EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Luana Pietrobelli Martinelli[1]

Tiago Galli[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito material e processual penal brasileiro, atualmente, passa por uma fase extremamente complicada, em que seus preceitos basilares, infelizmente, estão sendo contorcidos. O caráter subsidiário está sendo deixado de lado para dar lugar ao Direito Penal máximo, pois a solução dos problemas da criminalidade e da violência, nos grandes centros urbanos, está na segregação do infrator o mais rápido possível.

Nesse mesmo contexto, o Brasil passa por um momento histórico no combate à corrupção, através do descobrimento de esquemas bilionários de desvio de verbas públicas. A população clama pela devida responsabilização daqueles que deixaram de proteger os interesses coletivos para beneficiar uma minoria. Da mesma forma, a sociedade, inconformada com a morosidade da justiça e a ideia de impunidade existente no país, pressiona os três poderes do Estado para que seja dada maior efetividade à justiça penal.

É nesse cenário que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, altera seu entendimento quanto à possibilidade de segregação do indivíduo antes de existir uma sentença penal condenatória devidamente transitada em julgado. A mudança de entendimento permitiu que o indivíduo seja recolhido à prisão após a confirmação da sua condenação em grau de apelação, mesmo sendo admitida ainda a interposição de recursos ao STJ e STF. O presente artigo tem como desígnio principal analisar se a execução provisória da pena admitida pela Corte Suprema Brasileira, em 17 de fevereiro de 2016, é constitucional ou não.

DESENVOLVIMENTO

[1]Aluna do Pós-Graduação em Direito Criminal: Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Frederico Westphalen – e-mail luanapmartinelli@hotmail.com

[2] Especialista em Direito e Professor da URI/FW.

DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE

Consagra o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória." (BRASIL, 2018). A garantia fundamental da presunção da inocência ou não culpabilidade é considerada o princípio basilar do processo penal brasileiro, pois como será visto, é com fundamento nele que inúmeras garantias são asseguradas ao réu para se proteger do poder punitivo estatal e de suas arbitrariedades. (LOPES JR., 2016).

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio em estudo, somente teve previsão legal com a consagração da Carta Magna de 1988. Contudo, no cenário internacional, sua origem é mais remota. Isso, porque seu nascimento deu-se com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, onde previa em seu artigo 9º que "[...] todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetuá-la, deve ser severamente reprimido pela lei." (TOURINHO FILHO, 2010, p. 89).

Assim, desde este momento, foi reconhecido que nenhum tipo de pena poderá ser aplicada ao réu em caráter provisório ou antecipado, sem o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, sendo o réu considerado inocente até o devido trânsito em julgado da decisão condenatória, somente, e em casos bem específicos e determinados pela legislação infraconstitucional, sua liberdade poderá ser restrita, apenas com natureza cautelar e não como início do cumprimento da sanção imposta.

Dando sequência à análise histórica do princípio abordado, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também proclamou, em seu artigo 11, a garantia da presunção da inocência do acusado até que sua culpabilidade seja devidamente provada, com observância aos ditames legais. (TOURINHO FILHO, 2010).

Além desse importante documento, o princípio da presunção da inocência também está protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica que, em seu artigo 8.2 enumera várias garantias judiciais asseguradas ao réu, entre elas o direito de ser presumido inocente, até que não se prove legalmente o contrário. Vale destacar que o Brasil, através do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, aderiu a esse respeitável tratado internacional. (GOMES; MAZZUOLI, 2013).

Após abordada a origem do princípio em estudo, faz-se necessário tecer algumas consequências procedimentais emanadas dessa garantia tão importante para o processo penal brasileiro. Para vários doutrinadores, o princípio da presunção da inocência é derivado de duas regras procedimentais, sendo uma referente a questões de tratamento e outra acerca de regras probatórias. (GOMES; MAZZUOLI, 2013).

A regra ou dever de tratamento impõe que o réu seja tratado, em toda fase procedimental, como inocente ou não participante do fato a ele imputado, devendo o magistrado, para a formação de seu convencimento pessoal, partir sempre do pressuposto que o réu é inocente e que não concorreu para a prática delitiva. (LOPES JR., 2016).

