado no decorrer do presente trabalho, a priori, todos os princípios têm o mesmo valor e peso. Na ocorrência da colisão entre dois ou mais princípios, deve ocorrer a ponderação para saber qual princípio prevalecerá para fazer justiça. O conflito entre princípios não se resolve com o estabelecimento de

uma regra geral, a qual determinará qual princípio prevalece sobre outro, também não se resolve com a eliminação de um dos princípios, e tampouco se constitui uma regra de exceção, pela qual um princípio prevalece, mas em determinados casos pode predominar o outro. Dessa forma, conforme explica Alexy (2001) não existe uma prioridade absoluta de um princípio defronte a outro, mas uma precedência condicionada, que consiste na indicação das condições sob as quais um precede ao outro, no caso concreto.

A ponderação é a solução para a colisão no caso concreto, mas conforme a Lei da Colisão, desenvolvida por Alexy, se as circunstâncias em dois casos diversos são iguais, em ambos os casos deve predominar o mesmo princípio, todavia se as circunstâncias concretas forem diferentes pode prevalecer o outro no caso de conflito dos mesmos.

Dessarte, o deslinde da colisão ocorre no caso concreto por intermédio da ponderação. De modo que os princípios são “mandados de otimização” precisam ser utilizados, para melhor atender à necessidade da coletividade. Para analisar, no caso concreto, vale-se do Princípio da Proporcionalidade, como parâmetro da ponderação.

Este princípio desempenha um papel extremamente relevante no controle de constitucionalidade dos atos do poder público, na medida em que ele permite de certa forma a penetração no mérito do ato normativo, para aferição da relação custo-benefício da norma jurídica e da análise da adequação entre conteúdo e a finalidade por ela perseguida (SARMENTO, 2004,p.57 apud ALVES, 2011).

Segundo Alexy (2001), a ponderação é aplicada através da proporcionalidade, e este contém três máximas, de obrigatória observância. Estas máximas são: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação, é fundamental procurar o meio mais oportuno cujo efeito colabore para a promoção gradativa do fim. Entretanto, de acordo com Humberto Ávila (ÁVILA, 2005, p.116) “a compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”.

Para que se possa responder tais perguntas, o citado autor expõe que é necessário examinar essa relação em três aspectos, vejamos:

Sob os aspectos quantitativo (intensidade) um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio, em termos qualitativos (qualidade), um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio, e em termos probabilístico (certeza) um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio.

Em suma, a adequação significa que as medidas tomadas estão aptas para culminar o fim pretendido.

Já a aplicação da máxima da necessidade é de grande importância na medida de seus resultados, visto que para se ocasionar o fim entre os meios diferentes, é necessário utilizar o meio que promova, mesmo com o mínimo de intensidade o fim em análise, mas com mais impetuosidade outros cuja promoção também é deliberada pelo ordenamento jurídico. O exame do meio menos limitativo, ou seja, que acarretem menor hostilidade a direitos colidentes, deve apontar o meio mais aprazível, em geral e nos casos visíveis.

A interpretação da necessidade, segundo Ávila (2005, p. 122):

Envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Faz-se imprescindível à aplicação do processo da ponderação entre o grau de continência e o grau de promoção quando os meios são distintos não só no grau da continência dos direitos, mas também no grau de promoção da finalidade. Caso contrário, como escolher entre um meio que limita pouco um direito, mas, em contraparte, promove não muito o fim, e um meio que promove abundantemente o fim, porém, em compensação, causa muita restrição a um direito primordial?. A maneira de exercer esta escolha será descrita a seguir. (ÁVILA, 2005).

Em síntese, a necessidade consiste em analisar se a medida escolhida é a menos gravosa para atingir o fim pretendido.

Por fim, verifica-se na máxima da proporcionalidade em sentido estrito uma complexidade e um prisma subjetivo, devido à necessidade de julgar o grau de relevância do fim e o grau de limitação, isto é, os benefícios causados pela promoção do fim, ou os prejuízos, as desvalia da limitação gerada na escolha do

meio. Em síntese, é a análise da comparação entre as vantagens e as desvantagens motivados pela promoção do fim.

Portanto, depreende-se da análise da proporcionalidade como fator de aplicação da ponderação de valores, que o julgador deve avaliar, no caso concreto, qual princípio atende melhor aos anseios da justiça, à paz social e ao bem da sociedade.

