



Beatriz Silva Alves e Lima

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: sua aplicabilidade na
execução provisória da pena**

**IPATINGA/MG
2020**

BEATRIZ SILVA ALVES E LIMA

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: sua aplicabilidade na
execução provisória da pena**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Kátia Syrlene Melo

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA/MG
2020**

Esta Monografia é dedicada à minha querida mãe Elizete.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por sempre estar ao meu lado e por ter me sustentado e dado forças para chegar até aqui. As dificuldades foram grandes, porém, com a presença do Senhor, eu consegui vencer.

Agradeço à minha mãe, Elizete, pelos momentos tensos vividos, mas que de certa forma foram compreendidos, e, de algum modo, transformaram-se em grande incentivo: a Senhora foi extremamente fundamental nesta caminhada. Ao meu pai, José (in memoriam), por ter me concedido condições financeiras para cursar o ensino superior; por ter me ensinado valores que carrego comigo em todos os momentos. Obrigada por me olhar de algum lugar! Sempre o levarei vivo em meu coração.

Agradeço à minha irmã Bethânia, por sempre confiar em mim; por ter dispensado carinho e incentivo, mesmo no meio de tantas dificuldades. Agradeço à minha orientadora pelos ensinamentos e pela grande paciência.

Muito obrigada!

“Teu dever é lutar pelo direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

(Eduardo Juan Couture)

RESUMO

Este estudo teve por finalidade analisar a aplicação do instituto da execução provisória da pena em face do princípio da presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos casos em que o acusado em segunda instância tiver sua sentença confirmada pelo Tribunal de Apelação. A grande relevância da pesquisa vem sendo demonstrada ao longo do trabalho, de modo a apresentar os pilares constitucionais dessa aplicabilidade. A pesquisa realizada neste trabalho pode ser classificada, quanto à natureza, como pesquisa básica. Quanto à forma de abordagem do problema, o estudo em pesquisa se classificará como qualitativa. Quanto aos objetivos, classificar-se-á como exploratória. Quanto ao procedimento técnico, esta pesquisa realizar-se-á por meio de estudos bibliográficos, pois será desenvolvida a partir de materiais publicados em artigos, livros, revistas, dissertações, teses e na internet. O Supremo Tribunal Federal voltou a discutir seu posicionamento quanto ao tema tratado, ainda que essa aplicação viesse sendo adotada logo após a consolidação da Constituição Federal de 1988, em 1991. O que se observou ao longo do trabalho é que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP é mais acertado quanto ao tema, pois voltou a refletir na realidade vivenciada pela sociedade diante de inúmeros crimes, de modo a afastar a sensação de impunidade. Além disso, conclui-se que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, mas mero efeito devolutivo e, uma vez interpostos e negado provimento, os autos voltarão à primeira instância para dar início a execução da pena.

Palavras-chave: Princípio da Presunção de Inocência. Execução Provisória da Pena. Recurso Especial e Extraordinário. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO PENAL	09
2.1 Princípio da presunção de inocência: origem.....	09
2.2 Princípios como normas jurídicas	10
2.3 Conceito de presunção	11
2.4 Conceito do princípio da presunção de inocência	11
3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL ..	14
3.1 Análise Constitucional e compatibilização com os direitos fundamentais	14
3.1.1 <i>Da análise literal da norma</i>	<i>15</i>
3.1.2 <i>Da interpretação da norma conforme mutação constitucional</i>	<i>16</i>
3.2 A adequação dos Princípios da proporcionalidade e razoabilidade	17
4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA	
PENA	19
4.1 Relação do princípio da presunção de inocência com a execução provisória da pena.....	19
4.2 Efeitos legais dos recursos especial e extraordinário	20
4.3 Execução provisória da pena e o Garantismo penal no Estado Democrático de Direito	21
4.4 Execução provisória da pena e o garantismo penal integral	23
4.5 Análise dos entendimentos do Tribunal Superior	25
4.5.1 <i>Á luz do Habeas Corpus 84.078/MG</i>	<i>25</i>
4.5.2 <i>Á luz do Habeas Corpus 126.292/SP</i>	<i>27</i>
4.6 Evolução jurisprudencial	28
5 CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS.....	33

1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência em seu conceito literal tem por finalidade garantir que todos os cidadãos sejam considerados inocentes até o trânsito da sentença penal condenatória. A aplicação deste princípio em seu conceito literário é um tema polêmico e gerador de grandes discórdias uma vez que, quando aplicado, a sociedade tem a sensação de impunidade, causando desconforto no meio social. Contudo, com o instituto da execução provisória da pena, ocorrerá a antecipação da pena, vislumbrando o seu cumprimento mesmo antes do trânsito em julgado, assegurando e protegendo os direitos fundamentais da coletividade.

A motivação para a realização dessa pesquisa é simplesmente equiparar a proteção do acusado no processo penal, com proteção da sociedade, visando a garantir um equilíbrio entre a acusação e a defesa, de modo a eximir a sensação de impunidade da sociedade.

Essa pesquisa tem por objetivo analisar o posicionamento do Tribunal Superior quanto à aplicação do princípio da presunção de inocência em relação à execução provisória da pena, demonstrando aspectos que evidenciem a constitucionalidade da antecipação da pena.

O que se pretende aqui é provar que a aplicação da execução provisória da pena não fere o princípio constitucional da presunção de inocência e, na realidade, não viola os direitos e garantias constitucionais do apenado. É necessário dar à sociedade uma sensação de proporcionalidade e razoabilidade de direitos, já que a finalidade deste instituto é o início do cumprimento da pena antes do trânsito penal de sentença condenatória, o que acontece após decisão em segunda instância, na qual o apenado já é considerado presumidamente culpado, uma vez que já foram encerradas as discussões quanto às matérias fáticas e de direito.

É nesse sentido, nessa ordem de pensamento, que se pretende organizar esta pesquisa e contribuir para o entendimento desse princípio e sua aplicação, já que é um assunto delicado, polêmico, que possui grande repercussão social. Sabendo que a Constituição garante ao cidadão os direitos fundamentais e garantias constitucionais, como lidar com esta situação frente a um acusado que já esgotou as instâncias ordinárias? É neste sentido que se consagrou no ordenamento brasileiro um modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista.

A pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada quanto à natureza como pesquisa básica, pois objetiva gerar conhecimentos novos, úteis para o avanço da ciência, envolvendo verdades e interesses universais. Da forma de abordagem do problema a pesquisa se classificará como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise do problema. Quanto aos objetivos, será uma pesquisa exploratória, pois envolve levantamento bibliográfico e jurisprudencial. Quanto ao procedimento, este trabalho realizar-se-á por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, pois será desenvolvido a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações, teses e atualmente na internet. Prosseguindo, esse trabalho se organizará conforme apresentado a seguir.

O primeiro capítulo apresentará a origem do princípio da presunção de inocência, bem como abordará o conceito de princípio como norma jurídica, o conceito de presunção e o conceito de princípio da presunção de inocência.

O segundo capítulo apresentará breves considerações acerca do princípio da presunção de inocência como direito fundamental, fazendo uma análise constitucional e uma compatibilização com ele, além de fazer uma análise literal da norma e uma interpretação conforme mutação constitucional, a fim de se destacar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, chegando à conclusão de que a incidência do princípio da presunção de inocência deve ser interpretado de modo a afastar o seu conceito literário, bem como equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

O terceiro capítulo apresentará a aplicação do princípio da presunção de inocência com o instituto da execução provisória da pena. Far-se-á uma avaliação da incidência com o efeito do recurso especial e extraordinário, analisará a execução provisória da pena em relação ao garantismo penal no Estado Democrático de Direito, assim como tratará do garantismo penal integral, além de analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal à luz dos Habeas Corpus 84.078/MG e 126.292/SP, apontando as divergências.

Por último, na conclusão, serão apresentados os resultados das análises realizadas em todo conteúdo do trabalho.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO PENAL

2.1 Princípio da presunção de inocência: origem

Para entender algo, é necessário saber a sua origem. Neste sentido, o conhecimento histórico acerca do princípio da presunção de inocência ajuda na compreensão de sua evolução no tempo.

Para compreender a origem deste princípio é de grande importância mencionar a origem do sistema processual penal, demonstrando o porquê de se chegar a um procedimento acusatório.

Inicialmente é preciso saber o conceito de sistema processual penal e o doutrinador Rangel (2010, p. 49) define como sendo “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Observa-se que o sistema processual penal vigora conforme a política social de cada Estado. Diante disso, o primeiro sistema processual que o estado brasileiro adotou foi o sistema inquisitório, secreto, que surgiu desde o século XII, pelos tribunais, para a investigação criminal e foi instituído pelo papa Gregório IX no século XIII e vigorou até o século XVII. Neste sistema prevaleciam as funções de julgar e acusar nas mãos de um único Estado-Juiz. Todavia, como o mérito de acusar e mesmo tempo de julgar permanecia na mão de um único julgador, inexistia a imparcialidade e prevalecia a presunção de culpa do apenado.

Foi assim, diante dessa insegurança e imparcialidade, que surgiu no Estado Democrático de Direito o sistema processual penal acusatório público e estruturado, que tem por finalidade dividir as funções do Estado em julgar, acusar e defender, equilibrando a igualdade entre a defesa e a acusação, assegurando tanto a plenitude de defesa quanto um julgamento imparcial.

Prosseguindo, no ramo da origem do princípio da presunção de inocência, o doutrinador Canotilho (2003) acredita que o princípio da presunção de inocência teve seu surgimento na Carta Magna de 1215, na Inglaterra, em razão do entendimento de que os julgamentos deveriam ocorrer de acordo com a lei do país julgador.

De forma contrária, a doutrina majoritária tem compreendido à luz do entendimento do doutrinador Barbagalo (2016), que ensina que o surgimento do princípio da presunção de inocência se deu através da Revolução Francesa em 1789, por intermédio da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no qual o acusado é considerado inocente até que sua culpa seja declarada.

No ordenamento jurídico brasileiro, o surgimento fático do princípio em estudo se deu através do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Portanto, conclui-se que há divergências quanto à origem do princípio da presunção de inocência; embora haja autor que afirme que tal princípio surgiu da Carta Magna de 1215, na Inglaterra, há doutrinadores que acreditam que teve seu surgimento na França, em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No ordenamento Jurídico Brasileiro, sua origem fática se deu por meio da Constituição de 1988.

2.2 Princípios como normas jurídicas

Para falarmos sobre princípio da presunção de inocência é necessário saber o que significa princípio e qual a sua validade para o ordenamento jurídico. Neste sentido, levando em consideração que princípios são espécies de normas jurídicas, é preciso entender qual a sua extensão no sistema jurídico brasileiro.

As normas jurídicas brasileiras surgiram no ordenamento jurídico após a independência do Brasil, em 1822, quando o país se tornou independente de Portugal. Foi assim que as normas começaram a ser instituídas e criadas para regulamentar as condutas sociais da sociedade.

Diante disso, partindo-se do ponto de vista conceitual de normas jurídicas, o doutrinador Rizzatto Nunes (2003, p. 179) conceitua como sendo:

[...] um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos – e das pessoas jurídicas e demais entes. É uma regra de conduta social; sua finalidade é regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais. A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário.

Todavia, observa-se que normas jurídicas é o meio pelo qual o Estado impõe limites para regulamentar a conduta da sociedade, com a finalidade de proteger a paz social, podendo ser permitida a força coercitiva estatal.

Vale ressaltar que, no ordenamento jurídico vigente, normas jurídicas é gênero, o qual acarreta duas espécies, regras e princípios, que trazem seus próprios conceitos e possuem suas próprias características; porém não se pode dizer que há hierarquia entre elas.

Regra é um conjunto de normas que age descrevendo certas condutas e estabelecendo padrões a serem seguidos, a fim de regulamentar determinados comportamentos de uma sociedade. Já os Princípios não servem para regulamentar comportamento, mas para limitar a criação de regras, resguardando os valores éticos e morais que existem no interior de uma sociedade. Deste modo, as regras desempenham um papel de estabilidade jurídica e os princípios trazem sua aplicabilidade a depender do caso concreto.