Já a regra probatória determina que a parte acusadora (Ministério Público ou querelante) deve provar inteiramente todos os fatos, circunstâncias, imputações alegadas em face do acusado. Ou seja, a defesa deve apenas ter ciência de todos os argumentos expostos, não sendo obrigada comprovar a não culpabilidade do réu. No entanto, essa regra não impede que a defesa produza provas ou contraprovas que favoreçam os interesses do réu, justamente por ser direito de ambas as partes produzirem provas e atuar efetivamente no convencimento do juiz. (GIACOMOLLI, 2013).

Rangel (2012) aponta ser encargo do órgão acusador, representante do Estado, demonstrar a ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável descrito na peça acusatória e praticado pelo acusado. Caso não consiga cumprir com seu encargo, não restará outra solução a não ser a absolvição do denunciado, tendo em vista que esse não é obrigado a provar a sua culpabilidade.

ANÁLISE DOS ASPECTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, BASEADO NOS ARGUMENTOS CONSTANTES NO HABEAS CORPUS 126.292, PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A execução provisória da pena no Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, já passou por três entendimentos distintos e está à mercê de uma nova interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. Em termos históricos acerca do assunto, vale destacar que até 2009 era admitido dar início ao cumprimento da pena privativa de liberdade, quando ainda pendentes de análise recursos da via extraordinária, ou seja, antes do trânsito em julgado do veredicto condenatório. Tal posicionamento, na época, para a Augusta Corte, era fundamentado na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, os

quais são recebidos apenas no efeito devolutivo. Não havia, portanto, questionamentos acerca da incompatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. (KURKOWSKI; SUXBERGER, 2017).

Contudo, em 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, o plenário do STF, por maioria dos votos, deliberou pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, por violar o princípio fundamental da presunção da inocência. Assim, os efeitos da sentença penal condenatória, mais especificadamente, a prisão do sentenciado, somente poderiam ocorrer como forma de punição, com o devido trânsito em julgado.

Ocorre que, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292, mudou novamente a sua visão acerca dos limites impostos pelo princípio da presunção da inocência quanto à possibilidade de se executar a pena privativa de liberdade, quando a sentença penal condenatória for confirmada em sede de apelação e houver pendentes recurso especial e extraordinário.

Cabe referir a presença de pontos de discussão semelhantes existentes tanto no HC 84.078 quanto no HC 126.292, no que concerne a execução provisória da pena em nível mundial. Os defensores da execução provisória da pena argumentam que a maioria dos países democráticos, como a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Espanha e Argentina, preveem que o cumprimento da sanção imposta ao infrator se dê logo após a prolatação da sentença condenatória pelo juízo de primeiro grau. (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015).

Contudo, tal comparação não foi aceita como justificativa para o Ministro Celso de Mello, que é categórico ao afirmar que nos países acima citados a Constituição não impõe um limite temporal para que a pena possa ser executada. Diferentemente do que ocorre com a Constituição Federal de 1988, que estabelece expressamente que a culpa somente será auferida após o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (PACÍFICO, 2017).

A Constituição Federal de 1988 não está na contramão das constituições dos países tidos como desenvolvidos para os favoráveis à execução provisória da pena. A garantia fundamental à presunção da inocência foi baseada nas Constituições italiana e portuguesa, que também estabelecem um marco temporal para que a culpabilidade de acusado seja auferida, qual seja o trânsito em julgado. (MELO; NUNES, 2017).

Para corroborar com o entendimento do decano do STF, Lopes Jr. (2017, p. 1084) destaca ser:

> Inadequada invocação do direito comparado, desconsiderando as especificidades de cada sistema recursal e constitucional. Os países invocados no acordão não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê – ao contrário das invocadas – a presunção de inocência ATÉ o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável.

Dessa feita, não restou adequado amparar a execução provisória da pena com o direito comparado, já que a Lei das leis dos países mencionados como democráticos não estabelece a necessidade de observância do trânsito em julgado para que a sanção possa ser legalmente executada, sendo regulamentada através da Legislação infraconstitucional. Não se pode esquecer os preceitos contidos na Constituição Federal de 1988, bem como nos tratados internacionais, que o Brasil é signatário e que consagram o princípio da presunção da inocência como direito fundamental. Apesar de discordâncias, essa é a Lei Maior da República Federativa do Brasil, devendo ser observados os seus ditames pela cúpula do Judiciário. Caso contrário, é preciso que seja convocada uma nova Assembléia Constituinte baseada nas Constituições de outros países que pregam aplicar de forma correta a resposta aquele que descumpre a Lei Penal. (KLEE, 2017).