4.4 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos primórdios do Código de Processo Penal, os dispositivos que regulamentavam a possibilidade do acusado recorrer da sentença penal condenatória detinham a seguinte disposição:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011). Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Conforme interpretação dos citados artigos, é possível concluir que o sistema detinha bastante rigidez, sendo exigido o recolhimento do réu ao cárcere com objetivo de viabilizar o exercício do duplo grau de jurisdição, exceto se fosse primário e possuísse bons antecedentes, ou condenado por crime de que se encontrasse solto.

Como vislumbrado no terceiro capítulo, o princípio da presunção de inocência foi referendado no texto da Constituição Federal de 1998, entretanto, a Lei Maior não alterou, tampouco suprimiu as premissas do artigo 594 do Código de Processo Penal, razão pela qual, a jurisprudência assentia com a execução antecipada da pena. Observemos:

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICIDIO DOLOSO QUALIFICADO. TENTATIVA. RECOLHIMENTO DO RÉU A PRISÃO, COMO CONDIÇÃO PARA INTERPOR RECURSO: CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 594 DO C.P.P. PENA: DOSIMETRIA. 1. A execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória,

não constitui violação a norma constitucional. 2. O art. 5, LVII, da Constituição, ao dizer que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", não revogou o art. 594 do C.P.P., segundo o qual "o réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes,...". 3. A Constituição autoriza tal prisão, "desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente", na forma da lei (art. 5, LXI). 4. Correta a dosimetria da pena aplicada com observância ao art. 59 do Código Penal, tendo em vista que a sentença bem fundamenta a sua fixação acima do mínimo legal, sobretudo em razão da conduta social negativa e a personalidade do réu, e opera a subtração pela circunstância atenuante genérica, a redução de um sexto pelo reconhecimento do privilégio da violenta emoção, e ainda a diminuição pela tentativa. 5. Habeas corpus conhecido, mas indeferido. (HC 72077, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 03/03/1995, DJ 16-06-1995 PP-18216 EMENT VOL-01791-04 PP-00691, grifo nosso).

In casu, o paciente condenado pelo crime de homicídio doloso, questionava a execução antecipada da pena diante do princípio constitucional da presunção de inocência. A ordem denegada fora fundamentada no fato de que o artigo 594 do Código de Processo penal ordenava o encarceramento prévio do réu para poder recorrer, e que se debruçavam no presente caso os requisitos autorizadores da prisão cautelar, diante do comportamento inadequado do paciente, sendo possível a execução penal.

Após quase duas décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, o artigo 594 do Código de Processo Penal fora revogado pela lei nº 11.719/08, sob a premissa de que seria incabível diante do princípio da presunção da inocência possibilitar que alguém fosse levado ao cárcere antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo o caso da prisão que reverte-se em caráter cautelar.

Nesse seguimento o julgado:

Ementa: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELAR EM LIBERDADE. RECURSO. ART. 594 DO CPP REVOGADO PELA LEI 11.719/2008. ORDEM CONCEDIDA. I - **Com a revogação do art. 594 do CPP que determinava o recolhimento do réu à prisão para apelar, o recurso do condenado deve ser recebido independentemente do seu recolhimento ao cárcere.** II - Ordem concedida (HC 0067562-80.2008.4.01.0000/RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.64 de 06/03/2009, grifo nosso).

Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. **DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO À PRISÃO.** HABEAS ANTERIOR CONCEDENDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RESPEITO À DECISÃO DE 2.º GRAU NÃO REFORMADA. NÃO PROCESSAMENTO DA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 347, STJ. ART. 594, DO CPP, REVOGADO PELA LEI 11.719/2008. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O direito de liberdade já havia sido garantido ao paciente por esta Câmara, não havendo reforma deve ser mantida a decisão colegiada e não conhecido o writ quanto a esse aspecto. 2. **A súmula 347, do STJ preleciona que o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão. Por sua vez, a Lei 11.719/2008, revogou o art. 594, do CPP, que condicionava o recolhimento do preso como admissibilidade ao recurso de apelação.** 4. Ordem concedida por maioria de votos, para determinar o processamento do recurso de apelação interposto pelo paciente. (TJ-PI - HC: 200900010030846 PI, Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 01/02/2010, 2 a. Câmara Especializada Criminal, grifo nosso)

Nesse último caso, fora conferido o direito de apelar em liberdade, mesmo com o recebimento do recurso de apelação negado pelo juízo *a quo*. A corte concedeu ordem ao pedido, por entender que o ato do magistrado era ilegal, e por conter observância ao artigo 594 do Código de Processo Penal, ora revogado após o advento da Constituição Federal de 1988, assim como, pelo fato da súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça demonstrar ser desnecessário o encarceramento do réu para o conhecimento de recurso de apelação.

