

## 1. INTRODUÇÃO

O aumento constante da criminalidade e a conseqüente sensação de insegurança gerada na população traz ao Estado o dever de resposta, o dever de combater suas mazelas, de dar ao povo alguma solução.

No entanto, diante da crise (econômica, política, democrática...) que o Brasil enfrenta atualmente, o Poder Executivo e o Legislativo, que deveriam ser os responsáveis pela resolução dos problemas, criação e viabilização de políticas criminais, se mantêm inertes.

Dessa forma, diante da ineficiência do Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário se vê na responsabilidade de responder ao povo, de criar soluções, na maioria das vezes paliativas, com o intuito de sanar as inquietações populares e afirma a credibilidade do Judiciário.

No entanto, diante desse anseio em dar respostas e criar soluções o mais rápido possível, o direito se põe a correr, estando, portanto, em trânsito, desaparecendo o tempo da duração, confirmando-se, no campo jurídico, a urgência, a temporalidade do excepcional que se converte em regra. O direito penal volta a ser mais uma ferramenta de controle social utilizada visando trazer soluções capazes de aplacar o sentimento de insegurança social.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal julgou no dia 17 de fevereiro de 2016, o Habeas Corpus 126.292, mudando o entendimento acerca da possibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Seguindo o voto do relator, Ministro Teori Zavascki, a Suprema Corte Brasileira passou a admitir a possibilidade da aplicação da pena prisional quando a decisão condenatória for confirmada em segundo grau, mesmo que dessa ainda seja possível a interposição de recurso especial e extraordinário.

É notório o destaque que a prisão possui no processo penal brasileiro, tendo em vista que, para o senso comum, é tida como uma das medidas que reduzem a criminalidade. No entanto, sendo o Brasil o detentor da terceira posição entre os países com a maior população carcerária, atrás apenas de China e Estados Unidos, contando com cerca de 711.463 presos

(BRASIL, 2014), dos quais, aproximadamente, 40% são provisórios, fica evidente a falência do nosso sistema prisional

Observando que, para o senso comum, a prisão é tida como uma medida de segurança, que tira o inimigo de circulação, afastando e inibindo o mal, o Supremo Tribunal Federal optou por usar desses anseios sociais para mudar seu entendimento sobre a execução antecipada da pena, sem ao menos atentar para os problemas gerados por este entendimento.

Como se sabe, todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. No entanto, este direito não é absoluto, podendo ser juridicamente restringida. Por se tratar de um direito fundamental, com extrema importância para a democracia, a liberdade só poderá ser tolhida diante de expressa previsão legal e observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se inclui a “presunção de inocência”.

O princípio presunção de inocência, positivado no bojo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República é claro em asseverar, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Desta forma, é fácil o reconhecimento de que culpado é somente aquele contra o qual pesa um título estatal de índole condenatória e não passível de mudança por qualquer das partes do devido processo criminal dialético.

No entanto, a comunidade jurídica, bem como a jurisprudencial, não é unânime em reconhecer a possibilidade de o acusado aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso excepcional por ele interposto, oscilando em aceitar, ou não, o cumprimento da pena na pendência de recursos especial e extraordinário.

Ocorre que, atualmente, o sistema jurídico brasileiro admite apenas duas formas de constrição do direito ambulatorial do cidadão, quais sejam, o de caráter cautelar, decretado sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e o definitivo, posterior ao trânsito em julgado, conforme preceitua o artigo 283 do Código de Processo Penal,

Desta forma, o presente artigo visa discutir, sem almejar esgotar o assunto, a problemática acerca do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, que possibilita a execução antecipada da pena, sem que o réu detenha contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

## **2. O SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE.**

A Constituição Federal de 1988 trouxe expresso em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, criando o estado jurídico e o dever de tratamento comumente conhecido como presunção de inocência, ou, de não culpabilidade.

No entanto, a comunidade jurídica, bem como a jurisprudencial, não é unânime em reconhecer a possibilidade de o acusado aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso excepcional por ele interposto, oscilando em aceitar, ou não, o cumprimento da pena na pendência de recursos especial e extraordinário.