Outro aspecto que foi, em ambas as decisões, fundamento para se admitir a execução provisória da pena é a inexistência de efeito suspensivo aos recursos tidos como raros ou excepcionais, já que eles não se prestam a analisar a matéria fático-probatória, apenas questões de direito. No entanto, conforme já abordado, a Constituição Federal de 1988 adotou como princípio fundamental a presunção de inocência ou não culpabilidade, prescrevendo que a culpa do acusado somente será auferida com o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, normas infraconstitucionais não podem contrariar os dispositivos contidos na Lei maior, devendo ser interpretados de acordo com os princípios constitucionais vigentes.

Assim, não resta dúvida que, apesar dos recursos extraordinários e especiais não possuírem efeito suspensivo, pelas disposições presentes nas normas procedimentais do STJ e STF, deve-se ter uma visão diferenciada quanto à aplicabilidade de tal efeito no processo penal, a fim de evitar violações drásticas aos preceitos presentes na Constituição de 1988. Nesse sentido, Capez (2015) manifesta-se pela inconstitucionalidade do disposto no artigo 27, §2º, da Lei 8.038/90, em razão de violar brutalmente o princípio da presunção da inocência. Como alternativa, afirma que o efeito suspensivo deve ser outorgado a todas as modalidades

recursais existentes no processo penal, abrangendo, portanto, os recursos extraordinários e especiais.

Ademais, um dos principais aspectos de controvérsia do HC 126.292, com a Constituição Federal de 1988, refere-se à abrangência do princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade, ou seja, até que momento processual o acusado é considerado inocente. Tal exposição foi fortemente debatida pelos Ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Luís Roberto Barosso e Gilmar Mendes, que sustentam que o princípio da presunção da inocência sofre, mesmo que involuntariamente, com o andar processual, uma degradação conforme a confirmação das condenações no segundo grau de jurisdição. (BRASIL, 2016).

Os defensores da execução provisória da pena afirmam que a medida não viola o princípio da presunção da inocência, pois o réu foi tratado como inocente durante toda a fase ordinária, sendo observadas as garantias constitucionais do devido processo legal, principalmente o contraditório e a ampla defesa. Ainda, sustentam que a Constituição Federal de 1988 foi omissa ao não definir o significado de culpado, devendo os operadores do direito suprimirem tal lacuna conforme o interesse do Estado e do processo.

Nesse diapasão, os Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes sustentaram que a presunção de inocência perde força a partir das condenações nas instâncias inferiores, mas que essa situação não viola o dispositivo constitucional, haja vista que durante o processo penal, nas vias ordinárias, o réu tem assegurado as garantias de tratamento e de regras probatórias. (BRASIL, 2016).

De modo contrário, o Ministro Marco Aurélio foi enfático ao afirmar que a Constituição Federal de 1988 não deixa, em momento algum, dúvidas acerca do alcance do princípio da presunção da inocência, não havendo necessidade de aplicação de técnicas hermenêuticas para compreender o que está prescrito, sob pena de se reescrever o preceito constitucional de uma forma ilegítima, que inclusive não seria admitida tal alteração nem por emenda constitucional, em razão da violação expressa contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal. Logo, "o inciso LVII é contundente: a presunção deve caminhar com o acusado até o trânsito em julgado. Ponto. Não cabem interpretações que mitiguem este período de abrangência, pois a norma constitucional não deixou espaço para tanto." (KLEE, 2017, p. 417).

O Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente na época do STF, foi extremamente incisivo ao destacar que não cabe interpretação diversa ao disposto na Carta Política de 1988, pois está claro que a culpabilidade do réu será auferida somente após o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória. Ainda, teceu comentários acerca do efeito suspensivo presente nos recursos especial e extraordinário, em que alega haver necessidade de revisão da Lei 8.038/1990, bem como do artigo 637 do CPP, haja vista que estão em total confronto com as disposições previstas à luz da Lei Maior. (BRASIL, 2016).