Assim pode-se dizer que na criação de uma regra, a qual impõe, permite ou proíbe que o homem faça algo, é necessário ao legislador observar os princípios vigentes para assegurar a primazia da ordem jurídica, pois os princípios são a base para a criação de uma regra, são valores que espalham no sistema.

2.3 Conceito de presunção

Presunção é uma ideia antecipada, é o ato de se presumir; são conclusões que se baseiam em indícios.

Em matéria de direito, presunção se funda em determinados acontecimentos legais existentes de maneira distinta. Isto significa que existem presunções de caráter absoluto, da qual existe juízo de certeza e existem presunções de caráter relativo, que se estendem até que seja provado o contrário, ou seja, são necessárias provas novas que comprovem o contrário.

2.4 Conceito de princípio da presunção de inocência

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o surgimento fático no Brasil do Princípio da Presunção de Inocência como direito fundamental, sendo retirado tal conceito do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que

dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

O princípio da presunção de inocência em seu conceito literal em por finalidade garantir que todos os cidadãos sejam considerados inocentes até o trânsito da sentença penal condenatória. Os doutrinadores Cretella Junior e Cintra citados por Walber Carlos da Silva (2018) conceituam tal princípio da seguinte forma:

O significado de presunção origina-se do latim *praesumptio*, no qual, o verbo é *praesumere*, “significa antecipar, tomar antes ou por primeiro, prever, imaginar previamente”. Portanto, esse termo de origem latina, significa antecipar algo que ainda não aconteceu. Por outro lado, ainda sob a interpretação dos mesmos autores, inocência, que também provém do latim, *innocentia*, e seu significado está ligado intimamente a práticas religiosas. No campo canônico, a inocência era referida àquele que nunca pecou, ou seja, que não infringia as regras divinas, mas com o passar do tempo foi adquirindo uma significação mais filosófica influenciada pelas ideias iluministas que incorporou uma perspectiva mais racional, na qual uma pessoa não poderia ser apontada como culpada sem antes haver uma comprovação que a incriminasse.

De outro ponto de vista, existem autores que acreditam que não justifica a proteção e a valoração ao princípio da presunção de inocência aos acusados, pois no final do processo a maioria sempre era considerada culpada. Veja como foi o raciocínio do jurista Lopes Junior (2012, p. 238):

Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que se justifique a proteção e a presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência, vigente na Constituição Federal como direito fundamental, não pode ter como único e exclusivo objetivo a garantia apenas dos direitos fundamentais individuais, ou seja, não deve ser visualizado na perspectiva individualista. Portanto, o Brasil adotou o cenário do Estado Democrático de Direito, que tem como base a dignidade da pessoa humana, o qual abandonou o viés individualista da esfera penal, passando a proteger e defender os direitos fundamentais da coletividade.

Sendo assim, deve-se observar que o princípio da presunção de inocência deve sempre buscar um equilíbrio entre o direito de defesa do acusado, e o direito

de punir do Estado, visando a garantir e compatibilizar o dever de proteção e de segurança diante da sociedade.

Ao escrever sobre o princípio da presunção de inocência, os doutrinadores Chamma e Dal Ri (2015, p. 11(2): 18-31) afirmam que: “há que se ressaltar que este princípio é relativo e deve ser aplicado caso a caso”.

Caso contrário, restringindo-se somente ao conceito literal a norma, o intérprete estaria ignorando a necessidade da hermenêutica como “*teoria científica da arte de interpretar*”. (MAXIMILIANO, 1998, p. 1)

Para tanto, o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado em consonância com o caso concreto, buscando sempre resguardar a igualdade de tratamento do acusado frente ao aparato sancionador do Estado, com a finalidade de que ele possa se defender de maneira plena. Ademais, o princípio da presunção de inocência deve ter como foco a dignidade da pessoa humana, de modo que deve ser regra de tratamento do acusado o direito fundamental ao direito de defesa, existindo uma relação de equilíbrio entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do acusado.

Para tanto, mostra-se a necessidade de um julgador imparcial, o qual vai assegurar a igualdade entre as partes e garantir ao acusado o direito de defesa e a de um defensor, bem como resguardar o dever de punir do Estado contra o delinquente, para assegurar a proteção da sociedade.

Sendo assim, Cruz Paulino (2018, p. 17) diz que:

a presunção de inocência, como direito fundamental e possuidor da natureza jurídica de princípio, deve ser interpretada em consonância com o princípio da proporcionalidade e em ponderação com os demais preceitos fundamentais consagrados.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O princípio da presunção de inocência é revelado como um dos princípios centrais do âmbito criminal pela doutrina constitucional e penalista.

No Brasil, este princípio, segundo Gomes Filho (1991), “representa uma escolha evidente por uma concepção de processo penal em que a liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema”.

Com a presunção de inocência ocorreu a substituição do procedimento inquisitório por um procedimento acusatório, o qual tem por finalidade assegurar e equilibrar a igualdade de direitos entre a acusação e a defesa nas mãos de um julgador imparcial.

Diante desse cenário que trouxe a inovação da substituição do Sistema Penal Processual, Paulino (2018, p. 12) afirma que:

Criaram-se parâmetros internacionais de proteção aos direitos humanos, voltados à defesa da paz e de direitos, como a dignidade da pessoa humana. Passou-se a atuar de maneira preventiva e repressiva na proteção de tais direitos, sendo o princípio da presunção de inocência um mecanismo concretizador desse duplo viés.

O princípio em estudo assegura ao indivíduo que a demonstração da culpa seja através de um procedimento público, digno e correto, com a efetiva plenitude de defesa. Portanto, essa presunção centraliza-se em valores ideológicos e técnicos, conforme dispõe o ilustre doutrinador Filho (1991, p. 18, 36-37):

o valor ideológico é a garantia dos interesses do acusado no processo penal, enquanto o valor técnico, instrumental ao primeiro, contribui para a segurança e a certeza do direito, indicando ao juiz a regra a ser obedecida no caso de incerteza sobre a culpabilidade.

