

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
FANUEL AFONSO CARVALHO GONÇALVES**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em
confronto com as espécies de prisões permitidas pela Constituição**

**Juiz de Fora
2017**

FANUEL AFONSO CARVALHO GONÇALVES

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em
confronto com as espécies de prisões permitidas pela Constituição**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação do Prof. MSc. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

FANUEL AFONSO CARVALHO GONÇALVES

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em
confronto com as espécies de prisões permitidas pela Constituição**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. MSc. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. MSc. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 17 de novembro de 2017

RESUMO

Neste artigo pretendemos fazer uma leitura do texto constitucional que dispõe do princípio da presunção de inocência e como devemos compreendê-lo. Buscamos, a partir deste princípio, enfrentar as atuais decisões da Corte Suprema que tem permitido a execução provisória da pena a partir de decisão tomada por órgão de segunda instância. Nos valem como marco teórico o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e utilizamos como metodologia a revisão bibliográfica de livros sobre direito constitucional, direito penal e processual penal. Como produto de nossa pesquisa, entendemos que a correta leitura do texto constitucional impede que se tenha a execução provisória da pena, em razão de tal instituto ser incompatível com o excerto da Carta Magna que dita que ninguém será considerado culpado antes da ocorrência do trânsito em julgado de sua condenação. Concluimos que a mudança ocorrida no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal tende a ter efeitos deletérios no já conhecido sistema carcerário brasileiro, e acaba por colocar o argumento de defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Tomamos que a leitura destes somente permite a privação da liberdade, em momento anterior ao trânsito em julgado, quando pautada no fundamento da necessidade. Ausente a necessidade de prisão cautelar, afastada está a sua prisão antes da condenação com o seu trânsito em julgado.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência. Execução provisória da pena. Execução antecipada da pena. Prisão cautelar.

ABSTRACT

In this article we intend to make a reading of the constitutional text that has the principle of presumption of innocence and how we must understand it. We seek, based on this principle, to face the current decisions of the Supreme Court that has allowed the provisional execution of the punishment based on a decision has taken by a second instance. We value as the theoretical framework or the penal guaranty of Luigi Ferrajoli and use as methodology the bibliographic review of books on constitutional law, criminal law and criminal procedure. As a result of our research, we understand that the correct reading of the constitutional text prevents the provisional execution of the sentence, since such an institute is incompatible with the excerpt from the National Constitution, which states that no one will be found guilty prior to the occurrence of transit in judged of his condemnation. We conclude that the change occurred in the current understanding of the Supreme Court tends to have deleterious effects on the already well-known brazilian prison system, and ends up placing the argument of social defense above the individual rights and guarantees. We take that the reading of these only allows the deprivation of freedom, in a moment before the final decision, when substantiated on the basis of necessity. Absent the necessity for a precautionary prison, remand his prison before the conviction with his final sentence.

Keywords: Principle of presumption of innocence. Provisional execution of punishment. Advanced execution of punishment. Precautionary prison.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	7
2.1 Supremacia da Constituição	7
2.2 Princípios na ordem constitucional referentes ao processo penal	8
2.3 Garantismo penal como marco teórico.....	10
2.4 Princípio da presunção de inocência	11
3 DA PRISÃO CAUTELAR.....	14
3.1 Espécies de prisões à luz do texto constitucional.....	14
3.2 Pressupostos para a prisão cautelar	16
3.3 Possibilidade da prisão cautelar com mandado à luz da presunção de inocência	17
4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	19
4.1 Natureza jurídica das prisões.....	19
4.2 Análise da jurisprudência do STF	20
4.2.1 Momento anterior à Constituição de 1988	20
4.2.2 Momento posterior à Constituição de 1988.....	21
4.3 Impossibilidade de prisão cautelar decorrente de ato normativa abstrato.....	23
4.4 Prevalência do patrimônio sobre a liberdade?	23
4.5 Análise dos fundamentos do Habeas Corpus 126.292/SP.....	25
4.6 Execução provisória da pena em relação aos crimes de competência do tribunal do júri..	26
5 CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS	29

1. INTRODUÇÃO

A recente decisão, de fevereiro de 2016, do Supremo Tribunal Federal, tomada no Recurso Extraordinário 126.292/SP, fez emergir uma série de questões relacionadas ao princípio da presunção de inocência que é trazido na Constituição. Destaca-se neste contexto de questionamentos, a possível incompatibilidade desta medida com o enunciado do legislador constituinte ao ditar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O problema atual enfrentado pela nossa política criminal, em que se vislumbra extrema violência urbana, e a sensação de impunidade diante da morosidade da justiça, tem contribuído para que se reconfigure qual seria o verdadeiro alcance do princípio da presunção de inocência.

Por meio desta pesquisa, buscamos encontrar qual o conteúdo do princípio da presunção de inocência e a partir de quando teremos por descaracterizada essa presunção, o momento a contar de onde ao Estado é lícito tratar os indivíduos como se culpados fossem. Com isso, busca-se analisar se se tem ocorrência de ofensa à Constituição ao permitir a execução provisória da pena diante do aludido princípio.

Nos valem aqui do referencial teórico-normativo do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica de renomados constitucionalistas e processualistas penais.

2. TEORIA DOS PRINCÍPIOS

2.1 Supremacia da Constituição

O ordenamento jurídico é entendido a partir de uma ordem escalonada, em que uma norma seria o pressuposto de validade de outra norma, a sua inferior. Logo, a norma inferior retira o seu pressuposto de validade desta norma superior. Essa ordem escalonada de indeterminação vai das normas hierarquicamente superiores – que são mais indeterminadas – até as hierarquicamente – que são menos indeterminadas. Esta seria a pirâmide normativa de Kelsen (2006).