Para enfatizar a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, bem como dos dispositivos contidos na Lei 8.038/1990, que conferem apenas efeito devolutivo aos recursos da via excepcional, o Ministro Celso de Mello destacou que a Lei de Execuções Penais, nos artigos 105 e 147, não permite que a execução da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos tenha início sem o devido trânsito em julgado da sentença que aplicou a sanção. Assim, nem uma pena de multa poderá ser cumprida sem um título judicial definitivo, quiçá pode-se cogitar a restrição da liberdade do imputado sem a comprovação definitiva da sua culpabilidade, que ocorre apenas com o trânsito em julgado, definido tal momento processual pela Carta Cidadã de 1988. (BRASIL, 2016).

Vale destacar a preocupação do Ministro Carlos Britto, no julgamento do HC 84.078, em afirmar que em nenhum momento a Constituição Federal de 1988 autoriza a execução provisória da pena, muito menos aponta como causa de privação da liberdade do cidadão a interposição dos recursos excepcionais quando já houver uma sentença condenatória analisada em grau de apelação. (BRASIL, 2010).

Cezar Roberto Bitencourt, em artigo escrito ao Conjur, afirmou que o STF ao admitir a execução provisória da pena rasgou a Constituição Federal de 1988, que por sinal vangloria-se por ser o seu guardião. No entanto, tal responsabilidade não o autoriza a reescrever o marco temporal que o constituinte originário delimitou como sendo o momento em que a culpa do acusado é auferida, ou seja, somente com o devido trânsito em julgado. Além disso, reiterou que a Corte Suprema Brasileira deve defender os princípios e garantias fundamentais, não reformando ou negando-lhes vigência, como o fez ao proferir o HC 126.292, em 17 de fevereiro de 2016. (BITENCOURT, 2017).

Observa-se a existência de mais uma linha motivacional para a alteração de entendimento do STF, no qual aponta o descrédito do Poder Judiciário frente à sociedade, especialmente em razão da morosidade da justiça para o julgamento definitivo das demandas. Os Ministros favoráveis apontam que muitas ações penais têm o seu fim com a extinção da punibilidade do acusado devido à ocorrência da prescrição. Um dos principais fatores que acabam gerando a prescrição da pretensão punitiva é a interposição de elevado número de recursos que buscam a reversão da decisão condenatória. (BRASIL, 2016).

Acontece que a mitigação do princípio da presunção da inocência em detrimento da valorização da justiça criminal não é o meio mais adequado em um Estado Democrático de Direito, justamente por estar em xeque um dos bens mais valiosos que o indivíduo possui, que é a sua liberdade. Não se está afirmando que os infratores não devem ser punidos quando for devidamente comprovada a sua culpa. Contudo, as garantias processuais devem ser respeitadas, independente de quem quer que seja a vítima, o réu ou a natureza do delito. (KLEE, 2017).

É importante observar que nos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux há uma grande preocupação do Poder Judiciário em satisfazer os anseios da sociedade que busca a responsabilização dos acusados nos crimes de corrupção e de colarinho branco que assolam, ultimamente, a nação brasileira. Em suas explanações, deixam claro a irresignação da população brasileira com a existência de inúmeros recursos que apenas protelam o trânsito em julgado das decisões condenatórias, e que consequentemente, retardam a prisão dos réus. (MARQUES, 2017).

No entanto, a presença de infundados recursos de caráter procrastinador não serve como justificativa plausível para relativizar um princípio fundamental contido na Carta Política de 1988. A solução para isso deve ser feita pelo legislador, através de restrições recursais, bem como pelo próprio Poder Judiciário mediante a aplicação de pena de litigância de má-fé aos recorrentes que interpõem recursos que visam apenas a adiar a imutabilidade da decisão. (KLEE, 2017).

Kurkowski e Suxberger (2017), favoráveis à execução provisória da pena, sustentam que o princípio da presunção da inocência, presente na Constituição Federal de 1988, não tem caráter absoluto, por isso deve ser interpretado em sintonia com a garantia da segurança pública, que para os autores constitui "[...] parâmetro de integração e de interpretação, objetivo da República, direito fundamental individual, direito social fundamental e dever do Estado – deve ser garantida pelo Estado, por intermédio dos seus três Poderes, entre os quais figura o Judiciário." (KURKOWSKI; SUXBERGER, 2017, p. 07). Em outras palavras, significa que deve haver a observância dos direitos fundamentais previstos ao cidadão, mas também deve ser garantido o direito à segurança social, mediante a prisão dos acusados quando já esgotadas as instâncias ordinárias.