Julgado em 17 de fevereiro de 2016, o Habeas Corpus 126.292, mudou o entendimento seguido pela Suprema Corte Brasileira acerca da possibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Seguindo o voto do relator, Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade da aplicação da pena prisional quando a decisão condenatória for confirmada em segundo grau, mesmo que dessa ainda seja possível a interposição de recurso especial e extraordinário.

A possibilidade ou não da execução antecipada da pena privativa de liberdade é um tema relevante e que gera evidente controvérsia dentro da Suprema Corte Brasileira. A 1ª Turma do STF, por exemplo, já havia decidido sobre a possibilidade da execução antes do trânsito em julgado da sentença condenatória na decisão do HC nº 90.645/PE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (vencido), julgado em 11.09.2007, e no HC nº 91.675/PA, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgado em 04.09.2007, assim ementados:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. 2. Habeas corpus indeferido. (HC 90645, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-

2007 DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227 RTJ VOL-00205-01 PP-00260 RMP n. 36, 2010, p. 233-236)  
HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. (HC 91675, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320 RTJ VOL-00203-03 PP-01218)

No entanto, em sentido contrário era o entendimento da 2ª Turma do STF, que não reconhecia a possibilidade da execução antecipada da pena, como se verifica na decisão proferida no HC nº 91.232./PE, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 06.11.2007:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 91232, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00098 EMENT VOL-02302-02 PP-00284)

Diante da divergência sobre o tema, e da insegurança jurídica por isso gerada, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, em 05 de fevereiro de 2009, o HC 84.078/MG, que, por sete votos a quarto, definiu a incompatibilidade entre a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o artigo 5º, inciso LVII da Constituição.

O referido julgado, além de pacificar o entendimento da Corte, externou o posicionamento da Constituição Federal de 1988, que adotou o garantismo penal em seu sistema jurídico, dando máxima validade à presunção de inocência, não considerando ninguém culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como se observa:

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, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.**

4. **A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.**

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor**

**operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.**

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

**8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.**(STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Com acerto, a referida decisão entendeu incompatível a execução antecipada da pena com o estado de inocência do réu, que, na inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado em seu desfavor, não poderá ser considerado e tratado como culpado.

Ademais, além de reafirmar a escolha da Constituição Federal por um processo penal democrático, o *decisum* afastou a possibilidade de aplicação dos institutos do direito penal do inimigo, quando expressamente declarou que “*Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais*”.

No entanto, diante das mudanças sociais, políticas e da composição da Suprema Corte Brasileira, o entendimento sobre a execução antecipada da pena foi revisado e alterado pelo HC 126.292/SP, possibilitando a aplicação de uma espécie de prisão não prevista no

ordenamento jurídico pátrio, a prisão “definitiva” antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

### **3. A PRISÃO NÃO PREVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A PERDA DO REFERENCIAL DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA CONSIDERAR ALGUÉM CULPADO.**

Atualmente, o sistema jurídico brasileiro admite apenas duas formas de constrição do direito ambulatorial do cidadão, quais sejam, o de caráter cautelar, decretado sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e o definitivo, posterior ao trânsito em julgado, conforme preceitua o artigo 283 do Código de Processo Penal, em harmonia com o que dispõe a Constituição Federal (art. 5º, LVII)

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Por se tratar de prisão sem pena, a prisão cautelar visa proteger a persecução penal (*persecutio criminis*), podendo ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível, na fase recursal, se houver necessidade real (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal). Por visar assegurar a harmonia da ordem social e econômica, o êxito da produção de provas e a efetiva aplicação da lei penal é que a prisão preventiva pode ser decretada, desde a suposta prática do delito até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Diante de seu caráter excepcional, para a decretação da prisão preventiva é imprescindível que se cumpra determinados requisitos, que devem ser interpretados de forma restritiva, que sem os quais qualquer decretação restará ilegal. Como disse o Min. Marco Aurélio: “*ante o princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção, (...) reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos*” (BRASIL,2003).

Desta forma, o legislador elencou no artigo 312 do Código de Processo Penal os requisitos para a decretação da prisão preventiva, que só pode ser justificada como forma de

preservação da ordem pública e econômica, por necessidade da instrução criminal e como garantia da futura aplicação da lei penal.