Ao se analisar o ordenamento jurídico, a Constituição deve ser o parâmetro, o paradigma, para o qual devemos nos ater ao interpretar as demais leis infraconstitucionais. A Constituição se encontra no topo do ordenamento jurídico e dela extraímos as principais características que nos orienta ao interpretar as normas. Deve-se analisar se as leis estão em conformidade com a Constituição, de forma que assim esta mantenha a sua supremacia e integridade.

O conflito de leis e a Constituição deve encontrar a resposta sempre na manutenção da Constituição, justamente por ser produto do poder constituinte originário, elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, sobre diploma inferior com ela inconciliável. Conforme a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta (MENDES, 2008).

A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela contrário. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional (BARROSO, 2013). A supremacia da Constituição é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo.

De tudo exposto, devemos sempre buscar interpretar a norma infraconstitucional em sintonia com a Constituição, mas jamais podemos tentar fazer com que a Constituição se busque adequar a ordem constitucional inferior. O texto constitucional, em razão de sua superioridade, é quem deve orientar as demais normas, de forma a com ele se tornar compatível em sua leitura. Logo, não poderia a Carta Magna de 1988 ter sua interpretação prejudicada, principalmente em razão de textos legais anteriores a data de sua promulgação. Está aqui o princípio da supremacia da Constituição que deve sempre nos orientar.

Vigora nos dias atuais a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. O modelo que antes vigorava, em que a Constituição era vista como um documento meramente político, tem-se superado. Passamos à premissa de que a ordem constitucional goza de força normativa de caráter vinculativo e obrigatório. As normas constitucionais são hoje dotadas de imperatividade e sua inobservância deflagra mecanismos para coibir e se realizar o cumprimento forçado (BARROSO, 2013).

2.2 Princípios na ordem constitucional referentes ao processo penal

Utilizando a proposta conceitual trazida por Ávila (2013), tomamos como dever imediato dos princípios a promoção de um estado ideal de coisas a ser atingido, ou seja, um fim almejado, e em razão disso, o operador do direito deve analisar a compatibilidade do comportamento adotado para que se proteja estado de coisa.

Será cada vez menos controlável a realização deste fim, quanto menos específico for (ÁVILA, 2013). Logo, precisa-se dotar os princípios de um fim específico de forma a diminuir a sua vagueza, visto que sua indeterminação acarretaria por permitir cada vez maior flexibilização da aplicação de um princípio que deveria ser impingido com maior rigidez.

Sob essa perspectiva, busca-se aqui delimitar o mais precisamente possível o princípio da presunção de inocência, de modo a analisar se o atual entendimento tem-se valido de argumentos com premissas erradas e que, conseqüentemente, tem gerado uma flexibilização onde não caberia. Tomamos como base que a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a este progresso (ÁVILA, 2013).

Os princípios que orientam o direito processual penal constituem o início de toda a construção de toda dogmática jurídico-processual penal (RANGEL, 2006). Os princípios que regem o processo penal representa garantias fundamentais da política processual de um Estado. Deve o processo penal se apresentar como um notável instrumento a serviço de proteger e resguardar a liberdade individual do cidadão, de forma que somente seja-lhe retirada – sempre momentaneamente tal liberdade – após um processo penal justo em que lhe sejam permitido exercer as garantias trazidas no texto constitucional.

É no direito constitucional que se estabelece a principiologia a ser seguida pelo processo penal brasileiro, assim como em todo os ramos específicos do direito que tiram o seu fundamento de validade da Constituição. Temos na nossa Constituição normas que ditam como deve ser a nossa justiça penal.

Em seu título II, Capítulo I, a Constituição de 1988 trouxe o intitulado Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Tem-se aqui a afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessa pretensão; tem-se a Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e também a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar protegidos em documento jurídico com força vinculativa máxima.

Os direitos fundamentais têm como escopo protecional da dignidade da pessoa humana e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessa pretensão, não sendo ela o único campo que exaure o que seja direitos humanos. Ao ser tomado como fundamentais acha-se assinalado de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, ou seja, somente tem a mera existência física (SILVA, 2014).

Os direitos fundamentais são oponíveis ao Estado, e devem ser observados no operar de qualquer órgão do poder público. As garantias previstas na Constituição são parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. O atuar do poder público deve se conformar aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se não os observarem (MENDES, 2008).

Funcionam como direitos de defesa do cidadão, portanto. O Código de Processo Penal, em sua origem, tinha um caráter notadamente dominante, com origem em um período ditatorial, por estar inserido no contexto da ditadura varguista. A Constituição de 1988 foi elaborada em um sentido oposto ao ditatorial. A legislação processual penal, em razão do contexto de sua criação, orientava-se pelo princípio da culpabilidade, enquanto que a Constituição instituiu um sistema de garantias individuais (PACELLI, 2016). O processo penal, a partir da nova ordem constitucional, não é mais mero veículo de aplicação da lei penal, mas sim se transformou em um instrumento de garantia do indivíduo em face do estado.

Os princípios também compõem, assim, o direito penal, e enunciam uma condição sem a qual, ou seja, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para aplicação da pena. Constituem os princípios, em uma análise penal, verdadeiras garantias ao réu que deverão ser respeitados a fim de lhe imputar uma pena.

