

VIANEI GILVAN AGUIAR

**A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM PREJUÍZO AO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM RETROCESSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade
Antonio Meneghetti.

Orientador: Prof. Ms. Leonardo Sagrillo Santiago

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Ms. Leonardo Sagrillo Santiago
Orientador
Faculdade Antonio Meneghetti-AMF

Prof. Sandro Loureiro Marones
Membro da Banca Examinadora
Faculdade Antonio Meneghetti-AMF

Prof. Ms. Priscila Cardoso Werner
Membro da Banca Examinadora
Faculdade Antonio Meneghetti-AMF

Recanto Maestro-Restinga Seca, 20 de novembro de 2018.

A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM PREJUÍZO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM RETROCESSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

Vianeil Gilvan Aguilari¹
Leonardo Sagrillo Santiago²

RESUMO: O presente trabalho trata de uma análise doutrinária e jurisprudencial de direito processual penal, sob o viés constitucional, sobre a execução antecipada da pena em prejuízo ao princípio da presunção da inocência. Diante disso o problema de pesquisa se refere a analisar se é possível dizer que o novo entendimento jurisprudencial de antecipar a execução da pena seria um retrocesso do Estado Democrático de Direito, e se este retrocesso fere o princípio da presunção de inocência e a Constituição Federal. O método de abordagem utilizado é o método dedutivo, pois a pesquisa partirá de uma abordagem geral e conceitual dos princípios constitucionais do processo penal, e o método de procedimento é o monográfico já que o trabalho se baseará na recente decisão do Supremo Tribunal Federal. Ao final o trabalho trará uma resposta a indagação proposta no desenvolvimento do texto, qual seja, a execução antecipada da pena é sim um retrocesso do estado democrático de direito.

Palavras-chave: Execução antecipada da pena. Presunção de inocência. Retrocesso do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This paper deals with a doctrinal and jurisprudential analysis of criminal procedural law, under the constitutional bias, on the early execution of the sentence, to the detriment of the principle of presumption of innocence. Faced with this, the research problem refers to analyzing whether it is possible to say that the new jurisprudential understanding of anticipating the execution of the sentence would be a retrocession of the Democratic State of Law, and whether this retrogression violates the principle of presumption of innocence and the Federal Constitution. The method of approach used is the deductive method, since the research will start from a general and conceptual approach of the constitutional principles of the criminal process, and the procedure method is monographic since the work will be based on the recent decision of the Federal Supreme Court. In the end, the paper will answer the proposed question in the development of the text, that is, the early execution of the sentence is rather a retrogression of the democratic state of law.

Key-words: Early execution of penalty. Presumption of innocence. Retreat of the Democratic State of Law.

¹Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Antônio Meneghetti Faculdade.

² Professor orientador. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria- UFSM. Professor de Direito da Antônio Meneghetti Faculdade.

INTRODUÇÃO

O direito de ir e vir, estar livre, viver em liberdade, é um bem de valor infungível, inalienável, inerente ao ser. Possui tamanha relevância que durante séculos foi objeto de conflitos, entre outras, contra a escravidão e contra a supressão estatal injusta através de prisões sem o devido e justo julgamento.

Não é necessário discutir a relevância da liberdade, pois tal é visível. É tão relevante que a restrição da liberdade é a principal forma de aplicação de uma sanção penal na atualidade. A relevância da liberdade é tamanha que tratados internacionais e cartas constitucionais asseguram a sua garantia. Porém, por inúmeras vezes, ocorre a sua supressão em contrariedade com todas as garantias fundamentais previstas.

Nossa Constituição da República de 1988 ditou, entre outros, como direito fundamental a inviolabilidade do direito à liberdade. Assim, no Brasil, que é um Estado Democrático de Direito, a privação da liberdade apenas pode acontecer quando obedecidos os ditames legais. Seguindo estes ditames legais, afastadas as prisões processuais, a prisão pena apenas pode ser efetivada quando alcançado uma sentença penal condenatória na qual se reconhece a culpa, conforme o que dispõe o artigo 5, inciso LVII da CF/88.