Ainda que o entendimento majoritário admitisse a possibilidade da execução provisória da penal, já sobrevieram decisões em sentido contrário, intensificando a primordialidade da observância do princípio constitucional da presunção de inocência, conforme as disposições expressamente previstas na Lei de Execução Penal – que também faz exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória para admitir a execução penal:

Ementa: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". **A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.** 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução

penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 91232, Relator (a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00098 EMENT VOL02302-02 PP-00284, grifo nosso).

Havia em desfavor do paciente um decreto condenatório pelo crime de furto tentando, não lhe sendo outorgado o direito de apelar em liberdade, por consequência do artigo 594 do Código de Processo Penal. Fora interposta a medida, baseando-se na ilegalidade da execução provisória da pena, bem como o paciente já havia cumprido mais da metade da pena imposta. Os ministros entenderam que a Lei de Execução Penal se sobreporia ao disposto no artigo 633 do Código de Processo Penal.

Nesse passo, no dia 5 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, em total observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, pacificou o seu entendimento no HC nº 84.078/MG, afastando a possibilidade de execução provisória da pena. Vejamos:

Ementa: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] É inadmissível a sua

exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048, grifo nosso).

Condenado por homicídio qualificado, o paciente teve a ordem do seu pedido concedida, por terem os ministros entendido que, além do princípio da presunção de inocência e da Lei de Execuções Penais, a execução antecipada da pena também aviltava outras garantias positivadas na Constituição Federal de 1988, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016, o entendimento pacificado pela jurisprudência passou de um extremo para o outro. Por 07 votos a 04, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade da execução antecipada (provisória) da pena, após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação.

No caso, o paciente Marcio Rodrigues Dantas, condenado pela prática do crime de roubo majorado, com pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, interpôs recurso de apelação em face da decisão condenatória, entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decretou a expedição de mandado de prisão.

Inconformada, a defesa impetrou habeas corpus ao Superior Tribunal de Justiça, argumentando que o paciente sofreu constrangimento ilegal da col. 4ª Câmara do e. TJSP que determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente unicamente em virtude do julgamento de apelação da Defesa, sem, contudo, declarar qualquer respaldo cautelar que fundasse a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2014).

E mais, que a decisão caracterizaria "afrenta à jurisprudência majoritária desta e. Corte, do col. STF e ao dispositivo constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LVII, que expressamente, dispõe que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'" (BRASIL, 2014).

Contudo, o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Falcão, concluiu que não restou demonstrado o excepcionalíssimo que carece a liminar reivindicada, assim como o habeas corpus não seria medida cabível para discutir matéria a ser atingida por recurso, conforme dispõe o acórdão:

Ementa: HABEAS CORPUS Nº 313.021 - SP (2014/0343909-3) RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIAIMPETRANTE: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO ADVOGADO: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO(S) IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: MÁRCIO RODRIGUES DANTAS DECISÃO. [...] As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). **Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.** [...] Publique-se. Intimem-se. BRASIL - DF, 22 de dezembro de 2014. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente (HC 313021, MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Presidente 17/02/2016, grifo do nosso).

Irresignada com tal decisão que indeferiu o pedido liminar, a defesa do réu impetrou habeas corpus ao Supremo Tribunal Federal. Nesse passo, evidenciou-se que a decisão iria de encontro com o entendimento consagrado no julgamento do HC nº 84.078/MG, autorizando o conhecimento da impetração da medida. Porém, a corte decidiu por denegar a ordem ao pedido, conforme a seguinte decisão:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). **SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.** 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016, grifo do nosso).