2.3 Garantismo penal como marco teórico

Prima facie, preconiza-se o garantismo a estabelecer critério de racionalidade e civilidade à intervenção estatal, tomando como ilegítimo qualquer modelo de controle social que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias dos indivíduos

Por meio do garantismo penal, temos aqui nos direitos fundamentais o que Ferrajoli (2002) propõe como um núcleo sobre o qual sequer a totalidade dos membros da sociedade poderia decidir, estaríamos em uma esfera do “não decidível”. Os direitos fundamentais adquirem, na concepção garantista, para fins penais, *status* de intangível, que não poderemos sacrificar com fundamento em um bem comum. Em razão disso, impõem-se limites do direito penal em sociedades democráticas.

Prado (2008) traz que, como contribuição do modelo garantista - desenvolvido por Ferrajoli – o direito penal é condicionado e limitado ao máximo, correspondente não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um de racionalidade e certeza. Disso resultaria o axioma da presunção de inocência.

O garantismo penal é uma teoria ou um conjunto de ideias, postulados e princípios que propõe um sistema jurídico penal marcado pela legitimidade, racionalidade e justiça. De modo que o *ius puniendi* seja exercido nos limites intransponíveis do Estado de Direito.

A primeira ideia é que todo poder é ontologicamente propenso à violação de direitos, logo, os atos do poder não podem ser percebidos e avaliados como regulares e bons. O *garantismo* tem nele impingido a ideia de segurança, proteção, tutela, ou defesa de algo. Pugna o garantismo pela tutela de direitos ou bens individuais frente a possíveis agressões advindas de outros indivíduos e principalmente do poder estatal, como já dito que o poder tende a infringir direitos. O *ius puniendi* estatal deve ser conformado a ideia do estado de direito, de maneira que a manifestação estatal que esteja em desconformidade ao estado de direito, será ilegítima. O órgão estatal que não cumpre com o precedido em lei e princípios é um órgão que age individualmente e que corrompe os preceitos previstos constitucionalmente.

A teoria garantista enxerga o direito penal como um instrumento de garantia e proteção do indivíduo frente ao estado (*ius puniendi*).

Com base na premissa de que o poder é ontologicamente propenso à violação de direitos, como supracitado, o garantismo atua limitando o poder punitivo e garantindo às pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrária, seja ela pública ou privada (CARVALHO, 2002).

O garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, apenas a se justificar se percebido como mecanismo de tutela do indivíduo contra

as formas pública e privada de vingança (CARVALHO, 2002)). A pena não serve apenas a punir os delitos injustos, mas também a evitar a pena injusta. Tem-se, por meio da prevenção geral do delito, a tutela não apenas da pessoa do ofendido, mas do mesmo modo, do réu contra reações informais.

Reafirmamos o nosso marco teórico por meio do garantismo – entendido aqui como um modelo normativo de direito (FERRAJOLI, 2002) – como significando a tutela dos valores fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal.

2.4 Princípio da presunção de inocência

Em plano internacional temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) trazendo em seu art. 9º que *Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei*. Tem-se em tal dispositivo o princípio da presunção de inocência do acusado até prova em contrário.

Este princípio também é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e no Pacto de San Jose da Costa Rica (1969), respectivamente nos art. 11, §1º e 8º, com as seguintes redações: *Artigo 11. §1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa e Artigo 8. Garantias judiciais 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*.

No plano interno, no nosso ordenamento brasileiro, tal princípio só houve inserido com o advento da Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVII: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Temos o princípio da presunção de inocência como direito do réu não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Enquanto não advir esse trânsito em julgado, o sujeito deve ser presumido inocente. Tomamos aqui que o princípio da presunção de inocência é equivalente ao que alguns doutrinadores chamam também como princípio da não culpabilidade e presunção de não-culpabilidade, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, respectivamente.

Moraes (2013) traz o princípio da presunção de inocência como garantia processual penal que busca a tutela da liberdade pessoal. Mendes (2008) entende tal princípio como

impeditivo a confecção de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.

Da aplicação do princípio da presunção de inocência decorrem, basicamente, duas consequências práticas uma referentes a regra probatória e outra a regra de tratamento. Os processualistas penais modernos aderem, de uma maneira geral a estas consequências. A regra probatória estipula que o ônus da prova, de demonstrar que o sujeito cometeu um crime, importa ao Ministério Público, que é o titular da pretensão acusatória. O sujeito não tem obrigação de comprovar que não realizou o crime, mas ao Ministério Público comprovar que o indivíduo o realizou. A regra de tratamento é como o sujeito deve ser olhado no curso do processo e na fase de inquérito. Pela regra de tratamento, temos que em nenhum momento ao longo da persecução penal poderá o acusado sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação (PACELLI, 2016).

No campo da regra de tratamento, o estado de inocência encontra solo fértil de aplicabilidade ao tratar da prisão decorrente de execução provisória da pena, tema a ser analisado no presente trabalho.

Tourinho Filho (2012) entende o princípio da presunção de inocência como um coroamento do *due process of law*. Toma que o presente princípio é um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre.

Em debate com o art. 11, §1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), temos o princípio da presunção de inocência como garantia do acusado de não receber tratamento como se culpado fosse, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo-lhe assegurado todos os meios necessários para que prove a sua tese defensiva. Fazemos essa definição em observância ao marco teórico aqui utilizado – garantismo penal – e suas balizas como um meio de proteção do indivíduo frente ao Estado. Temos aqui a estruturação de um modelo normativo fundamentado no homem, servido a ele como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais.