Sendo assim, este princípio se materializa no dever de respeitar os interesses dos acusados e de contribuir com a segurança e a certeza do direito da sociedade, devendo garantir a ordem e a segurança social. No mais, tal princípio foi enquadrado na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental e, assim sendo, não pode ser visualizado somente no cenário individualista, pois, como os demais direitos fundamentais, deve ser voltado para a sociedade, para o cidadão e para o Estado.

3.1 Análise constitucional do princípio da presunção de inocência

3.1.1 Da análise literal da norma

No ordenamento jurídico brasileiro, o surgimento fático do princípio em estudo se deu através do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

O princípio da presunção de inocência, em seu conceito literal tem por finalidade garantir que todos os cidadãos sejam considerados inocentes até o trânsito da sentença penal condenatória. Porém, tal dispositivo não pode ser interpretado em sua literalidade. Isto porque, com a chegada da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou um Estado Democrático e Social de Direito, o qual tem o dever de respeitar e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Com base nessa nova consolidação, o Brasil deixou de assegurar os direitos fundamentais individuais e passou a garantir os da coletividade. Contudo, Paulino (2018) acredita que a realidade do Brasil quanto ao princípio da presunção de inocência deve ser consolidada com os demais direitos fundamentais, tal como ocorre com os direitos humanos e o ordenamento jurídico.

Desta forma, a análise de um enunciado normativo deve ser apreciada no contexto global em que está inserido, ou seja, a interpretação de um texto legal não pode ser realizada a partir da análise do próprio texto, mas por meio de uma compreensão total de um texto legal.

De tal modo, segundo Rafael Hernandez Marin, citado por Galtieni da Cruz Paulino (2018), afirma que:

uma interpretação de cunho jurídico nunca deve ocorrer de maneira exclusivamente literal, já que a norma explicitada no enunciado não é uma mera descrição de um significado das palavras que o compõem. Por meio da interpretação, busca-se, em verdade dar um sentido aos enunciados jurídicos, buscando atribuir a eles um sentido total.

Para tanto, há distinção quanto ao conceito literal da norma e o sentido total da norma. Isto ocorre porque o primeiro abrange tão somente a redação do enunciado, sem qualquer relação com contexto global; já o sentido total da norma leva em consideração os sentidos das palavras que compõem o enunciado,

abrangendo também um contexto em um sentido amplo, ou seja, o mundo que rodeia e o ato de formação do enunciado.

Desse modo, o contexto que deve ser considerado compreende a realidade social e normativa na qual o enunciado se encontra ou se insere, bem como o momento histórico, os princípios existentes em uma sociedade, que de maneira alguma podem ser extintos totalmente, como é o caso dos direitos fundamentais.

Neste sentido, a interpretação gramatical não pode ser considerada apenas de forma isolada, pois exclui a existência dos denominados enunciados claros. Pode-se dizer que um enunciado só é considerado claro quando forem realizadas as possíveis e cabíveis interpretações, resultando na mesma solução para todos. Por mais clara que a norma seja, deve sempre considerar o seu conjunto fático, normativo e jurídico.

3.1.2 Da interpretação da norma conforme a mutação constitucional

Segundo Paulino (2018), mutação constitucional se conceitua como um fenômeno que altera a Constituição Federal sem a ocorrência de um processo formal de alteração, em razão, dentre outros fatores, da nova conjuntura social.

Neste sentido, Bulos (1997, p. 54) diz que “isso ocorre quando às palavras, que permanecem imodificadas do texto maior, se lhes outorga um sentido distinto do originário, ou quando se produz uma prática em contradição com o texto”.

Mutação constitucional de um texto apresenta uma evolução da vida constitucional de um Estado. Portanto, como visto anteriormente, esse fenômeno também deve ser analisado no conjunto jurídico, fático e normativo, pois deve ser observada a perspectiva constitucional, podendo advir de atos estatais ou do próprio comportamento de uma determinada sociedade.

Convém salientar que o Direito se resulta da realidade na qual se encontra inserido. Barroso (2010, p. 131) menciona que “haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o STF vier atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixará anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito”.

Para tanto, o Ministro Barroso, quando proferiu seu voto no HC 126292/SP (BRASIL, 2016), dispôs que há uma situação de “tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica produziu

modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado”.

Um exemplo representativo de mutação constitucional consagrado pelo STF é o caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, quando ocorreu o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar mesmo havendo previsão legal no texto constitucional, em seu artigo 226, §3 que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL, 1988). Este artigo restringe o conceito de família à união entre o homem e a mulher. E, no mesmo sentido, diz o artigo 1723 do Código Civil, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher [...]”. (BRASIL, 2013, p. 1438)

Há autores que acreditam que só pode haver a aplicação da mutação constitucional se forem consideradas as possibilidades semânticas do relato da norma e ocorrer a preservação dos direitos fundamentais que dão identidade à Constituição. Porém, há doutrinadores que afirmam não ser possível fixar limites para a aplicação da mutação constitucional, em razão de ela resultar da influência de forças decorrentes de constantes mudanças sociais.

A verdade é que a Constituição Federal sempre dependerá do fenômeno da mutação constitucional, porque seu objetivo é voltado para resguardar os anseios individuais e coletivos de uma sociedade, mediante uma relação de equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da sociedade.

3.2 A adequação dos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade

Segundo Silva (2011, v2, p 134), “num Estado Democrático de Direito, O Princípio da Proporcionalidade, que em sentido amplo é denominado de princípio da proibição de excesso, tem como missão coibir intervenções desnecessárias e excessivas”.

Nesse mesmo sentido, o Doutrinador Coelho (2007, v.3, p 109), ao expor a doutrina de Karl Larenz esclarece que:

[...] o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a criação e a aplicação de uma lei não devem incidir sobre os direitos fundamentais individuais de forma desproporcional, pois esse princípio tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Para tanto, através do princípio da proporcionalidade, surge a necessidade de um juiz de ponderação, cuja sua função é estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais. O juiz de ponderação se torna necessário quando dois princípios se choquem entre valores constitucionais. Desse modo, o princípio da proporcionalidade atuará assim que se materializar um direito fundamental.