Depreende-se do mencionado julgado que o Supremo Tribunal Federal admitiu que, com a condenação do acusado mantida no Tribunal de apelação, inicia-se a execução provisória da pena, entendendo que tal decisão ensejaria um equilíbrio entre a efetividade das decisões e a presunção de inocência.

Por seu turno, é imperioso destacar alguns pontos favoráveis e contrários versados pelos ministros na citada decisão.

Em relação aos aspectos favoráveis à execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Ministro Luiz Roberto Barroso, em seu voto, trouxe a baila o instituto da “mutação constitucional”. Nesse passo, elucidou que é necessária a interpretação das normas legais em observância da realidade social, o que se utilizaria no caso concreto, listando três fatores negativos que suscitam a necessidade de modificar o posicionamento anteriormente pacificado:

[...] Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. [...] Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita, sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos [...] Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva. (BRASIL, 2016, p.34)

O ministro frisou que: “a reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, a redução da seletividade do sistema penal, e a quebra do paradigma de impunidade” (BRASIL, 2016, p.51).

Por seu turno, o Ministro Teori Zavascki, também favorável à execução provisória da pena, mencionou em seu voto que, na ocorrência de erros e injustiças quando de decisões desacertadas, o ordenamento jurídico prevê outros métodos “aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena” (BRASIL, 2016, p.15).

Dessa forma, afirma que haveriam meios outros para prevenir o encarceramento ilegal do indivíduo, dos quais citou a cautelar de concessão de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, e o próprio *habeas corpus*.

Ainda em sentido favorável, segundo o entendimento do Rel. Ministro Teori Zavascki, com a retomada da jurisprudência anterior, a efetivação do *ius puniendi* estatal é garantida no processo (BRASIL, 2016).

De modo igual, o Ministro Luiz Roberto Barroso explana que o interesse social da presunção de inocência encontrasse ao lado de todos os outros bens jurídicos protegidos pela norma.

[...] 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). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade (BRASIL, 2016, p.40).

Os interesses garantidos constitucionalmente devem ser interpretados em conjunto com os valores também assegurados na Carga Magna, de modo a desestimular a atividade delitiva e permitir que o sistema obtenha a sua credibilidade na proteção desses bens jurídicos tutelados, uma vez que “o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas” (BRASIL, 2016, p.42).

De forma contrária, os ministros Marco Aurélio, Rosa Webber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (presidente), votaram no sentido de preservar o posicionamento já consolidado no HC nº 84.078/MG quanto à inexecutabilidade da execução penal provisória, incitados pela relevância atribuída ao princípio da presunção da inocência pela Constituição Federal de 1988, como mecanismo de preservação da liberdade do indivíduo:

O princípio do estado de inocência ou, como preferem da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII), determina, antes de sentença condenatória transitar em julgado, a impossibilidade de se impor, ao acusado de um crime qualquer, medida de coação pessoal ao seu direito de liberdade, que se revista de características de execução de pena. Proíbe-se a denominada “pena antecipada”, exceção às providências de natureza cautelar, como a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária (JESUS, 2008, p. 221).

O ministro Marco Aurélio declarou que os fundamentos trazidos até o momento pelos demais “esvaziam o modelo garantista decorrente da Carta de 1988”

(BRASIL, 2016, p. 76), pois o princípio da presunção da inocência não comporta interpretações, não sendo admitido alterar a ordem natural das coisas.

A ministra Rosa Webber referiu que tem buscado conservar a jurisprudência já firmada, pois a “segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito cara à sociedade, e há de ser prestigiada” (BRASIL, 2016, p. 55), e no caso, a decisão sedimentada no HC nº 84.078/MG deve ser mantida.

Da mesma forma, o ministro Celso de Mello declarou que o princípio da presunção da inocência representa um importante avanço na luta contra o abuso de poder e opressão do Estado:

[...] a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral (BRASIL, 2016, p. 84).

Depreende-se do seu entendimento que, o princípio da presunção de inocência, deve sempre ser interpretado em favor da liberdade do indivíduo e se a Constituição Federal exige o trânsito em julgado, esse deve ser o limite que os agentes do Estado devem seguir para a decretação da execução da pena, bem como a presunção de inocência deve predominar até o trânsito em julgado:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** à condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece** em texto inequívoco, a Constituição da República. (BRASIL, 2016, p. 88, grifo do autor).