Como conteúdo jurídico do princípio da presunção de inocência, o que buscaremos por delimitar o máximo, de forma a evitar que suceda o questionamento realizado no Tópico 2.2 do presente trabalho – evitar que ocorra flexibilização de princípios onde não caberia – temos o presente princípio como expressão de uma garantia no sentido material, substancial, e não em um sentido de remédio processual. No sentido material aqui aludido temos que, em relação ao réu, não lhe poder o ordenamento jurídico impor nenhuma medida que atinja sua esfera ou patrimônio jurídico, seja no sentido largo do termo, enquanto não sobrevenha sentença definitiva condenatória. Ou seja, o ordenamento jurídico-constitucional não tolera,

por força deste princípio, que o réu no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei no curso do processo, ao réu, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica que vá além da mera previsão no texto legal, ofende a garantia constitucional. Tal posicionamento aqui adotado foi exposto e densificado por Cesar Peluso no julgamento do *habeas corpus* 84.078-7/MG.

A carência do respeito às garantias acusatórias debilita o respeito a um série de princípios processuais, em especial aqui a presunção de inocência antes da condenação. Aqui entendemos as garantias acusatórias mais a condicionar ou vincular a atuação pública e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva quando infringe direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2002).

3 DA PRISÃO CAUTELAR

3.1 Espécies de prisões à luz do texto constitucional

Em razão do valor que temos da liberdade, a Constituição cuidou de estabelecer condições e restrições bastantes específicas para a decretação da prisão, bem como para a mantê-la. Ressalvado os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, temos que a prisão somente se dará em dois momentos: em flagrante delito ou quando se tiver ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, como nos traz o art. 5º, LXI, CF: *LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.*

A análise deste inciso nos permite dele inferir serem possíveis as prisões cautelares – nela incluídas a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária –; a prisão pena – esta decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, portanto se insere no rol das prisões decorrentes de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária; além das hipóteses de prisão decorrente de transgressão militar ou crime propriamente militar.

Reconhecemos ainda a existência da prisão para fins de deportação e extradição e da prisão civil. Não iremos a elas nos ater em razão de não ser o objeto de análise no presente estudo. Em relação a prisão civil, temos que não tem natureza criminal e nem administrativa, podendo ser decretada somente em razão do inadimplemento voluntário e inescusável da pensão alimentícia (súmula vinculante n.º 25 e art. 5º, LXVII).

Com relação a prisão administrativa para fins de deportação e extradição (Lei 6.815/80, art. 61 e 69), entendemos que deve ser lida em conformidade com o texto constitucional, somente podendo ser decretada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária e não mais por ordem do Ministro da Justiça. Devemos ter, portanto, que toda medida de restrição de direito de liberdade se submete à análise judicial de sua adoção. Assim, corretamente vem entendendo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

HABEAS CORPUS. ART. 69 DA LEI 6.815/80 (ESTATUTO DO ESTRANGEIRO). PRISÃO PARA FINS DE EXPULSÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. HARMONIA COM O ART. 5º, LXI, DA CF. ORDEM DENEGADA. I. A prisão prevista pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) não foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, tampouco afronta o art. 5º, LXI, da CF. O que ocorreu foi que, com a Constituição Federal de 1988, a autoridade competente para decretá-la, salvo exceções, deixou de ser o Poder Executivo na pessoa do Ministro da Justiça, passando a autoridade judiciária competente. II. Necessidade de a medida ter sido decretada por autoridade judiciária competente, na hipótese, o Juiz

Federal, devidamente fundamentada e desde que presentes os requisitos da preservação da ordem pública e da necessidade de assegurar a execução da expulsão ora em curso contra o paciente. III. In casu, decreto de prisão fundamentado no fato de o paciente, estrangeiro, sem provas de vínculo com o País ou atividade lícita, cumprida a pena por tráfico internacional de entorpecentes, ter contra si inquérito, em conclusão, com vistas a expulsá-lo do território brasileiro. IV. Ordem que se denega. (TRF-1 - HC: 58549 BA 2009.01.00.058549-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 13/10/2009, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 23/10/2009 e-DJF1 p.83). (Grifo do autor)

Há quem entenda não se tratar a prisão em flagrante como uma medida cautelar pessoal, mas sim como prisão pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar, como Aury Lopes Jr. Outros entendem que não se trata propriamente de uma medida cautelar, mas sim de uma forma de prisão autônoma. Afrânio Silva Jardim considera a prisão em flagrante como ato jurídico, uma conduta humana que produz efeitos vários, sendo que tais efeitos não decorrem da vontade do agente, mas estão inarredavelmente previstos em lei.

A prisão em flagrante se propõe a duas funções básicas (Código de Processo Penal, art. 301 a 310). A primeira delas é barrar o *iter criminis*, impedindo a sua consumação do crime ou o exaurimento dessa consumação. Como segunda missão, tem-se a prisão em flagrante proporcionar a colheita imediata de provas (MENDES, 2008). Como primeira missão da prisão em flagrante, busca-se evitar, tanto quanto possível, que a conduta criminosa possa desaguar em todos os seus efeitos, tentando assim evitar o exaurimento da conduta delituosa. A sua segunda missão é mais ligada aos interesses da instrução do processo penal, visto que se mostra extremamente útil e proveitosa – tanto em relação a qualidade quanto à idoneidade – a prova colhida em tal situação, pois é oriunda de ato seguinte a prática do delito.

Cuida o flagrante, portanto, a importante missão de diminuir os efeitos do crime, quando não do seu completo cessar (dos efeitos), bem como da coleta subsequente da prova para o cabal esclarecimento do ocorrido (PACELLI, 2016).

A prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, com o fim de impedir que eventuais condutas praticadas pelo denunciado possa colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo, além das hipóteses de garantia da ordem pública e da ordem econômica que fogem ao caráter instrumental (PACELLI, 2016). A efetividade aqui é tratada como a necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um processo e da jurisdição penal, de maneira a permitir que ambos cumpram as suas

missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal. Com relação ao regular andamento do processo, a preventiva aqui se apresenta possível em razões de fatos perturbadores praticados pelo réu. Em relação à aplicação da lei penal, temos como forma de evitar que o indivíduo se evada da possível aplicação da pena.