E, nesta linha de raciocínio, observando o que dispõe o inciso supra mencionado é que se manifesta a temática aqui abordada, qual seja: "A execução antecipada da pena em prejuízo ao princípio da inocência: um retrocesso do Estado Democrático de Direito?", uma vez que se abre discussão sobre o mandamento constitucional quando do julgamento do HC 126.292 o qual admitiu o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, o que para alguns seria uma restrição injusta da liberdade do indivíduo uma vez que seria a execução antecipada da pena.

Primeiramente, para, de forma fundamentada, averiguar se é constitucional ou não a restrição da liberdade, faz-se necessário abordar os princípios constitucionais do processo penal, tendo-se ênfase nos princípios da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, e, por fim, o princípio da presunção da inocência. Estes constituem o alicerce da instrução processual penal e possuem uma

tarefa importantíssima uma vez que o que está em jogo é a liberdade do indivíduo, que, como já mencionado é um direito inerente a pessoa.

Essa análise principiológica será realizada em primeiro plano, pois faz-se presente, em nosso ordenamento jurídico, uma dicotomia, que de um lado possui uma norma constitucional que preconiza, como requisito necessário a prisão, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória que confirma a culpa do indivíduo. Do outro lado está uma norma constitucional que por sua vez exige apenas uma ordem fundamentada da autoridade competente para que se possa ser realizada a prisão.

Em seguida, será analisado a execução antecipada da pena na pendência de impugnações extraordinárias após a confirmação da sentença condenatória pelo juízo de segundo grau. Execução está que começou a ser realizada na sua modalidade antecipada, também chamada de execução provisória, após a mudança jurisprudencial da corte suprema que se dera em 17 de fevereiro de 2016 quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC número 126.292/SP.

O julgamento à cima mencionado modificou substancialmente a jurisprudência que se manteve imutável desde o julgamento do HC número 84.078/MG que vedou, na época, o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado uma vez que, até então, o cumprimento da pena, na maioria das vezes ocorria após a condenação em primeiro grau.

Diante destas mudanças jurisprudências bruscas, ocorridas em um prazo de tempo inferior há uma década, percebe-se a grave crise de hermenêutica jurídica da qual estamos diante. Desse modo o poder judiciário, preferivelmente o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, utiliza-se de meios de interpretação da carta constitucional, não mais para extrair o verdadeiro legado do espírito das leis, e sim para atender ao clamor público.

Por fim, será, de forma fundamentada, dada uma resposta à temática ora apresenta. Uma resposta ao questionamento da temática respondendo se é ou não um retrocesso, se é ou não aceito constitucionalmente, e se fere ou não o princípio da presunção de inocência.

1 CONCEITUAÇÃO DOS PRÍNCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Em um Estado Democrático de Direito os princípios constitucionais assumem o papel de ser a base normativa para a formação de todas as normas que compõe um ordenamento jurídico. Desta maneira estes princípios servem de paradigma para controlar a validade da produção legislativa e a validade das decisões judiciais. Assim, uma norma, que traz uma disposição contrária a um princípio constitucional, encontra-se passível de ter seu conteúdo declarado inconstitucional, da mesma forma que uma decisão judicial eivada do mesmo vício pode ter seus efeitos casados.

Para Miguel Angel Pérez:

[...] uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandados jurídicos obrigatórios, e que estes mandados jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico. (PÉREZ, 1966, p. 30).

No mesmo sentido, Lênio Streck e Rafael Oliveira (2012, p. 77) esclarecem que "[...] sempre que se decide, aplica-se um princípio, porque é ele que será responsável pela individualização da regra, de modo que o que legitima a decisão de um caso (do que se depura se a decisão é ou não adequada à Constituição) é a sua justificação principiológica".

Alexy (1993, p. 86), quando conceitua princípios afirma que "[...] princípios são comandos de otimização, normas que ordenam quando algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes". A otimização que o autor se refere é aquela alcançada a partir da priorização dos princípios, ainda que tenha que prevalecer sobre as normas do ordenamento.