Os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo Poder Público desde a sua criação até a sua aplicação. E, caso haja conflitos entre esses direitos, deve haver uma interpretação que resulte na máxima eficácia jurídica e tenha grande eficácia no meio social. Diante disso, a interpretação do princípio da presunção de inocência frente à execução provisória da pena necessita do juízo de ponderação, pois evita que os direitos fundamentais individuais e da sociedade sejam suprimidos diante do princípio da presunção de inocência.

O Princípio da Presunção de Inocência concretiza a proporcionalidade que deve haver entre a punição do agente e a proteção da sociedade.

4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

4.1 Relação do princípio da presunção de inocência com a execução provisória da pena

A execução provisória da pena é um instituto jurídico que se concretiza na possibilidade de o indivíduo condenado em segunda instância começar a cumprir sua pena, ainda que o acórdão penal condenatório em grau de apelação esteja sujeito a recurso especial e extraordinário.

Neste instituto, discute-se o início do cumprimento da pena imposta ao cidadão, mesmo antes de transcorridos todos os graus recursais, iniciando-se desde as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça.

No Habeas Corpus 126292/SP de 17 de fevereiro de 2016, a decisão que foi acatada quanto ao princípio da presunção de inocência, em face da execução provisória da pena, foi a constitucionalidade do acusado iniciar o cumprimento da pena antes de ocorrer o trânsito em julgado, ainda que o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esteja sujeito a recurso especial e recurso extraordinário.

Isto por que foram discutidos, no mesmo habeas corpus, os efeitos destes recursos, chegando-se à premissa de que eles não possuem efeitos suspensivos, mas mero efeito devolutivo já que não rediscutem os fatos e provas, pois uma vez interpostos e não concedidos, voltarão à primeira instância para o início da execução da pena.

Assim sendo, pode-se sustentar que o princípio da presunção de inocência compatibiliza-se com a execução provisória da pena e quando esgotados todos os meios recursais em instâncias ordinárias, os recursos especial e extraordinário interpostos não suspenderão a decisão proferida pelo Tribunal Pleno. Logo, observa-se que estes discutem matérias relacionadas às normas infraconstitucionais e constitucionais, não submetendo discussão quanto às questões fáticas e de direito.

Destarte, há necessidade de manter uma relação de equilíbrio entre a efetividade do processo e o princípio da presunção de inocência, sendo este equilíbrio atingido pelo instituto da execução provisória da pena.

4.2 Efeitos legais dos recursos especial e extraordinário

O recurso especial tem como base legal o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e é conceituado como o recurso destinado a devolver ao Superior Tribunal de Justiça a competência para conhecer e julgar questão federal de natureza infraconstitucional que já foi objeto de prequestionamento perante o Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça. (BRASIL, 1988).

Convém salientar que o Recurso Especial não devolve ao Superior Tribunal de Justiça o conhecimento de questões de fatos e de direito, mas tão somente questões processuais. Ademais, enquanto possível a interposição de algum recurso, não cabe o Recurso Especial, pois este somente poderá ser interposto quando findadas as vias ordinárias. De tal modo, a Súmula 7 do STJ, dispôs que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Para tanto, a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça aprontou que “é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem”, bem como dispôs a Súmula 211 “é inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a *quo*”.

Logo, pode-se concluir que só são passíveis de recurso especial as decisões que já foram objeto de discussão nas vias ordinárias e que violam lei federal.

O Recurso Extraordinário tem como base legal o artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e serve para impugnar qualquer decisão proferida em única ou última instância, desde que afronte a Constituição Federal e seja demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais. (BRASIL, 1988).

Prosseguindo, este recurso é interposto perante o Supremo Tribunal Federal quando não mais cabíveis recursos nas instâncias ordinárias. Desse modo, apronta a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Deste modo, como já visto no Recurso Especial, o Recurso Extraordinário também não discute questão relacionada à culpa do acusado ou questões de matérias probatórias, mas tão somente matéria processual, desde que seja comprovada a repercussão geral.

Diante disso, extrai-se da Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal que, “é inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”. Pode-se dizer, portanto, que não cabe Recurso

Extraordinário contra acórdão em recurso de apelação do qual ainda caibam embargos de declaração ou embargos infringentes.

Quanto aos efeitos dos recursos em estudo, aplica-se por analogia, o artigo 995 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.” (BRASIL, 2016, p.172).

Neste mesmo sentido, o artigo 637 do Código de Processo Penal dispõe 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”. (BRASIL, 2020, p. 310).

Assim também dispôs a Súmula 267 da Corte Especial “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Conclui-se que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, mas mero efeito devolutivo e, uma vez interpostos e negado provimento, os autos voltarão à primeira instância para dar início à execução da pena. Deste modo não há que se falar que a execução da pena antes do trânsito em julgado viola o princípio da presunção de inocência, pois instâncias superiores não discutem quanto à autoria e materialidade do condenado, permitindo tão somente a discussão relacionada à matéria processual, ou seja, quando o recurso chega ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, o condenado já é culpado, não existindo mais a presunção de culpa, mas sim a certeza da culpa.

4.3 Execução provisória da pena e o garantismo penal integral no Estado Democrático de Direito

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou um Estado Democrático de Direito, no qual prevalecem os direitos e garantias fundamentais da coletividade, garantindo equilíbrio e igualdade de direitos entre as partes.

Passando ao estudo da execução provisória da pena, os direitos fundamentais da coletividade devem ser desenvolvidos à luz do garantismo penal integral, que tem por finalidade resguardar e respeitar os direitos e deveres da sociedade e do acusado, buscando igualdade e equilíbrio para ambas as partes, de

modo que seja visualizado e apreciado em concordância com o princípio da proporcionalidade.

Outrora, o garantismo penal estava relacionado tão somente com os direitos individuais do acusado e, nessa perspectiva o Doutrinador Alexandre Moraes da Rosa (2005, p.4) mencionou que “relacionam o garantismo penal como a proteção exclusiva dos direitos individuais do acusado”. Também nesta mesma linha de raciocínio, o doutrinador Lemgruber Boechate e outros (2015), acreditam que o garantismo tem como principal ponto garantir os direitos do acusado, criando limites ao poder de punir, prevalecendo sempre os direitos individuais.