A prisão temporária, de duvidosa constitucionalidade como posto por Rangel (2006), por outro lado, trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelar as investigações e o inquérito policial, conforme trazido pelo art. 1º, I, da Lei 7.960/89, no que aqui cumpriria a função de instrumentalidade.

3.2 Pressupostos para a prisão cautelar

As prisões cautelares, de um modo geral, tem como pressupostos necessários para qualquer de sua decretação o *periculum libertatis* (equivalente ao *periculum in mora*) e o *fumus comissi delicti* (que equivaleria ao *fumus boni iuris*). Essa posição moderna do *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti* é apresentada por Lopes Jr (2016).

Para que se decrete uma das cautelares, necessário que haja um perigo na liberdade do réu a justificar sua prisão. De igual maneira, deve-se ter uma aparência de ter o indivíduo sido o autor do delito. Deve-se mostrar que há perigo social se o réu permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo, e ainda, que há provas do cometimento do delito. A fumaça aqui é da própria prática do crime.

Toda e qualquer restrição a direitos individuais, como na presente imposição de prisão cautelar, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, como exigido pelo texto constitucional, levará também em conta a necessidade e a adequação da medida, a serem aferidas a partir da garantia da aplicação da lei penal e da conveniência da investigação ou instrução criminal (PACELLI, 2016). Temos então que para a decretação da medida cautelar deve-se estar presente a necessidade da restrição e a adequação da providência.

Como características presentes a todas as prisões cautelares (citamos aqui somente as principais para análise do tema abordado), temos a jurisdicionalidade, a instrumentalidade hipotética e a provisoriedade (RANGEL, 2006).

A jurisdicionalidade trata que as medidas cautelares estão sujeitas à análise judicial para que ocorra a sua adoção, em razão de restringir direitos previstos na Constituição. Temos aqui a necessidade da sujeição da limitação de direitos ao judiciário para fim de averiguar eventuais excessos e o seu próprio cabimento.

A instrumentalidade hipotética, nossa principal característica para o tema a ser defendido, trata que a prisão cautelar deve ocorrer e serve de instrumento, de modo e de meio

para se atingir a medida principal, que poderá ser uma prisão pena a ser definida com o trânsito em julgado. Neste ponto, tem-se a característica que permite fundamentar uma eventual prisão preventiva como meio para assegurar a aplicação da lei penal, quando restar demonstrado que o sujeito está a pretender se furtar dessa submissão.

A provisoriedade toma que a prisão cautelar dura enquanto não for proferida medida principal – ou seja, a prisão pena que é definitiva e decorre do trânsito em julgado – e enquanto os requisitos que a autorizam estiverem presentes. Temos aqui a característica de que a medida cautelar é medida que se impõe em momento do qual ainda não se teve o trânsito em julgado, logo a decisão definitiva.

Com a análise das características postas, temos que ou estaremos diante da espécie de prisão pena ou estaremos diante de uma espécie de prisão cautelar quando alguém se encontrar preso.

3.3 Possibilidade da prisão cautelar com mandado à luz da presunção de inocência

O Supremo Tribunal Federal diversas vezes rechaçou o entendimento de que a prisão cautelar é incompatível com o texto constitucional. Tem-se entendido, corretamente, que a prisão cautelar não objetiva infligir punição àquele sofre a decretação, mas destina-se, considerando sempre a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Não se está diante de um propósito de antecipação de pena por meio da medida cautelar, mas sim, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal (MENDES, 2008).

A consagração do princípio da presunção de inocência, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam, de maneira pacífica, reconhecidas pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional das prisões cautelares, que não obstante a presunção *iuris tantum* de não culpabilidade dos réu, pode validamente incidir sobre o seu *status liberdatis* (MORAES, 2013).

Temos aqui a situação em que a própria Constituição permite que ocorra a prisão cautelar, nos termos do art. 5º, LXI, ao mencionar a possibilidade de alguém ser preso, desde que tenha-se *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*. A prisão cautelar não afronta o texto constitucional porque tem em vista a garantia da persecução criminal, sendo a prisão cautelar um meio de assegurar o bom resultado do processo.

Não estamos aqui a tratar de uma prisão com finalidade de punir o réu, visto que esta, à luz do princípio da presunção de inocência, somente poderia ocorrer após o trânsito em

julgado. A prisão cautelar sempre terá caráter de resguardar a persecução penal. Temos que a expressão trazida no texto da carta magna *presunção de inocência* não deve ser interpretada literalmente, visto que se assim fosse ninguém poderia ser processado, mas que deva ser interpretado no sentido de que nenhuma sanção - no caso aqui a prisão - pena pode ser imposta ao réu antecipadamente (TOURINHO FILHO, 2012).

A questão posta aqui é bem clara visto que não se aceita, em razão do princípio da presunção de inocência, a imposição de pena ao réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, cabível será a prisão cautelar, em razão de não sê-la com finalidade retributiva, de inflingir punição, mas sim como providência para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou para assegurar a efetivação da pena.

Portanto, a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar, visto que esta não se confunde com prisão pena. Eventual utilização da prisão cautelar com fins punitivos significa deformidade no uso de tal instituto, importando manifesta ofensa ao texto constitucional ao dispor que a prisão pena somente poderá ser imposta após o trânsito em julgado da decisão condenatória, em consonância com o princípio da presunção de inocência.