O papel dos princípios constitucionais é dar uniformidade ao ordenamento jurídico, uniformidade perante a Constituição, permitindo que a interpretação de todas as normas e preceitos se efetuem dando coerência ao sistema normativo. Os princípios, além de orientar o juiz diante de casos concretos, servem para solucionar lacunas, impor limites, é servir como principal base da segurança jurídica.

Não é possível afirmar que, diante de antinomias principiológicas, os princípios subtraem direitos e garantias fundamentais, porque o que de fato ocorre é apenas uma harmonização entre eles, como que defende Guilherme Nucci (2012, p. 36) que diz que "[...] em regra, os princípios protegem direitos fundamentais e servem de estrutura para as garantias fundamentais", ao passo que utiliza de exemplo o confronto do princípio da inocência com o direito a segurança, afirmando que não há a supremacia de um perante o outro, apenas existe um meio termo para que se garanta a regra que num Estado Democrático de Direito é a liberdade.

Os princípios constitucionais do processo penal estão elencados, implícita e explicitamente, na Constituição Federal de 1988. Estes, devido a sua relevância, serão analisados neste capítulo.

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em outubro de 1988, mais precisamente no dia 05 do referido mês, foi implantada uma nova ordem constitucional neste país com a Assembleia Constituinte, que promulgou a Constituição Federal de 1988 que fora chamada de constituição cidadã por sua vasta proteção à direitos e garantias fundamentais. Dentre estes teve a garantia da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, para Carolina Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques (2009, p. 256) é [...] a qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, constitui elemento que o qualifica como tal e dele não pode ser separado; não é algo concedido à pessoa humana, porque já lhe pertence de forma inata".

Segundo Ingo Sarlet (2002), a dignidade da pessoa humana além de ser um direito fundamental, é também, um valor-guia de toda a ordem jurídica, razão pela qual para muitos se justifica sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

Na mesma linha Nucci (2010) trata esse princípio como valor pré-Constituinte e de hierarquia supraconstitucional, pois afirma que seu principal papel é preservar o ser humano.

No âmbito do processo penal, o princípio busca enaltecer o ser humano. Para isso, garante vários direitos durante a persecução criminal do indivíduo

perante o Estado, desde a investigação até a condenação e num eventual posterior cumprimento da pena. Isto tudo sem causar uma sensação de impunidade na sociedade.

1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Para conceituar o princípio do devido processo penal primeiro temos que fazer uma análise histórica que envolve o surgimento e aperfeiçoamento do processo penal.

Partimos da Magna Carta Inglesa, de 1215, promulgada pelo Rei João, responsável por originar o devido processo legal ao ditar que nenhum homem poderia ser preso ou privado de sua liberdade se não através de um julgamento de seus pares ou pela lei da terra. Na época, diante do absolutismo inglês, havia uma enorme necessidade de garantir a liberdade e a propriedade e a expressão da Magna Carta que ditava "*by the lay of the land*" (lei da terra) foi, através de uma forma de modernização revolucionária, alterada para "*due processo law*" (devido processo legal).

No Direito Penal, o princípio do devido processo legal resume-se na fiel e indispensável observância da legalidade e dos princípios penais. Já no âmbito do processo penal o referido princípio constitucional exige um fiel cumprimento de todos os atos e garantias processuais, a qual aqui tem sua maior magnitude pois o que está em jogo é algo mais sacro do que o direito a propriedade tutelado em sua maioria por outras áreas do direito pois o que aqui vem a ser alienado é a liberdade da pessoa. Lembrando que o Estado, mesmo detentor do *jus puniendi*, podendo punir e privar a liberdade das pessoas, tem um compromisso maior em garantir a justa liberdade das pessoas. Assim, pode-se dizer que o devido processo legal é a base de todos os princípios processuais e é a razão de ser de todos os elementos processuais.

1.3 CONCEITO DE DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

É um princípio primordial do processo legal, pois possibilita uma nova apreciação da lide de forma que eventuais erros judiciais possam ser corrigidos.