Através dessas concepções, nas quais os direitos fundamentais individuais prevaleciam sobre os direitos coletivos, Paulino (2018), chegou à conclusão de que dessa forma ocorre diferença de tratamento entre os réus ricos e os réus pobres, tendo em vista que os primeiros respondiam à acusação em liberdade e os segundos respondiam à acusação presos, mesmo que prevalecendo o princípio dos direitos e garantias individuais para ambas as partes.

Todavia, com todas essas desigualdades ocorridas no sistema prisional que não asseguravam a igualdade entre as partes, a chegada da Constituição Federal de 1988 adotou o Estado Democrático de Direito, no qual prevalecem os direitos e garantias fundamentais da coletividade, assegurando equilíbrio e igualdade de direitos entre as partes.

Dessa forma, deixou de ser um garantismo penal individual e passou a ser um garantismo penal¹ integral, capaz de melhor respeitar e assegurar os direitos e garantias fundamentais do acusado e da sociedade, assegurando igualdade de tratamento, enquadrando o que melhor se adapta no mundo de hoje.

O garantismo penal integral, conforme já mencionado anteriormente, busca assegurar o equilíbrio dos direitos fundamentais da sociedade e do acusado. Diante disso, explica o doutrinador Paulino (2018.p.92):

Esse modelo de Estado, com base no qual o garantismo deve ser interpretado, gera a obrigação de respeito não apenas aos direitos fundamentais individuais do acusado, mas também aos direitos da sociedade, como é o caso do direito a segurança, a ser concretizado em determinados casos por um processo

¹ Garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito; busca na racionalidade; foco na civilidade; e equilíbrio social.

penal efetivo, o qual deve redundar de fato na punição do responsável por uma prática delitiva.

A visão do garantista do Direito Penal e Processo Penal devem ser ajustados nos moldes dos princípios que vigoram um Estado Democrático de Direito, que resguarda a dignidade da pessoa humana, isonomia, segurança e demais direitos fundamentais. O doutrinador Fischer (2006), esclarece que os direitos fundamentais não devem ser presenciados apenas como direitos do acusado quanto à sua defesa frente ao Estado, mas como princípios objetivos e direitos de defesa daqueles que tiveram seus bens jurídicos violados.

Vale ressaltar que o Estado Democrático de Direito visa a estabelecer igualdade na defesa da sociedade e do acusado, baseando-se em um sistema penal com fulcro nos direitos fundamentais da coletividade e em especial o da segurança, que exige um processo penal efetivo na punição dos violadores da ordem jurídica.

Sendo assim, entende-se que a execução provisória da pena visa a um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência voltado para os direitos da sociedade e do acusado, permitindo o devido processo penal digno, mas existindo a possibilidade da aplicação efetiva da pena.

Por fim, Ferrajoli (2014) ressalta que as garantias no sistema jurídico brasileiro se tornam necessárias para assegurar a paz e os direitos humanos e não para fortalecer a democracia. Trata-se de respeitar os direitos e deveres da sociedade e do acusado para obter um resultado justo para ambas as partes.

Portanto, o garantismo penal integral busca a necessidade de que os direitos e garantias fundamentais, caso entrem em conflitos, sejam interpretados de acordo com o princípio da proporcionalidade. Desse modo, os direitos fundamentais da sociedade não podem ser suprimidos pelos direitos fundamentais do acusado.

4.4 Execução provisória da pena à luz do garantismo penal integral

O instituto da execução provisória da pena gira em torno do princípio da presunção de inocência, que está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna. Sob a visão do garantismo penal integral, observar-se-á que não ocorre a violação deste princípio com o posicionamento da Corte Suprema no Habeas Corpus 126292/SP.

Os direitos fundamentais processuais penais não são idealizados apenas por direitos individuais, mas também por interesses da sociedade. Sendo assim, Moraes (2010, p. 231) menciona que “ressurte importante ao operador notar que eles não têm apenas feição individual, mas também conotação coletiva, porquanto essencial para a vida na sociedade.

Essa perspectiva dos direitos fundamentais proporciona a visão do Estado Democrático de Direito, que passa a depender do garantismo penal integral. Desse modo, os direitos fundamentais devem ser visualizados não somente no seu aspecto individual, mas também no seu aspecto coletivo, inerentes aos bens e interesses de uma sociedade. Essa é a interpretação que deve ser dada ao princípio da presunção de inocência frente ao direito de segurança, buscando sempre o equilíbrio e evitando os pensamentos de injustiça e de impunidade.

Destarte o instituto da execução provisória da pena busca um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência dirigido ao acusado, bem como aos direitos da sociedade à segurança. Busca-se o devido processo legal ao acusado, mas também a efetiva aplicação da pena. Neste sentido, diz Paulino (2018) que a busca pelo equilíbrio dos direitos fundamentais do acusado e da sociedade é o principal objetivo do garantismo penal integral.

Desse modo, mais uma vez, Paulino (2018, p. 100) afirma que:

com a execução provisória, o garantismo se configura em seu duplo aspecto: no negativo, garantindo que os direitos fundamentais do acusado, especialmente a presunção de inocência, vão ser observados; no positivo, resguardando os direitos à segurança e à efetividade do processo, inerentes à sociedade. Essa é a concepção que se deve ter do processo penal em um Estado Social e Democrático de Direito.

Dessa forma, a execução provisória da pena em conjunto com o garantismo penal integral, buscam que os direitos e garantias fundamentais que estejam em conflito sejam interpretados conforme o princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade, junto com o garantismo integral, busca um tratamento igualitário, isonômico. Assim sendo, Sarlet (2017, p. 16) explica que:

proporcionalidade e isonomia são grandezas indissociáveis e [...] entre ambas importa manter um adequado equilíbrio, [...] A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional – de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas.

Portanto, a teoria garantista visa a proteger e equilibrar todos os direitos fundamentais, tanto os individuais quanto os coletivos, bem como o efetivo cumprimento dos deveres fundamentais do cidadão e do Estado, que são atingidos pelo instituto da execução provisória da pena no Habeas Corpus 126292/SP.