Vale destacar que o direito à segurança pública é um desdobramento do poder punitivo estatal, o qual os indivíduos conferem unicamente ao Estado a legitimidade de processar, julgar e executar aqueles que infringem as normas penais. O cidadão, que renunciou parte da

sua liberdade para que o Estado tivesse o monopólio do poder de punição, espera proteção por parte deste e a efetiva repressão aos infratores. Ocorre que a efetividade da Lei Penal e a segurança social não são abalados com a garantia da presunção da inocência, conferida na Constituição Federal de 1988, ao réu. Isso, porque infratores de alta periculosidade, em geral, não ficam soltos durante o transcurso da persecução penal, em razão da aplicação das prisões cautelares que servem para resguardar o processo e garantir a aplicação da Lei Penal.

Ainda, é importante sinalizar, conforme já explanado, que a liberdade do indivíduo é a regra que deve estar presente no Estado Democrático de Direito. A prisão é a exceção, a *ultima ratio* existente no sistema, apesar de estudos internacionais comprovarem o abandono dessa regra, para proporcionar à população uma resposta rápida ao crime e demonstrar efetividade da justiça criminal. Dessa forma, em razão da insegurança e do aumento desenfreado da criminalidade no país, o Direito Penal, pregado como sendo subsidiário e de intervenção mínima, passou a ser a solução das políticas públicas. (SANGUINÉ, 2014).

Os ensinamentos de Rangel (2017) apontam que a prisão não pode ser vista como uma política pública de combate à criminalidade. Se há altos índices de violência nas metrópoles do país, não é porque o Poder Judiciário é ineficaz, moroso e não encarcera os infratores, mas sim porque o Poder Executivo é omisso em não combater a violência através de políticas públicas. Além disso, a situação em que apenados se encontram no sistema carcerário brasileiro é degradante e fere de forma brutal a dignidade da pessoa humana. Inclusive, o STF, ao julgar a ADPF 347, declarou que o sistema penitenciário brasileiro está falido, encontrando-se em um estado de coisas inconstitucionais. É incoerente que órgão superior do Poder Judiciário admite o colapso no sistema prisional e ao mesmo tempo facilita a entrada de pessoas que não apresentam nenhum risco para o processo ou para a aplicação da Lei Penal, pois caso trouxessem, estariam custodiados cautelarmente. (BRASIL, 2016).

A sociedade brasileira, infelizmente, tem a concepção que o Brasil é o país da impunidade. Tal angústia social é repassada para o Poder Judiciário, que é visto como o único poder estatal que merece credibilidade da população, ainda mais em tempos de crise não só política e econômica, mas especialmente ética. Isso, porque escândalos gritantes de corrupção estão sendo descobertos, em que bilhões em verbas públicas foram desviadas para beneficiar uma minoria, ao passo que serviços públicos essenciais estão cada vez mais deficitários. É inegável que a população almeje a responsabilização daqueles que desviaram dinheiro público, no entanto, é nos tempos de instabilidade que o Estado deve zelar e preservar os

princípios individuais para que não sejam deturpados pelos anseios da sociedade, como ocorreu durante a inquisição, o nazismo e a ditadura, por exemplo. (MARQUES, 2017).

A população carcerária brasileira, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, já ultrapassa os 700.000 presos, sendo considerado o quarto país no mundo que mais segrega os indivíduos, perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia. É incoerente dizer que a impunidade prevalece no país onde casas prisionais encontram-se superlotadas, pois pelo que os dados demonstram há sim punição aos infratores. O problema está no aumento da violência e da criminalidade daqueles que saem do sistema prisional, sendo que 70% deles voltam a cometer crimes ainda mais graves. Um dos motivos da reincidência é o contato em que presos provisórios têm com aqueles mais perigosos, integrantes de facções criminosas. (BRASIL, 2017).