Em suma, a prisão cautelar deve ser calcada em argumentos concretos do processo penal, que justifiquem a necessidade de sua decretação, devendo preencher os requisitos típicos das medidas cautelares, quais sejam o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*.

A outra espécie de prisão prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a de natureza estritamente penal, decorrente de uma sentença penal condenatória, impossível de mudança pela irrisignação do réu, que deverá ser cumprida a título de pena.

Por ser proveniente de um título de índole condenatório transitado em julgado, a prisão definitiva visa à execução da pena imposta, não contrariando o estado jurídico de inocência, ante a devida consolidação da culpabilidade do sujeito.

Diante disso, ao decidir pela possibilidade da execução antecipada da pena, o STF estabeleceu um tipo de prisão que não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, e que, como já referido, viola frontalmente o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição e no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Permitindo apenas a prisão cautelar e a prisão definitiva, é notório que o conteúdo do artigo 283 do Código de Processo Penal não possibilita a interpretação extensiva no sentido de viabilizar a execução antecipada da pena. No entanto, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 o Supremo Tribunal Federal optou por não aplicar o referido dispositivo legal sem declarar a inconstitucionalidade do mesmo. Nesse sentido é o entendimento de Lênio Streck (2016):

Em primeiro lugar, não creio que haja dúvida sobre o que diz esse dispositivo. Todos sabemos o que é sentença condenatória transitada em julgado. Segundo: examinei o voto do ministro relator, Teori Zavascki e não encontrei sequer menção ao artigo 283 do CPP. Também na declaração final do dispositivo lida pelo ministro presidente foi possível detectar qualquer coisa nesse sentido. Consequentemente, esse dispositivo continua hígido, correto? Para tanto, com toda a vênua, vou usar Zavascki contra Zavascki. Explico: é do ministro Teori Zavascki, quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, o brilhante voto na Recl. 2.645, que diz: não se admite que

seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*”. (...) não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. (...) Por isso, tenho absoluta tranquilidade para dizer que o artigo 283 continua válido. Logo, aplicável.

Deste modo, observa-se que o artigo 283 do Código de Processo Penal continua válido, haja vista não ter sido declarada formalmente sua inconstitucionalidade e nem ocorrido sua revogação. Sendo assim, a execução antecipada da pena continua em desacordo com o texto legal. Nesse sentido se referiu o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do Habeas Corpus nº 69.964, com a seguinte assertiva:

"(...) quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, *que hurlent de se trouver ensemble*. (HC 69.964, Plenário, Galvao, DJ 1.7.93, RTJ 147/243)"

A antecipação dos efeitos da sentença e a aplicação da pena antes da confirmação definitiva da decisão condenatória geram evidente insegurança jurídica, principalmente quando se questiona acerca da natureza da prisão aplicada antecipadamente.

"(...) A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade. Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e pena? Trata-se de prisão cautelar? Não, não estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Trata-se de pena? Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença. Então, essas modalidades de prisão – decorrente da sentença condenatória recorrível e decorrente da sentença de pronúncia – não são constitucionalmente admitidas; não se enquadram nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade.(CARVALHO, 2014, p.151)"

Se considerarmos que a pena privativa de liberdade executada antes do trânsito em julgado tem caráter cautelar, o que não parece o caso, ela deveria exprimir a ocorrência do *fumus boni iuris e do periculum in mora*. Outrossim, se a prisão for cumprida em caráter definitivo, essa não poderia ocorrer antes do trânsito em julgado, pois da decisão condenatória ainda cabe a interposição de recursos.

O cumprimento “antecipado” de uma pena entra em confronto direto com o caráter definitivo do instituto do trânsito em julgado. A pena aplicada antecipadamente tem o condão de ser alterada *a posteriori*, não sendo assim definitiva. Esse é também o entendimento do Ministro Marco Aurélio, que, no julgamento do Habeas Corpus nº 69.964, nos ensina que:

Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente - e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia, porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente -, anoto a circunstância de o vocábulo "antecipada", inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada”. “Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.