No texto constitucional este princípio se encontra de forma implícita, porém no art. 8, item 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional da qual o Brasil é signatário, prevê de forma explícita o referido princípio:

Art. 8, II, alínea "h": Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto que não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
[...] h) direito de recorrer da sentença para o juiz ou tribunal superior.
(BRASIL, 1998).

A previsão no pacto do qual o Brasil é signatário possui valor constitucional, pois foi recepcionado como se emenda constitucional fosse, pois a recepção acompanhou os trâmites previstos no art. 5, parágrafo 2 da Constituição Federal.

Resumindo, o duplo grau de jurisdição se origina da necessidade humana de inconformismo quando diante de uma injustiça, buscando uma nova análise em instância superior para sanar qualquer irregularidade.

1.4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal, no art. 5, LV, dispõe que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes", (BRASIL, 1988).

O Pacto de São José da Costa Rica, já mencionado em oportunidade anterior, também faz a mesma previsão que a carta cidadã em seu art. 8, I:

Art. 8, I. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
(CONVENÇÃO... 1969).

O princípio da ampla defesa dispõe que deve ser oportunizado as partes o direito à fiscalização recíproca dos atos alegados e praticados durante o

processo, além de outros atos capazes de influenciar o julgador, de forma que o processo seja formulado pela participação das partes.

Nucci (2010, p. 264) diz que a ampla defesa "[...] envolve todos os estágios procedimentais onde se colhe prova definitiva acerca da culpa de alguém, preferindo-se acolhê-la em excesso, em lugar de restringi-la por cautela". Assim, a ampla defesa é o único meio que representa expressivamente a possibilidade de se preservar a inocência e, qualquer forma de privar a ampla defesa compromete severamente o desleixar do processo e a busca da verdade real que se objetiva.

1.5 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO

Da mesma forma como o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório está consagrado no texto constitucional no artigo 5, LV, o qual já fora mencionado a cima, o qual, devido a relevância, dou o trabalho de transcrever novamente, em sua integralidade, que dispõe que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes", (BRASIL, 1988).

Existe visível semelhança entre o princípio do contraditório e da ampla defesa, mas o que difere o contraditório é que se oportuniza ao litigante rebater de forma direta a acusação da sofrida pela parte oposta dando um direito de resposta sobre toda informação levada a juízo, garantindo um processo justo e eficaz.

Nesta mesma linha de raciocínio, Fernandes (2010, p. 253) faz a mesma distinção, afirmando que:

[...] apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí possa concluir que uma derive da outra.

Assim, conclui-se que de nada adiantaria o simples direito se defender se não fosse possível responder as alegações em igual medida (inclusive a acusação contradizer o que a defesa alega) e, logo após. Nessa mesma linha segue Renato Brasileiro (2014, p.55) quando diz:

[...] de nada adiantaria se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio, entre acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares.

Também se vislumbra o contraditório na fase de produção das provas ao passo que os litigantes requerem e participam na produção das provas posteriormente se pronunciam e questionam o resultado da produção.

Por fim, cumpre ressaltar, já que se finaliza a conceituação do princípio em tela, que diferentemente do que se pensa, não permite apenas que seja objeto de contradição aos fatos alegados, permite também que seja objeto do contraditório o direito invocado.

1.6 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O nosso país, por ser um Estado Democrático de Direito, traz em sua Constituição inúmeros princípios elementares, dentre ele encontra-se insculpido, no art. 5, LVII, princípio da presunção de inocência que dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". (BRASIL, 1988). Cumpre salientar que este princípio terá sua conceituação mais aprofundada do que os outros deste capítulo pois este servirá de paradigma para, na parte final do presente trabalho, analisar e dar uma resposta a temática apresentada.

Continuando, com a promulgação da Constituição de 88 abriu-se uma grande antinomia jurídica no que tange a presunção de inocência de uma pessoa, pois vigia na época disposição legal do nosso Código Penal, de 1941, vigente atualmente, que foi fruto do Estado Novo, embasado em ideias autoritárias inspiradas na legislação processual penal italiana que tinha como cerne os ideais fascistas, que eram completamente opostas ao que trazia a nossa Constituição Cidadã. Assim, implantada estava uma antinomia perante garantias de direitos individuais.