A função ressocializadora da pena há muito tempo não atinge o seu objetivo, em razão das péssimas condições em que são submetidos os apenados. Os presídios brasileiros estão superlotados, falta segurança, higiene, saúde, comida, água potável, além da ocorrência frequente de homicídios, tortura, abuso sexual, sem falar que facções criminosas administram as prisões ao invés do Estado. Tais conclusões foram tidas na ADPF 347, julgada em 09 de setembro de 2015. É inadmissível que enquanto a maioria dos países no mundo busca diminuir o número de segregados, o Brasil admite mais uma forma de acesso ao inferno de Dante que são as prisões brasileiras, com a admissão da execução provisória da pena quando ainda pendentes recursos da via extraordinária. Resta claro que, com isso, não só o princípio da presunção da inocência é mutilado, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana, que inclusive é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2016).

É incontroverso que a execução provisória da pena traz inúmeros questionamentos acerca da preponderância dos princípios constitucionais quando eles entram em conflito, como é o caso da presunção da inocência em detrimento da efetividade da Lei Penal e da valorização do Poder Judiciário. A ocorrência da colisão entre princípios deve ser elucidada através da cedência entre eles, ou seja, um princípio terá precedência sobre os demais, no entanto, nenhum será declarado inválido, como ocorre quando há colisão entre regras. O peso que cada princípio possui no caso concreto é determinado pela Lei da ponderação ou proporcionalidade. (ALEXY, 2010).

Para Alexy (2010), três elementos integram o princípio da proporcionalidade, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação é

verificada a apropriação da medida para atingir o objetivo final, analisando-se o ponto de vista prático da questão. Já na necessidade é verificado se o fim almejado poderá ser realizado de outra forma sem atingir os direitos do cidadão. Por fim, somente após o exame dos elementos da adequação e da necessidade é apurada a proporcionalidade em sentido estrito, que é o peso valorativo que cada princípio possui.

Dessa forma, com base na Lei da ponderação de Robert Alexy, não resta dúvida que o princípio da presunção da inocência seja objeto de relativização para que se solucione um problema institucional, muito menos para que seja dada à sociedade uma resposta rápida à repressão do delito. Verifica-se, também, através da análise minuciosa dos votos dos ministros favoráveis à execução provisória da pena, que a mudança de entendimento da Augusta Corte Brasileira foi fundamentada basicamente em critérios políticos e não jurídicos. Ademais, conforme já mencionado, há diversas formas de se garantir a eficácia máxima do Poder Judiciário e a adequada aplicação da Lei Penal, que não contrariam o preceito constitucional da presunção da inocência. São caminhos longos, mas em sintonia com os mandamentos basilares da Constituição Federal de 1988, como é o caso da mudança das regras processuais atinente aos recursos protelatórios.

As conquistas do indivíduo que o protegem das arbitrariedades estatais não podem ser objeto de abdicação em razão do descontentamento da sociedade com o alto índice de criminalidade e violência existentes no país. Tais circunstâncias são, ao contrário do que os leigos pensam, consequências da ausência de políticas públicas e não da falta de prisões, pois como os números demonstram, presos é o que não faltam no Brasil. O encarceramento não significa aumento de punibilidade e diminuição de criminalidade, longe disso, representa a introdução do indivíduo em um sistema insalubre, corrompido e deturpado. (KLEE, 2017).

O Supremo Tribunal Federal, ao reinterpretar o princípio da presunção da inocência, como justificativa da necessidade de valorização do Poder Judiciário em suas instâncias ordinárias, bem como dar efetividade à aplicação da Lei Penal, coloca em prática a cultura do encarceramento como solução de todos os problemas sociais existentes no Brasil. A decisão gerará em curto prazo o aumento desenfreado do número de presos provisórios e não diminuirá a insegurança da população frente à violência urbana e rural.

A regra no Estado Democrático de Direito é a liberdade do cidadão, somente quando houver risco para o processo e para a aplicação da Lei Penal é que poderá ser encarcerado o indivíduo que ainda não tem contra si uma sentença condenatória transitada em julgado. O tempo de liberdade perdido em razão de uma execução antecipada nunca poderá ser devolvido

ao indivíduo caso tenha a sua decisão reformulada pela instância superior. As marcas do cárcere nunca serão apagadas. Não foi só o princípio da presunção da inocência que foi fulminado com o HC 126.292, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 é tida como a Carta Cidadã, em razão de apresentar um modelo garantista, em que direitos individuais e sociais são tratados com prioridade. Essa mudança de paradigma foi fruto da redemocratização do Brasil, após passar por momentos de intensa opressão à liberdade individual em prol da segurança nacional.