4.5 Análise dos entendimentos dos Tribunais Superiores

4.5.1 À luz do Habeas Corpus 84.078/MG

Em 2009, a Suprema Corte, por maioria dos votos, sete a quatro, decidiu que a execução antecipada da pena é incompatível com o princípio da não culpabilidade, passando a exigir o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para o início da execução da pena.

Esse entendimento foi aplicado no HC 84.078/MG, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à

“jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- - disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Para tanto, o fundamento majoritário que vigorou no ano de 2009 foi sustentado pelo teor do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sob o argumento de que a decisão não poderia ser feita de modo a restringir os benefícios constitucionais da dignidade. Além disso, o relator sustentou que a Lei 7.210/84, no seu artigo 105, condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ademais, fez menção ao princípio da presunção de inocência na Carta Magna de 1988, que definiu em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Entretanto, chegaram à conclusão de que o artigo 105 da Lei de Execução Penal se amolda à ordem constitucional trazida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e sobrepõe o referido artigo 637 do Código de Processo Penal.

Além disso, ratificou que a ampla defesa não deve ser de modo restrito, devendo ser aplicada em todas as fases do processo, não podendo se limitar às

instâncias ordinárias, sendo aplicada inclusive ao se interpor recurso de natureza extraordinária. E, posteriormente à conclusão feita, foi de que a execução da pena, antes do trânsito em julgado, não deve e não pode ocorrer, podendo, tão somente, o apenado ser preso sob o fundamento das prisões cautelares. Caso contrário, a ocorrência da execução da sentença antes do trânsito em julgado do recurso de apelação, gerará restrição de direito de defesa, causando desequilíbrio entre o aparato estatal de aplicar a pena e o direito do acusado, de elidir desse direito.

4.5.2 Á luz do Habeas Corpus 126.292/SP

Mais recentemente, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal divergiu sobre o entendimento anteriormente supracitado e obteve uma nova linha de raciocínio. Defendeu a constitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que, em sede de apelação, a sentença for confirmada pelo Tribunal de Justiça. Além disso, ratificou que tal decisão não viola o princípio da não culpabilidade previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 mesmo que a decisão ainda esteja sujeita a recurso especial e extraordinário.

Esse entendimento foi abordado no HC 126.292/SP, cuja ementa segue abaixo:

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)

Após a decisão desse acórdão, voltou-se à discussão quanto à compatibilidade da execução provisória da pena depois de findadas as vias ordinárias, ainda que a decisão esteja pendente de recurso especial e extraordinário.

E na oportunidade, o Ministro Teori Zavascki consagrou em seu voto que o princípio da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro tornou-se “um modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista”. Destacou

ainda, que esse princípio deveria ser resguardado frente ao sistema do duplo grau de jurisdição, que, após ter o acórdão confirmado em 2º grau pelo Tribunal de Apelação, o recurso extraordinário e especial não rediscute mais questões fáticas e probatórias, nem detém efeito suspensivo, não impedindo, desde então, o início da execução provisória da pena.

Ressaltou também a necessidade de demonstrar a repercussão geral ao interpor o recurso extraordinário. E reafirmou que a necessidade de aguardar seu julgamento acaba incentivando a interposição de recursos dilatórios, comprometendo desde logo a realidade da jurisdição criminal. Em razão disso ocorre a necessidade de manter o equilíbrio entre o princípio da não culpabilidade e a efetividade do processo. E tal equilíbrio é consagrado pela execução provisória da pena.

Outrora, o mesmo Ministro, no mesmo Habeas Corpus, fez a referência da fala da Ministra Ellen Gracie do julgamento do HC 85.886/RJ de 2005, o qual dispôs que “em país nenhum no mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

Por fim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tornou a refletir na realidade vivenciada pela sociedade diante de inúmeros crimes, de modo a afastar a sensação de impunidade, gerando uma visão para o princípio da presunção de inocência e uma perspectiva de um processo penal mais justo.

4.6 Evolução jurisprudencial

Após todo o exposto, convém ressaltar a evolução jurisprudencial quanto ao princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena.

E, desde o início, logo após a consagração da Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, inciso LVII, o Supremo Tribunal Federal já permitia a possibilidade de aplicar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, ainda que pendente de recurso especial e extraordinário. A título de exemplo, tem-se o julgamento do Habeas Corpus nº 68.726 de 1991, o qual teve por fundamento haver inexistência de conflito no início da execução provisória da pena com o artigo 5º, inciso LVII da

Carta Magna de 1988, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário possuem efeitos devolutivos.

Ademais, outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal continuaram adotando o mesmo entendimento do julgamento anteriormente mencionado, como por exemplo, os HC 71.723 de 1995, HC 84.846 de 2004, HC 85.024 DE 2005 e o HC 91.675 de 2007.

Fortalecendo mais ainda o entendimento da constitucionalidade da aplicação da execução provisória da pena, a Corte Suprema aprovou a Súmula 716 que dispõe “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” e a Súmula 717 que diz “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”, o qual trata de situações específicas com a matéria tratada.

Posteriormente, em 2009 ocorreu o julgamento do HC 84.078, tratando da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, passando a exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo após, em 2016, a Corte Suprema obteve um novo posicionamento, e decidiu a constitucionalidade da execução provisória da pena, desde que a sentença de 1º grau seja confirmada em sede de apelação.

Ademais, no fim do ano de 2016, a matéria voltou a ser rediscutida na Suprema Corte, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, as quais buscavam a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, comprometendo-se o início do cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado.

Contudo, o entendimento que permaneceu foi o posicionamento do HC 126.292, que concluiu a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, e o entendimento de que ele não impede a execução provisória da pena após a condenação em sede de apelação.

Por fim, pode-se concluir que o entendimento da Corte se adapta à realidade vivenciada, a qual busca eliminar a sensação de impunidade e de defender os interesses fundamentais da coletividade (sociedade e acusado).