Na época o nosso Código de Processo Penal Brasileiro era fundado sob a perspectiva da presunção de culpabilidade, que se assentava uma ideia que aquele que era acusado era presumido como se culpado fosse pois se acreditava que ninguém acusa quem é inocente. Esta ideia era ainda reforçada pelo instinto de segurança, pois era preferível para a sociedade da época, privar a liberdade individual de um inocente do que gerar alguma impunidade, que se acreditava que poderia, de alguma forma, estimular a criminalidade.

Frente a essa grave antinomia, e pela não recepção de alguns artigos do Código de Processo Penal pela nova Constituição que previa que o processo penal não mais fosse instrumento único de aplicação da pena, e sim também ferramenta de proteção do indivíduo perante o Estado acusador, foram editadas várias leis, dentre elas as leis números 11.698/08, 11.690/08, 11.719/08 e 12.403/11.

Estas leis modificaram os artigos incompatíveis materialmente e não recepcionados pela nova carta constitucional. Tal modificação trouxe a supressão de vários artigos que tratavam de restrições de liberdade uma vez que era preocupação do constituinte originário a preservação de certos direitos, entre eles a presunção de inocência.

A preocupação do constituinte originário em garantir a presunção de inocência se fundava no fato que esta já era, na época, um direito humano reconhecido universalmente. Tratava-se de um direito humano reconhecido pois durante a evolução da sociedade várias injustiças foram causadas e vislumbrou-se a necessidade de deixar de aplicar a presunção de culpabilidade para aplicar presunção de inocência.

No período pré-revolucionário era tarefa do acusado provar a sua inocência frente a acusação que sofria. Até então, perante a opinião pública o acusado já era culpado. Nos séculos X, XI e XII, durante a Idade Média, vigia no ocidente europeu o sistema feudal onde as decisões judiciais eram proferidas por juízes que eram desprovidos de qualquer tipo de qualificação, e não amparados pelo Direito Consuetudinário da época. (AS ORDÁLIAS, 2016).

No referido período a justiça era executada pela própria religião pois vigia o sistema das ordálias ou também chamado de "juízo de Deus". E a religião pregava que era tarefa do acusado provar a sua inocência pois se esta

não fosse provada o acusado era efetivamente considerado culpado pois jamais o criador dos "céus e da terra" permitiria que fosse efetuada qualquer injustiça.

Com o passar do tempo, no período da Baixa Idade Média, com o advento da concepção de Estado como forma de organização política e jurídica, as noções de justiça foram ganhando mais provas racionais deixando de se executar o que pregavam as ordálias.

Apartir do século XIII, o rei passou a concentrar mais poder em suas mãos e passou a afastar a jurisdição da igreja e posteriormente no século XIV, definitivamente, a jurisdição passou a ser exercida por juízes com formação jurídica. (AS ORDÁLIAS, 2016).

Para Carolina Alves de Souza Lima (2004, p.39):

[...] o Direito na Idade Média, seja dos povos germânicos, seja o canônico, seja o feudal, não se preocupou com a proteção dos Direitos Fundamentais do Homem. Foi um período da História no qual tanto a Igreja quanto o Estado buscavam se fortalecer politicamente. Assim, apesar da previsão do direito de recorrer das decisões judiciais, em algumas situações, o objetivo da Igreja e do Estado era centralizar o poder e, dessa forma, fortalecê-lo[...].

Mais tarde, no século XVII, passou-se a se exigir nos países europeus a fundamentação das sentenças. Na França, com a edição do Édito de 8 de maio de 1788, as sentenças criminais, como requisito de validade, necessitavam enumerar e qualificar objetivamente os crimes e delitos imputados e a pena a ser cumprida.