4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

4.1 Natureza jurídica das prisões

Cumpra primeiro, delimitar o que entendemos como execução provisória da pena. Temos aqui que, antes de ocorrer o trânsito em julgado – este momento é quando se perde a presunção do seu estado de inocência – o preso se submeteria a ter iniciado o cumprimento da sua pena. A pena a ser executada aqui é provisória em razão de ser fundada em uma decisão que ainda possui natureza provisória, visto que pode ocorrer sua reforma em razão de recursos pendentes. Expede-se, em razão da execução provisória, uma guia de recolhimento provisório para que o preso possa ter sua pena executada, mesmo sem ter sido julgado eventuais recursos.

Temos previsão no nosso ordenamento jurídico de duas espécies de prisões (ressalvadas as prisões decorrentes de transgressão militar e crime propriamente militar): ou poderemos estar diante de uma prisão para o cumprimento de pena – esta ocorrida em casos de prisão definitiva com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; ou poderemos ter uma prisão cautelar – esta quando ainda não estamos diante de uma sentença transitada em julgado e com fundamento para uma próspera persecução penal.

Antes da ocorrência do trânsito em julgado, não tem título que possa justificar eventual prisão do réu. A prisão ou deve ser definitiva ou a título provisório, de natureza cautelar.

A prisão definitiva toma sempre como seu pressuposto de validade a sentença condenatória transitada em julgado. Enquanto que a outra forma de prisão – a cautelar – poderá ser efetivada antes do trânsito em julgado, mas somente nos casos previstos em lei e desde que necessária.

Temos, portanto, como existentes duas naturezas jurídicas das prisões em que ou se estará diante de uma prisão definitiva, ou se estará diante de uma prisão cautelar.

Diante de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível – logo, prisão antes do trânsito em julgado –, somente uma opção poderá se ter: ou se tratará de prisão cautelar, ou diante de antecipação do cumprimento da pena. A antecipação da execução da pena, de um lado, e com a regra prevista na Constituição de que ninguém será considerado culpado antes da ocorrência do trânsito em julgado de sua condenação, são coisas totalmente incompatíveis de se terem juntas. O próprio texto constitucional impossibilita essa interpretação.

4.2 Análise da jurisprudência do STF

4.2.1 Momento anterior à Constituição de 1988

A temática sobre a presença e alcance do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro não é recente. O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de em momento anterior, em 1976, analisar sobre a existência de tal princípio no nosso ordenamento jurídico. Por meio da análise do Recurso Extraordinário 86.297/SP¹, o Supremo Tribunal Federal, tomou que o princípio da presunção de inocência não integrava a ordem constitucional brasileira, não podendo o texto do art. 153, §36², da Constituição de 1967/1969 ser utilizado como forma de entender este princípio como presente.

De maneira cristalina em seu pensar, o Procurador-Geral da República, Henrique Fonseca de Araújo, dispôs sobre a inexistência do princípio da presunção de inocência no ordenamento brasileiro:

3. A Constituição Federal de 1967, emendada em 1969, não consagra o princípio de que toda a pessoa acusada de um ato criminoso se presume inocente até que sua culpabilidade tenha sido reconhecida em processo em que todas as garantias de defesa tenham sido asseguradas.

O Supremo Tribunal Federal, na fala de alguns de seus ministros, notava que ainda militava em desfavor do acusado a presunção de culpabilidade. Percebe aqui a pecha imposta pela simples abertura de um processo penal contra determinada pessoa³.

Neste julgado, por maioria de votos, teve fixada de que o princípio da presunção de inocência não existia no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o voto do Ministro Barbosa Moreira que foi vencedor.

[...] não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanes que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa teriam guardada na norma residual do §36 do

¹ O Recurso Extraordinário foi interposto pela Procuradoria-Geral Eleitoral contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral que tomou como inconstitucional a norma que tinha por inelegíveis pessoas que respondessem a processo crime, com fundamento no princípio da presunção de inocência. A decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral em que se declarou a inconstitucionalidade da norma, com fundamento no princípio da presunção de inocência, entendia que a Declaração Universal do Direitos do Homem, firmada na III Assembleia das Nações Unidas, em 1948, permitiria entender tal princípio como implícito no nosso corpo constitucional.

² Art. 153, §6º: A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

³ Em sua fala, o Ministro Moreira Alves questiona se *quem responde a ação penal, sob a acusação, por exemplo de peculato, terá, antes de reconhecida cabalmente a sua inocência, reputação ilibada.*

art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos Adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra. Os fatos – admissão universal das providencias admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, sequestro, arresto, apreensão de bens) o evidenciam.

O supracitado voto vencedor demonstra que mesmo com a previsão de que os direitos e garantias previstos na Constituição da época não excluía outros decorrentes dos princípios e regime que ela adotava, o princípio da presunção de inocência não poderia ser nem mesmo visto como um possível princípio implícito.

4.2.2 Momento posterior à Constituição de 1988

Com o advento da Constituição de 1988, tivemos o princípio da presunção de inocência trazido pela primeira vez no nosso corpo constitucional expressamente no art. 5º, LVII: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Mesmo com tal previsão na nossa Constituição, as decisões proferidas inicialmente aceitavam a execução provisória da pena, entendendo que não se configuraria constrangimento ilegal.