Tal entendimento tem como objetivo buscar um equilíbrio para ambos (sociedade e acusado) de forma que seus direitos não sejam suprimidos para

garantir o direito de outro, e esses direitos se concretizam com a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No entanto, observa-se que esse entendimento vinha sendo adotado desde os anos de 1991, ou seja, bem antes de haver discussão sobre a compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena, os acórdãos já obtinham o entendimento de que o recurso especial e extraordinário possuem, tão somente, efeitos devolutivos e que, desse modo, não impedem o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto acima, conclui-se que o instituto da execução provisória da pena compatibiliza com o princípio da presunção de inocência.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da aplicação da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção de inocência em um Estado Democrático de Direito, chegando à conclusão de que tal instituto não viola o texto constitucional, bem como demonstrou que a interpretação a ser feita quanto a este princípio deve ser na perspectiva da mutação constitucional, em razão de que o texto constitucional não será alterado, mas tão somente irá atribuir um sentido que mais se adapta ao mundo de hoje.

Os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo Poder Público desde a sua criação até a sua aplicação. E, caso haja conflitos entre esses direitos, deve haver uma interpretação que resulte na máxima eficácia jurídica e seja eficiente no meio social. Diante disso, a interpretação do princípio da presunção de inocência, frente à execução provisória da pena, necessita do juízo de ponderação, pois evita que os direitos fundamentais individuais e da sociedade sejam suprimidos diante do princípio da presunção de inocência.

Além disso, possibilitou avaliar os efeitos dos recursos especial e extraordinário, e concluiu-se que tais recursos não possuem efeito suspensivo, mas mero efeito devolutivo e, uma vez interpostos e negado provimento, os autos voltarão à primeira instância para dar início à execução da pena. Sendo assim, não há que se falar que a execução da pena antes do trânsito em julgado viola o princípio da presunção de inocência, pois em instâncias superiores não se leva à discussão autoria e materialidade do condenado, mas tão somente a discussão relacionada à matéria processual, ou seja, quando o recurso chega ao Supremo Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, o condenado já é culpado, não existindo mais a presunção de culpa, mas sim a certeza da culpa.

Entretanto, com a chegada da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou um Estado Democrático de Direito, no qual prevalecem os direitos e garantias fundamentais da coletividade, garantindo um equilíbrio e igualdade de direitos entre as partes. Dessa forma, à luz da teoria garantista, deixou de ser um garantismo penal individual e passou a ser um garantismo penal integral, capaz de melhor respeitar e assegurar os direitos e garantias fundamentais do acusado e da

sociedade, assegurando igualdade de tratamento, enquadrando o que melhor se adapta ao mundo de hoje.

Essa é a interpretação que deve ser dada ao princípio da presunção de inocência frente ao direito de segurança, buscando sempre o equilíbrio e evitando os pensamentos de injustiça e de impunidade.

Portanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP não busca ferir e nem mesmo violar os direitos fundamentais, mas compatibilizar os direitos envolvidos, de modo a garantir a todos os direitos e garantias fundamentais. Além disso, tornou a refletir a realidade vivenciada pela sociedade diante de inúmeros crimes, de modo a afastar a sensação de impunidade, gerando uma visão para o princípio da presunção de inocência e uma perspectiva de um processo penal mais justo. Por esta razão, não se trata de violar os direitos fundamentais do acusado, mas de punir aquele que infringiu direitos de terceiro, de forma equilibrada, sempre assegurando as garantias do processo penal digno.

Convém salientar que este entendimento vinha sendo aplicado desde o ano de 1991, logo, a Suprema Corte já aplicava aos condenados em 2º instâncias o início da execução da pena antes do trânsito em julgado.

Ademais, o Estado Democrático de Direito visa a estabelecer igualdade na defesa do acusado e da sociedade, baseando-se em um sistema processual penal com fulcro nos direitos fundamentais da coletividade e em especial o da segurança, que exige um processo penal efetivo na punição dos violadores da ordem jurídica.

Sendo assim, entende-se que a execução provisória da pena visa a um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência voltado para os direitos da sociedade e do acusado, permitindo o devido processo penal digno, mas existindo a possibilidade da aplicação efetiva da pena.

REFERÊNCIAS

AHMAD, Nidal. **Vade mecum penal**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira Lemgruber; SOUZA, Luiz Fernando de Oliveira; PARÓDIA, Mariane Silva; PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. As implicações da decretação da prisão preventiva sob a ótica da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Vale do Rio Verde, v.13, ano 2, p. 714-734, p.717, 2015.

BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. **Novo código processo civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 207. **Diário de Justiça**. Brasília, 16 abr. 1998. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 211. **Diário de Justiça**. Brasília, 03 ago. 1998. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 267. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 maio 2002. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula 7. **Diário de Justiça**. Brasília, 03 jul. 1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília 16 maio 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+126292+SP%29&pagina=10&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/y94g45z3>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC84078/MG. Relator: Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 fev. 2010. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84078+MG%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2ek29ce>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279. **Diário de Justiça**. Brasília, 09 abr. 1924. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28SUMULA+279%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/y3xu8rgl>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 281. **Diário de Justiça**. Brasília, 22 jun. 1961. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28SUMULA+281%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/y8duqw9l>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 716. **Diário de Justiça**. Brasília, 13 out. 2003. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499#:~:text=Admite%2Dse%20a%20progress%C3%A3o%20de,em%20julgado%20da%20senten%C3%A7a%20condenat%C3%B3ria.&text=2.,%3A%20\(...\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499#:~:text=Admite%2Dse%20a%20progress%C3%A3o%20de,em%20julgado%20da%20senten%C3%A7a%20condenat%C3%B3ria.&text=2.,%3A%20(...)). Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 717. **Diário de Justiça**. Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=717.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 14 maio 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAMMA, Milene Guadanhim Possamai; DAL RI, Luciene. A presunção de inocência versus o interesse público: a problemática da inelegibilidade gerada por condenação criminal não transitada em julgado. **Revista Brasileira de Direito**, v. 11, ano 2, p. 18-31, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

NUNES, Rizatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantirismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 16 maio 2020.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Walber Carlos da. **O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade**, fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64135/o-principioda-presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade>. Acesso em: 01 out. 2019.