Até então a exigência era apenas uma forma de limitar o poder do rei. Sendo que a ideia de garantir os direitos do homem apenas foram utilizadas como alicerce para a nova forma de jurisdição que estava em curso com o nascimento do iluminismo, e da Revolução Francesa, que considerava que "no processo penal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado do que à condenação de um inocente. (GOMES FILHO, 1991, p. 98).

Os ideais iluministas e revolucionários foram os responsáveis pela elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Esta declaração foi berço de vários direitos, inclusive, o princípio da presunção de inocência, pois o artigo 9 da referida declaração proclamava:"[...] Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável

prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". (DECLARAÇÃO... 1789).

De um lado o princípio se apresenta como regra no direito processual penal afirmando que em momento nenhum é papel do acusado provar a sua inocência. De outro impede o uso de medidas restritivas de liberdade pessoal do acusado antes de sua condenação, ressalvadas as prisões processuais que se fazem necessárias por outros motivos que não o efetivo, mesmo que antecipado, cumprimento da pena.

Apesar de se positivado no século XX, o princípio em tela foi muito atacado por governos totalitários e, em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, perante a necessidade de firmar documento internacional foi, finalmente, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, atribuído a força necessária para que o princípio fosse respeitado por todos os países signatários.

Segundo o artigo 11, 1, da referida declaração:

[...] "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova a sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa". (ONU, 1948).

Diz Gomes Filho (1991, p. 18) que:

[...] o princípio da presunção da inocência vem relacionado, portanto, ao direito à tutela jurisdicional, assegurando-se ao acusado que a demonstração de culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa.

O princípio em questão foi novamente objeto de um texto internacional em 16 de dezembro de 1966 quando da elaboração do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no seu art. 14, 2, que dita que "qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida." (ONU, 1966).

No âmbito continental a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinalada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, reforçou o estabelecido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos afirmando em seu art. 8, parágrafo 2, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa". (CONVENÇÃO AMERICANA..., 1969).

O motivo pelo qual a presunção de inocência foi objeto de vários tratados internacionais foi o fato que até um passado não tão distante o acusado era submetido a um procedimento inquisitorial e não público, e, além disso, não havia igualdade entre acusação e defesa. Neste contexto poder judiciário não buscava a justiça, e sim, buscava o controle social.

Em busca de justiça, mesmo sem o reconhecimento pela constituição da importância de presumir a inocência, nosso Supremo Tribunal Federal foi percorrido no julgamento de dois casos importantes. De acordo com Gomes Filho (1991, p. 31) são eles:

"[...] 1- No primeiro deles, em que se discutia a constitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei n. 314, de 1967 (Lei de Segurança Nacional), disposição essa que previa a "suspensão do exercício de profissão, emprego em entidade privada, assim como de carga na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista", só pela prisão em flagrante ou pelo reconhecimento da denúncia, até a sentença absolutória, a Suprema Corte, em decisão unânime, houve por bem reconhecer a inconstitucionalidade de referida norma: assentou-se então que o art. 150, § 35, da Constituição de 1967 compreendia "todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição", com referência expressa à presunção de inocência, como constatou no voto do Min. Gonçalves de Oliveira.

2- Em outra oportunidade, a propósito da validade de preceito da Lei complementar n. 5, de 1970, em face da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, examinou-se no Supremo Tribunal Federal a existência, em nosso ordenamento, de uma presunção de inocência em favor do acusado, posto que o art. 1, I, n, da mencionada Lei Complementar previa a inelegibilidade daqueles que estivessem respondendo a processo criminal. Embora a conclusão adotada fosse pela constitucionalidade da regra questionada, contra os votos dos Ministros Leitão de Abreu, Xavier de Albuquerque, Bilac Pinto e Eloy Rocha, que sustentaram com veemência a positividade do princípio de inocência em nosso ordenamento, em face do art. 135 da Constituição de 1969, a maioria vencedora não chegou a negar cabalmente a validade do preceito, preferindo argumentar com sua inaplicabilidade à matéria eleitoral tratada, por ser de "natureza exclusivamente processual penal".