Nesse patamar, o princípio da presunção da inocência é aplicável a qualquer pessoa, seja rica ou pobre, branca ou negra, com escolaridade ou não, bem como independe da natureza ou gravidade do delito. Tanto o reles ladrão de galinhas, quanto o matador de aluguel e o estuprador, têm o direito de serem tratados pelo Poder Público como inocentes até que sua culpa for devidamente comprovada com a imutabilidade da sentença penal.

A mitigação do princípio da presunção da inocência para se autorizar a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando não houver motivos para a decretação da segregação cautelar, é um retrocesso social. O Brasil, com o aval da Corte Suprema Brasileira, retoma a cultura do encarceramento, em que a prisão passa a ser política pública de combate à violência e à criminalidade existentes no país.

Em um primeiro momento, a autorização da execução provisória da pena pode até aquietar a população e fazer com que ela tenha mais credibilidade na justiça criminal e em suas decisões. No entanto, não é através da diminuição do alcance das garantias fundamentais que se chegará à segurança e à paz social. É nos momentos de crise que os princípios e valores devem ser mais resguardados, sob pena de se cometer grandes males e injustiças. Há inúmeras formas de se agilizar o trâmite processual, diminuir os recursos de caráter procrastinador e punir devidamente os infratores, sem a necessidade de se extirpar a principal garantia processual conferida ao réu, que é a presunção da inocência.

O Supremo Tribunal Federal, ao autorizar a execução provisória da pena, não reinterpretou o princípio constitucional da presunção da inocência, mas sim o reescreveu, no sentido de diminuir o *status* de inocente do réu na medida em que sobrevierem as condenações. A Constituição Federal de 1988 é bem clara que o estado de inocente, conferido ao réu, somente será rompido no momento em que sobrevier o trânsito em julgado.

Dessa forma, resta claro que a Constituição Federal de 1988 não autoriza a execução provisória da pena, principalmente pela violação ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Observa-se a inexistência de princípios absolutos, sendo que na colisão entre eles é preciso utilizar a Lei da ponderação. Não é proporcional banalizar o princípio da presunção da inocência em face da efetividade da justiça penal, por existir outros meios menos degradantes e ofensivos à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BITENCOUT, Cezar Roberto. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>. Acesso em: 20 maio de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29 de abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84078%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Cidadania nos presídios. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 12 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 84.078. In: FISCHER, Douglas, et. al. (Org). Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. **Biblioteca Digital**. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0366-6/cfi/6/10!/4/2/2/2@0:0>. Acesso em: 14 set. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J.J Gomes, et. al. (Org). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. **Biblioteca Digital.** Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212640/cfi/440!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 1º nov. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos:** pacto de San José da Costa Rica. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KLEE, Paloma Marita Cavol. Reflexões quanto a Habeas Corpus 126.292/SP: (im)possibilidade da execução antecipada da pena na pendência de recursos extraordinários frente ao princípio da presunção de inocência. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, jan. 2016. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2036>. Acesso em: 20 set. 2017.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. **E-Civitas – Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte**. Belo Horizonte, 2 dez. 2016. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>. Acesso em: 19 set. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. **Biblioteca Digital.** Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216849/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 14 set. 2017.

MARQUES, Alessandra Garcia. Direitos fundamentais e crise: violência, impunidade, corrupção institucionalizada e o princípio da não culpabilidade no HC 126.292 do STF. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, jan. 2017. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/386>. Acesso em: 20 set. 2017.

MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. Princípio da presunção de inocência e o drama jurisprudencial. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-29/opiniao-presuncao-inocencia-drama-jurisprudencial>. Acesso em: 08 set. 2017.

PACÍFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/inocencia.html>. Acesso em: 19 set. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Direito Processual Penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017. **Biblioteca Digital.** Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011456/cfi/6/10!/4/18@0:1.21>. Acesso em: 14 set. 2017.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal:** volume 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.