Seguem-se decisões:

EMENTA: Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. [...] (HC 82490, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29-11-2002 PP-00022 EMENT VOL-02093-02 PP-00263) (Grifo do autor)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIARIO DE PROGRESSAO DE REGIME. Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF. (...) (art.112, paragrafo único, c/c art. 8., da LEP). Pedido indeferido. (HC 69964, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 01-07-1993 PP-13143 EMENT VOL-01710-02 PP-00262) (Grifo do autor)

Ocorre que, no ano de 2009, por meio do julgamento do HC 84.078/MG, houve uma mudança jurisprudencial da Corte Suprema com relação a interpretação que se deva fazer do

princípio da presunção de inocência em análise com a execução provisória da pena. Tomou-se no julgamento deste *habeas corpus* que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visto que interpretação em contrário negaria préstimo ao texto do art. 5º, LVII, da Carta Magna.

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. [...] (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048) (Grifo do autor)

Por meio do julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, datado de fevereiro de 2016, em nova mudança de jurisprudência, o STF modificou o seu recente posicionamento alcançado e entendeu constitucional a execução provisória da pena no direito brasileiro, conforme ementa:

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

Portanto, o atual pensamento da jurisprudência da Suprema Corte é que o princípio da presunção de inocência não impede que se ocorra a execução provisória da pena.

4.3 Impossibilidade de prisão cautelar decorrente de ato normativa abstrato

Em razão do conteúdo que temos no art. 5º, LVII e LXI⁴, da Constituição, temos a impossibilidade de se fundamentar uma prisão somente com base em permissivo legal, ou seja, prisão que advenha simplesmente em razão da norma sem observância da necessidade de sua implementação⁵. O próprio constituinte é quem afirma que “*ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial*”, o que acaba por vedar, de modo absoluto, a prisão como decorrência de ato normativo abstrato.

Não cabe a lei afirmar as necessidades prévias em matéria de prevenção contra determinados riscos, quando estes, os riscos que fundamentam uma eventual prisão, somente podem ser constatados no caso concreto.

Somente se permitirá a prisão antes trânsito em julgado de um processo quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo (PACELLI, 2016). A prisão antes do trânsito em julgado deve ter amparo em fundamentação cautelar, como nos manda a Constituição, não podendo se pautar em mera prisão decorrente de ato normativo.

4.4 Prevalência do patrimônio sobre a liberdade?

No julgamento do Recurso Extraordinário 482.006/MG, datado de 2007, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade de preceito normativo de lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores público afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional.

Neste julgado, a Suprema Corte entendeu que esta norma da legislação mineira implica flagrante violação ao dispositivo constitucional da presunção de inocência. Isso em razão de que a se admitir a redução da remuneração de servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando uma antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação. Segue a ementa do acórdão:

⁴ Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei;

⁵ *Verbi gratia*, o revogado art. 594, CPP, revogado pela Lei 11.719/08, dispunha que o réu não poderia apelar sem recolher-se a prisão.

EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I – A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II – Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. [...] (RE 482006, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, Dje-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402)

Tivemos no julgado supracitado a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito de uma condenação diante de um possível afetar da propriedade privada, antes que se tenha a ocorrência do trânsito em julgado. Tivemos, portanto, que tal norma mineira não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Não poderia a Corte Constitucional, que prestigiou o preceito constitucional em nome da garantia da propriedade, não lançar mão do mesmo dispositivo constitucional quando se tratar da garantia da liberdade, em razão de que se assim o faz, demonstra estar de forma plena a serviço da proteção da propriedade, mas de uma forma diminuta em relação à liberdade.

Deve-se dar à liberdade, igual ou maior prestígio que se dá à propriedade. Julgamento em contrário à tais premissas postas pelo próprio Supremo Tribunal Federal demonstra uma grave contradição, devendo reafirmar todo o alcance do princípio também ao proteger um dos mais importantes bens jurídicos que caracterizam a dignidade da pessoa humana, que é a sua liberdade física.

A corte não admitiu que fosse imposto a um réu, por conta de pendência do processo penal, em virtude de crime de caráter funcional, consequência gravosa de ordem patrimonial, material, precisamente de ordem pecuniária. Entretanto, tem-se permitido, com a decisão no HC 126.292/SP, que imponha ao réu, na pendência de processo penal, por qualquer crime, a possibilidade de privação da liberdade sem que se tenha fundamentos para que seja decretada uma prisão cautelar, mas sim com fundamentos de terem sido esgotados a via recursal ordinária.

4.5 Análise dos fundamentos do *Habeas Corpus* 126.292/SP

Vemos no voto do Ministro Teori Zavascki um nítido caráter de Direito Penal de Emergência, em que se altera a fonte de legitimação do direito e do processo penal, que constituirá o salvaguarda do próprio Estado, em desvantagem, se preciso, de garantias individuais (PRADO, 2013). No direito penal de emergência tem-se o atendimento a demandas de criminalização, sem a observância das garantias do cidadão, agindo aqui em uma afoiteza buscando conceder ao próprio cidadão o sentimento de tranquilidade. O ilustre Ministro Teori citou em seu voto que:

busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio (*presunção de inocência*) e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (*Habeas Corpus* 126.292/SP, 2016, p. 04)

Como um dos fundamentos preponderantes do seu voto, também o Ministro Luís Roberto Barroso teve como aceita a execução provisória da pena em razão do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. Tomou-se como necessário à efetividade da função jurisdicional penal que a pena seja executada antes do trânsito em julgado da sentença. Continua e alega que novo entendimento, tido em 2009, contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Vemos aqui, argumentações em um viés claramente em virtude da defesa social, o que tomamos como problemática. Avanço importante que tivemos no erguer-se do direito penal se deu quando realizou-se uma separação entre órgão julgador e parte lesada, com isso, as vinganças, linchamentos e outras formas de justiça privada, foram não apenas desencorajadas, mas até mesmo proibidas. O direito penal desponta, de forma precisa, neste momento, quando a relação ofendido-ofensor é sucedida pela relação trilateral, que coloca em um posição imparcial uma autoridade judiciária. Em razão disso, cada vez que um órgão julgador é conduzido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária por parte dos próprios particulares, o direito penal aqui retrocede a um estado selvagem (FERRAJOLI, 2002).