Com o término da ditadura militar e a volta da democracia com a eleição indireta de José Sarney, em 1985, e a elaboração da Emenda Constitucional m. 26, que convocará uma Nova Assembleia Constituinte foi promulgada a atual Constituição que não deixará dúvidas sobre a necessidade indispensável de se observar o princípio.

É incontestável que é obrigatória a observação do princípio, não há dúvidas. Mas o que foi, e é, objeto de discussão é de quando, efetivamente,

uma pessoa passa a ser considerado culpado, uma vez que não se discute a matéria fática, e a culpabilidade, até o momento exato do trânsito em julgado. Portanto, abre-se uma discussão que fez a Suprema corte modificar o entendimento jurisprudencial. Esta modificação vem a ser analisada a seguir.

2 CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA E O JULGAMENTO DO HC 126.292

A liberdade, como já mencionado na parte introdutória, é um bem infungível, inalienável, inerente ao ser. É uma condição para uma existência digna e a sua privação gera um dano irreparável.

A privação da liberdade é a forma de sanção penal mais usada na atualidade, porém sua aplicação só é adequada quando realmente necessária, como em casos de prisão preventiva ou temporária, ou quando imposta pelo Estado-Juiz através de sanção definitiva e amparada por uma decisão fundamentada e não mais passível de interposição de recursos. Qualquer outra forma de se aplicar a prisão não é adequada, não se aceitando nem uma prisão processual irregular.

Para Aury Lopes Jr. (2014, p. 18) até mesmo o desvirtuamento da prisão preventiva ou temporária, o que ocorre quando as reais necessidades não se encontram presentes, é uma afronta aos direitos do homem e principalmente, uma afronta a Constituição, pois a execução antecipada da pena não possui amparo legal nem moral.

Ocorre que desde de 2016, nosso Supremo Tribunal Federal, está admitindo o cumprimento antecipado da pena, o que é, para muitos, considerado uma afronta aos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais e, principalmente uma afronta á Constituição.

Até 17 de fevereiro de 2016 estava pacífico o entendimento no processo penalista brasileiro que não havia possibilidade jurídica de executar a pena antes do trânsito em julgado. Acontece que na data acima referida o Supremo Tribunal Federal, em decisão inédita inovou ao decidir que havia sim, que há possibilidade de execução provisória de sentença condenatória conforme ementa a seguir:

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.

O Habeas Corpus à cima referido foi impetrado por um homem que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo qualificado tipificado no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do CP, com direito de recorrer em liberdade. Devido a condenação a defesa apelou para o TJ/SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra ele.

Com a expedição do mandado de prisão o paciente impetrou HC ao Supremo, alegando que o Tribunal de Justiça decretou a prisão sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, uma vez que o juiz de primeiro grau permitiu que o réu recorresse em liberdade.

O HC teve sua ordem negada pelo Supremo. Porém ao negar a ordem de *habeas corpus* o STF entendeu que o início da execução da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, e, com isso, ocorreu uma mudança de paradigma fixada em 2009, na qual a Corte condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, ressalvando, logicamente, a possibilidade de prisão preventiva ou temporária, modalidades de prisão cautelar.

Acontece que o STF se equivocou ao afirmar, neste novo entendimento, que a antecipação do cumprimento da pena não ofende o princípio da inocência pois, segundo o Ministro Celso de Mello:

(...) há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Desse modo, qualquer forma de relativizar o momento exato da perda da condição de inocente, qual seja, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é uma afronta direta ao disposto na Constituição.

O novo entendimento não só fere a presunção de inocência, como também fere outros princípios constitucionais do processo penal. Entre eles podemos mencionar o princípio do duplo grau de jurisdição uma vez que entende-se por duplo grau, como já analisado anteriormente, não apenas o reexame por uma instância superior, mas também uma análise capaz de corrigir um eventual equívoco, não só de matéria fática, mas também de matéria de direito, a qual não é possível, de forma adequada ser resolvida em segunda instância.