Com efeito, a incongruência entre o princípio constitucional da presunção de inocência e a execução da pena é amplamente trabalhada nas doutrinas, como colaciona Tourinho Filho (1992, p.63) ao explicitar que “*enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela*”.

Deste modo, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do trânsito em julgado é tido como o marco referencial para considerar uma pessoa culpada ou não, haja vista ser o momento da passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, marcando o início de uma situação jurídica nova. Como ensinam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró (2016), “*o estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória*”.

Diferentemente de muitos diplomas internacionais, bem como do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e também da Convenção Americana de Direitos Humanos que, expressamente, asseguram a “presunção de inocência” (art. 14.2 e art. 8.2, respectivamente), a Constituição Federal trouxe, no artigo 5º, inciso LVII, o marco temporal final de aplicabilidade da presunção de inocência. Como explicam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró (2016), “há explicitação de que o acusado é presumido inocente ou, mas precisamente, não é considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal ao entender ser compatível a execução antecipada da pena com o dispositivo constitucional que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, atentou frontalmente contra a segurança jurídica, visto que relativizou o marco temporal inicial para considerar alguém culpado.

A relativização e as delimitações dadas à presunção de inocência para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal, como referido pelo Ministro Luís Roberto Barroso<sup>1</sup>, não podem ser considerados argumentos idôneos para violar este importante instituto democrático que, além de refutar o ônus da prova para o réu, impõe um verdadeiro dever de tratamento.

#### **4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO UM DEVER DE TRATAMENTO.**

Tendo suas primeiras manifestações no Direito romano, vindo a ser atacado seriamente na Idade Média e tendo sua consagração em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem, a presunção de inocência foi recepcionada e positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando uma posição democrática adotada pelo Estado.

---

<sup>1</sup> Quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126292, o Ministro Luís Roberto Barroso referiu em seu voto que “o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.”

Por seu caráter de presunção, este instituto exige uma pré-ocupação nesse sentido durante todo o procedimento penal, devendo ser imposto ao julgador a obrigação de tratar o imputado como inocente.

A partir da leitura do art. 9<sup>a</sup> da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, Jaime Vegas Torres (1993) explica que a Presunção de inocência é um ‘dever de tratamento’, isto é, um postulado que está diretamente relacionado ao dever dos órgãos estatais de ‘tratar’ o imputado como inocente até o trânsito em julgado.

Na mesma corrente preceitua Aury Lopes Jr. (2016), afirmando que a presunção de inocência, deve ser visualizada como um verdadeiro ‘dever de tratamento’, e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena privativa de liberdade é exatamente tratar como culpado.

Fruto de uma opção garantista do legislador constituinte, a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado, o princípio da presunção de inocência incita que, ao corpo social, basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois seu maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, sejam protegidos.

Seguindo nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2014, p.441) ao tratar deste princípio reitor do processo penal democrático afirma que:

É sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexos entre liberdade e segurança dos cidadãos: a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança, e essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas, de modo que, quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade. Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias – a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica defesa destes contra o arbítrio punitivo.

No entanto, ao fundamentar seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki, utilizou a doutrina do Ministro Gilmar Mendes, preceituando que *“a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o*

*que vem a se considerar alguém culpado.*” (in: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015).

Ora, como anteriormente referido, o princípio de presunção de inocência traz consigo um dever de tratamento, de não tratar como culpado quem não ostentar contra si uma sentença condenatória transitada em julgado. Diante disso, até que se sobrevenha uma decisão de caráter definitivo, não poderá ser aplicado ao réu nenhum efeito de eventual condenação, quais sejam, principalmente, a restrição de liberdade e/ou direitos.

Como explicam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró (2016), *“não é preciso maior esforço para compreender que não se trata como inocente fazendo uma execução provisória da pena despida de qualquer caráter cautelar”*.

Ademais, extrai-se da doutrina colacionada pelo relator, o entendimento de que *“é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável”*. (MENDES, 2015).

Diante do supracitado, pode se entender que o princípio da presunção de inocência vai enfraquecendo conforme o procedimento. Se assim for, o acusado seria gradativamente considerado culpado, ou menos inocente, até o momento em que seja, ou não, confirmada sua culpa. Uma lógica totalmente inversa ao que dispõe o princípio constitucional.