No mesmo sentido, o ministro Ricardo Lewandowski (presidente), referiu que não é possível a interpretação do princípio da presunção de inocência de modo distinto do já expressamente positivado na Carga Magna.

Diante de todo o exposto, considera-se possível a interpretação da presunção de inocência de diversas formas; aqueles que entendem ser possível a execução antecipada da pena visam garantir a efetivação da tutela estatal, já os discordantes, que são os defensores da Lei Maior, contemplam a presunção da inocência como direito fundamental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscando conferir efetividade as decisões condenatórias e, principalmente, responder a clamores sociais por justiça, o entendimento sedimentado pela jurisprudência desde 2009 – quanto à impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória diante da sua dissonância com o princípio da presunção de inocência – foi objeto de nova discussão em fevereiro de 2016, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, onde o STF proferiu decisão favorável a execução antecipada (provisória) da pena, após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação.

Entretanto, o princípio da presunção de inocência, é elevado a mister de preceito fundamental do estado democrático de direito, e no ordenamento jurídico brasileiro é aclamado pela CF, nessa forma, não podendo ser ponderado (relativizado) em detrimento de outras normas, tampouco, abolido por necessidades sociais. Ainda, porque a presunção de inocência encontra-se agraciada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e mesmo nos ordenamentos mais longínquos, ela é pressuposto fundamental do Estado de Direito, com objetivo de garantir a defesa da liberdade pessoal do indivíduo.

Assim, esta monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a evolução histórica da pena no Brasil, demonstrando sua finalidade e conceitos. Após, atribuiu-se destaque as prisões processuais, a saber: prisão cautelar; prisão preventiva; prisão em flagrante; prisão temporária.

Ainda, nesse estudo, após analisar brevemente esse meio de retribuição do estado ao descumpridor da norma penal incriminadora, buscou-se analisar o princípio da presunção de inocência como direito fundamental previsto na Constituição Federal, o qual garante a manutenção do estado de inocência ao acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, preservando o seu direito a liberdade, ainda, demonstrando os seus desdobramentos legais no âmbito processual penal, como forma de equilíbrio na relação jurídica estabelecida entre o Estado e o acusado. Por fim, buscou analisar a colisão entre princípios constitucionais, ou seja, algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro. Nesse passo, destacou-se o método da ponderação de valores, que consiste no meio para a resolução destes conflitos entre princípios constitucionais.

Na sequência, abordou-se a compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a prisão cautelar, esta demonstrando-se válida, desde que preenchidos os seus requisitos autorizadores, por se tratar de prisão meramente acautelatória. Após, demonstrou-se a aplicação da ponderação de valores, através do princípio da proporcionalidade, como meio eficaz de dirimir possíveis conflitos entre princípios constitucionais.

Adiante, abordou-se a construção do entendimento jurisprudencial no decorrer dos últimos acerca da execução provisória da pena, até a decisão do Habeas Corpus nº 126.292/SP e elencar os principais aspectos favoráveis e contrários arguidos pelos ministros na decisão onde dentre os argumentos favoráveis, destacou-se que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória iria garantir a efetivação do *jus puniendi* estatal no processo.

Já, dentre os contrários, essencialmente, frisou-se que o princípio da presunção de inocência representa um importante avanço na luta contra o abuso de poder e opressão do Estado, e que não é possível a interpretação do princípio da presunção de inocência de modo distinto do já positivado na Carta Magna.

A possibilidade de execução provisória da pena, portanto, intenta claramente um atrito com o princípio constitucional da presunção de inocência. Em que pese o Estado possuir o poder-dever de punir, também detém a obrigação de fazê-lo respeitando os princípios basilares expressos na CF/88.

Diante do problema proposto para este estudo – análise da legalidade da execução penal provisória em face do princípio constitucional da presunção de inocência – pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é verdadeira, na medida em que o princípio da presunção de inocência não cabe interpretação diversa do já expresso na CF/88.

Além disso, o direito à liberdade é um preceito basilar do Estado Democrático de Direito. É um direito indisponível. A privação da liberdade jamais pode ser encarada como um arbítrio do Estado com objetivo de satisfazer inconformismos sociais.