Há também, um desrespeito a dignidade da pessoa humana, pois não é digno que uma pessoa, que em tese não ofereça risco a sociedade, seja forçada a ser privada de sua liberdade enquanto encontra-se ainda em litígio judicial. Cabe ainda mencionar que tal ato é uma afronta ao princípio em tela pois o dano gerado é irreparável quando diante de uma absolvição futura.

A decisão emanada do HC 126.292 fere também ao princípio da ampla defesa e contraditório pois não é possível do exercício da defesa de forma plena quando diante de um constrangimento ilegal.

E, por fim, tal jurisprudência se caracteriza como óbice ao devido processo legal, pois o processo deve seguir à risca a estrita legalidade da legislação processual vigente na data do ato processual, não comportando nenhuma mudança drástica, não advinda de um ato democrático do poder legislativo. Por estas e outras, a decisão desrespeita princípios constitucionais do processo penal.

CONCLUSÃO

Devido a relevância de se preservar a liberdade individual e devido a presunção de inocência que é inerente a uma sociedade civilizada, conclui-se que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal se caracteriza como sendo um retrocesso do Estado Democrático de Direito uma vez que a sociedade, desde os seus primórdios, enfrentou uma batalha árdua para se conquistar o direito a liberdade, a igualdade, e outros direitos inerentes ao ser

humano. E, não a de se falar em preservação desses direitos, caso houvesse a observação do princípio da presunção de inocência do indivíduo acusado de um delito.

Quanto à constitucionalidade da execução antecipada da pena, percebe-se claramente que está fere todos os preceitos da nossa carta cidadã. Nossa constituição é fruto de um período pós-ditadura militar, quando a busca de garantias individuais se fez fundamental pois é extremamente necessário que o indivíduo possua ferramentas de proteção frente ao Estado, pois numa sociedade civilizada, como já mencionado anteriormente, prefere-se que se mantenha impune um infrator do que se condene um inocente.

Nossa Constituição é clara em seu artigo 5, LVII, ao ditar que o acusado deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa disposição não admite relativização é inconstitucional é qualquer entendimento em contrário.

Por fim, cumpre salientar, que o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal fere o princípio de presunção de inocência, pois não são poucos os casos em que a absolvição do acusado apenas é reconhecida nas instâncias superiores na qual, com o novo entendimento, o acusado já esta apto ao cumprir a pena. Não fere apenas ao princípio da presunção de inocência, fere também a outros princípios constitucionais do processo penal pois não há de se falar em devido processo legal, ampla defesa e contraditório, duplo grau de jurisdição e dignidade da pessoa humana pois quando o acusado é obrigado a cumprir a pena, mesmo que provisoriamente, não mais é possível o devido processo legal, tampouco o exercício da ampla defesa e contraditória, nem duplo grau de jurisdição, uma vez que apenas as instâncias superiores estão aptas a discutir a legalidade de disposição normativa. Além de que, ao se iniciar o cumprimento da pena, mesmo com uma absolvição futura, já foi violada a dignidade da pessoa humana o que gera um dano irreparável.

Assim, conclui-se que, indevida é a atual jurisprudência da suprema corte e, conseqüentemente, esta deve ser modificada para que se volte a plicar a jurisprudência *a quo*, sem, contudo, se vedar, em nenhum momento as prisões processuais que se fazem necessárias até o definitivo trânsito em julgado.

REFÊRENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 12 de jul. 2018

_____. **Habeas corpus nº 126292**, Rel (a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-126292-sp-stf>>. Acesso em 17 jul. 2018.

PÉREZ, Miguel Angel Aparicio. Modelo constitucionanal de estado y realidad política. In: **Corrupción y estado de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1966.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto- as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de losderechosfundamentales**. Madrid: Centro de EstudiosConstitucionales, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl., 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio do duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Manole. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 05 de out. 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

AS ORDÁLIAS da Idade Média, ou "o júízo dos Deus". **HistoriaZine**.2016. Disponível em: <<https://historiazine.com/as-ordalias-da-idade-media-d090cbac4831>>. Acesso em: 15. set. 2018.

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

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%27-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 19 agos. 2018.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** 1966.

Disponível em: <<http://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos>>. Acesso em: 23 set. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.