Desta forma, o julgado do STF possibilita, além de um tratamento progressivamente mais gravoso ao acusado, a perda do referencial do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para considerar alguém culpado.

Sendo assim, como bem referido por Luiz Flávio Borges D’Urso (2016), *“negar o princípio da presunção de inocência, não é fechar uma janela da impunidade, mas é sim, abrir a porta para o erro judiciário, é mutilar nossa Constituição Federal e patrocinar injustiças, no palco desse grande desastre humanitário”*.

O não reconhecimento do trânsito em julgado como marco inicial para a execução da pena, e conseqüente tratamento como culpado, gera evidente insegurança, haja vista que a

Suprema Corte Brasileira optou por não exercer o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

A execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é totalmente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Tendo expresso no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e no artigo 283 do Código de Processo Penal, que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, a antecipação do cumprimento de pena não possui base no direito brasileiro.

A antecipação dos efeitos da sentença e a aplicação da pena antes da confirmação definitiva da decisão condenatória geram evidente insegurança jurídica, principalmente quando se questiona acerca da natureza da prisão aplicada antecipadamente.

Ademais, importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal refuta qualquer possibilidade acerca do cumprimento antecipado da pena restritiva de direitos, com base no artigo 147 da Lei de Execuções Penais à luz da Constituição da República, que diz textualmente que “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

Desta forma, observa-se que, além do descumprimento ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República e do artigo 283 do Código de Processo Penal, a Suprema Corte Brasileira entende que as penas restritivas de direito não poderão ser executadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, se o argumento de que a execução antecipada da pena não viola os dispositivos legais, o entendimento deveria valer para todos os tipos de pena.

Assim, cada vez mais fica caracterizado o ativismo presente na decisão do Supremo Tribunal Federal, que, diante da inércia do Legislativo e do Executivo se vale do direito para criar soluções paliativas para os problemas sociais.

Ademais, diante de todo o problema causado pela mudança de entendimento da Suprema Corte, que possibilitou a execução antecipada da pena privativa de liberdade, a perda do referencial do trânsito em julgado como marco inicial para o tratamento de alguém culpado, ou marco final da presunção de inocência, é o maior e mais preocupante deles.

Haja vista ser o trânsito em julgado o momento da passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, marcando o início de uma situação jurídica nova, repito o ensinamento de Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró (2016), de que “*o estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória*”.

Sendo assim, entende-se que o *decisum* da Suprema Corte Brasileira violou os dispositivos legais e criou um problema que se refletirá futuramente. Desta forma, questiona-se qual o momento para considerar alguém culpado? Seria a confirmação da sentença em segundo grau? Ou, como sugere o Ministro Gilmar Mendes, em doutrina trazida pelo Relator Ministro Teori Zavascki, que a “presunção de não culpabilidade” vai enfraquecendo de acordo com o estágio do procedimento, sendo aceitável o tratamento progressivamente mais gravosa?

Diante das constantes mudanças, políticas, sociais e, principalmente, de entendimentos do Supremo Tribunal Federal, nos resta aguardar para então concluirmos definitivamente sobre as consequências trazidas por este entendimento.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

BRASIL, STF, **Habeas Corpus nº 83.439/RS**, 1ªT., rel. Min. Marco Aurélio, j. 14-10-2003, Dje de 7-11-2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24179510/habeas-corpus-hc-83439-rs-stf/inteiro-teor-111904289>> Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Senso da população carcerária de 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>> Acesso em: 10 mai. 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília-DF. Julgado em: 05 fev. de 2010. Publicado em: 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Decisão do STF de antecipar cumprimento de pena é desastre humanitário**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/luiz-dursoantecipar-cumprimento-pena-desastre-humanitario>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4.ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **Me nego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, n. 281, p. 5-7, abr. 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico> > Acesso em: 01/05/2017

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **“Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória”**. Disponível em <[http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)> Visualizado em 19/10/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lênio. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Disponível em : < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado> > Acesso em 01/05/2017

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**, 13<sup>a</sup>. ed., São Paulo, Saraiva, 1992, vol. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid, La Ley, 1993.