Se se busca dar combate ao crime implacavelmente, superlotando as cadeias e decuplicando seu número, é muito simples: basta afastar da Constituição o princípio da presunção de inocência e inobservar o princípio proibitivo das provas obtidas ilicitamente (TOURINHO FILHO, 2008).

Isto não significa, simplesmente, que o objetivo da prevenção geral dos delitos seja uma finalidade menos importante do direito penal. Significa, antes, que o direito penal tem

como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam, a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviantes. Esta, o interesse do réu. Os dois objetivos e os dois interesses guerrilham entre si, e são trazidos pelas duas partes do contraditório no processo penal, ou seja, o órgão acusador, interessado na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a punição dos delitos, e o órgão de defesa, interessado na defesa individual e, via de consequência, a exponenciar a prevenção das penas arbitrárias (FERRAJOLI, 2002).

Temos que há um momento, de certa forma ostensivo, definido na Constituição, a partir do qual se tem descaracterizada a presunção de inocência, qual seja, aquele instante em que advém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, conforme apresentado pelo Ministro Celso de Mello em diversos julgamentos, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se fossem culpados.

Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação (*in claris cessat interpretatio*). Isso ocorre sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional, atuando o órgão investido de interpretar a norma em órgão legiferante. Temos por claro o preceito constitucional que estipula o momento em que cessa a presunção de inocência.

4.6 Execução provisória da pena em relação aos crimes de competência do tribunal do júri

Com fundamento de que com os recursos especiais e extraordinários não se prestam a revisitar questões de mérito, esquecendo-se que a maior parte das reformas de sentenças ou extinções de punibilidade decorrem de nulidades que não necessariamente faz precisar uma reanálise das provas, e a desemboque da decisão obtida no HC 126.292/SP, o STF – por meio do HC 118.770, de março de 2017, tomou que a *prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade*.

O Supremo Tribunal Federal hoje entende que não se precisa nem mesmo do julgamento de eventual apelação para que se possa realizar a execução provisória da pena em casos de crimes dolosos contra a vida. Fundamentaram que, em razão da soberania dos veredictos do tribunal do júri, isto significa que os Tribunais de Justiça não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular, tendo em vista a impossibilidade de reapreciar fatos e provas, e visto que a responsabilidade penal do réu já foi assentada pelo júri.

Diante dessa decisão do STF, as instâncias judiciais inferiores poderão, ao fim da sessão de julgamento do júri, determinar o mandado de prisão do réu, caso seja condenado, por este simples fundamento, sem analisar necessidade em seu acautelamento. O presente julgado, tal como exposto ao longo de todo o nosso trabalho, peca ao tomar a prisão como regra e exigir que o indivíduo arque com o ônus de buscar eventual suspensão do seu recurso para afastar a prisão até que advenha o trânsito em julgado, como mencionado no acórdão: *Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.*

Peca essa decisão da Corte Suprema ao negar até mesmo o direito ao duplo grau de jurisdição do réu, trata a soberania dos veredictos como ostentadora de valor absoluto, quando sabe-se que a decisão dos jurados não possui intangibilidade jurídico-processual, até mesmo como forma de evitar um poder incontestável. A revisão das decisões do júri caracteriza-se em razão do Estado Democrático, ao dispor que não existe atividade estatal de natureza absoluta. Têm-se limitações na revisão, mas esta ainda mantém-se presente em sede recursal.

Vemos na decisão, portanto, uma concatenação de erros. A bastar pelo fato de contrariar a Constituição, ao permitir uma prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e sem ser com fundamento na necessidade da prisão cautelar; a prosseguir ao tomar como absoluta as decisões proferidas pelo tribunal do júri; e por fim ao tomar a prisão como uma regra, colocando no réu o ônus de arcar com eventuais recursos com o fito de demonstrar que no seu caso concreto a prisão – que, enfatizamos, será regra – não se mostrara plausível.

5 CONCLUSÃO

Como apresentado por Ferrajoli (2002), vivemos em um momento em que a pena em sentido próprio – ou seja, enquanto sanção legal após o delito e após o julgamento – está a representar técnica punitiva secundária. A prisão cautelar e, de outra parte, o processo como instrumento espetacular de estigmatização pública antes do trânsito em julgado acabaram por tomar o lugar da pena enquanto sanções primárias do delito ou, mais precisamente, do acusado autor do delito. E o cárcere passou a ser, em muito maior escala, um lugar de trânsito ou de custódia cautelar do que um lugar de cumprimento de pena.

Com fundamento na leitura que fazemos do art. 5º, LVII, da Constituição, temos que não se pode conceber como compatível em um mesmo ordenamento jurídico o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena. O texto constitucional é claro ao tomar que o cerceamento da liberdade somente poderá constituir um castigo – logo pena – após a ocorrência do trânsito em julgado da condenação.

Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, poderá o réu somente ser preso a título de cautela. A prisão provisória, somente se justifica com fundamentos na sua necessidade, principalmente aos fins do processo ou aplicação da lei penal. Não tendo o acusado criado obstáculo à averiguação da verdade buscada no processo, a prisão provisória não terá cabimento, muito menos uma prisão pena, tendo em vista que esta somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado e jamais em razão de um título provisório.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO; Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

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

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 14 ed., rev. ampl. e atual.- Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 7 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**: 29 ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**: 20 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 37 edição, São Paulo, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costas. **Processo Penal**, Volume 1: 34. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2012.