Frisa-se que, ao autorizar a execução provisória da pena, o STF comete um retrocesso histórico, pois macula garantias sociais e humanitárias já integradas no Estado democrático de direito e, por conseguinte, produzirá danos irreversíveis na vida das pessoas que forem encarceradas indevidamente.

Portanto, conclui-se que, mesmo que a intenção do STF tenha sido laudável, buscando conferir efetividade à prestação jurisdicional do Estado, o direito de liberdade do acusado deve prevalecer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de injustiça e o descaso para com as garantias fundamentais do cidadão, cláusulas pétreas de nossa Constituição, árduo legado histórico que herdamos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 4. ed. Baden-Baden: Suhrkamp, 2001.

ALVES, André Luís Dornellas. **Colisão e ponderação entre princípios constitucionais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/colis%C3%A3o-e-pondera%C3%A7%C3%A3o-entre-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal – Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Publicada no Diário Oficial da União em 22/12/1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Publicada no Diário Oficial da União em 26/07/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Lei nº 11.719**, de 20 de junho de 2008. Publicada no Diário Oficial da União em 23/06/2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm> Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Lei nº 12.403**, de 04 de maio de 2011. Publicada no Diário Oficial da União em 05/05/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm> Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Lei nº 12.404**, de 04 de maio de 2011. Publicada no Diário Oficial da União em 05/05/2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12404.htm > Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Publicada no Diário Oficial da União em 09/11/1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm > Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 31302**, do Tribunal Pleno. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Coator: Coator: Relator (a): Min. Francisco Falcão. BRASIL, 22 dez. 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201403439093&dt_publicacao=02/02/2015 >. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**, do Tribunal Pleno.. Relator (a): Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Disponível em: < <https://goo.gl/RXGqVj> >. Acesso em: 20 jan. 2017.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 135100**, decisão monocrática. Paciente: Leonardo Coutinho Rodrigues Cipriano. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator (a): Min. Celso de Mello, 01 jul. 2016. Disponível em: < <https://goo.gl/HjvZE4> >. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 135711**, decisão da presidência. Paciente: Tais Helena de Campos Machado Gross Stecca. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, 27 jul. 2016. Disponível em: < <https://goo.gl/NXDNNq> >. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72077**, do Tribunal Pleno. Paciente: Gibrail de Oliveira. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça MG. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, segunda turma, 03 mar. 1995. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=80745&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84089**, do Tribunal Pleno. Paciente: Osmar Coelho Vitor. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça

MG. Relator (a): Min. Erros Grau. BRASIL, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85886**, da 2ª Turma. Paciente: Marcelo Pires Vieira. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça RJ. Relator (a): Min. Ellen Gracie. BRASIL, 06 maio 2005. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+CORPUS+N%BA+85886%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zwlz4t>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 912320**, da 2ª Turma. Paciente: Jefferson Murilo da Silva Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Min. Erros Grau. BRASIL, 06 nov. 2007. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499428>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**, 05 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí. **Habeas Corpus nº 200900010030846**, da 2ª Câmara Especializada Criminal. Paciente: Genival Tavares Cavalcante. Relator (a): Desª. Eulália Maria Ribeiro Gonçalves Nascimento Pinheiro. BRASIL, 18 nov. 2009. Disponível em:< <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15260141/habeas-corpus-hc-200900010030846-pi/inteiro-teor-103212507?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. **Habeas Corpus HC 2008.01.00.068245-1/RO**, da 3ª Turma. Paciente: Waldecy Pereira de Freitas. Coator: Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Rondônia/RO. Relator (a): Des. Federal Cândido Ribeiro, 06 mar. 2009. Disponível em:<<http://trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=675628020084010000&pA=200801000682451&pN=675628020084010000>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

_____. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

CAVALCANTI, Thamistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

FILHO TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. v.3**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

FREITAS, Juarez. In **Revista Interesse Público** nº 23. Notadez, Porto Alegre, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 2. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4.ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

JESUS. Damásio Evangelista de. Princípio da presunção de inocência. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre, n.º 50, p. 221. 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

_____.Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003, p.132.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p.18.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva 2010; 2011.

NICOLITT, Andre. **O novo processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
NOVELINO, Marcelo . **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador - Bahia: JusPODIVM, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Código de processo penal comentado**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7.ed. Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição. **Revista da Ajuris** 66, 1996.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. Saraiva. São Paulo. 2011.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.