

## A prisão preventiva sobre a luz do princípio da presunção de inocência

### Preventive prisoning under the light of the principle of the presumption of innocence

Emmanuel Fragoso Formiga<sup>1</sup>, José Dantas<sup>2</sup>, Agílio Tomaz Marques<sup>3</sup>, Francisco das Chagas Bezerra Neto<sup>4</sup> e Rosana Santos de Almeida<sup>5</sup>

v. 11/ n. 3 (2023)  
Julho/Setembro

Aceito para publicação em  
21/07/2023.

<sup>1</sup>Graduando em Direito pela  
Universidade Federal de  
Campina Grande;

<sup>2</sup>Graduando em Direito pela  
Universidade Federal de  
Campina Grande;

<sup>3</sup>Doutorando pela Universidade  
Federal de Campina Grande,  
Mestre pela Universidade  
Federal de Campina Grande,  
Graduado em Direito pela  
Universidade Federal do Cariri;  
Juiz de Direito do Tribunal de  
Justiça da Paraíba;

<sup>4</sup>Mestrando pela Universidade  
Federal de Campina Grande,  
Graduado em Direito pela  
Universidade Federal de  
Campina Grande; Gerente do  
Fórum da Comarca de Sousa;

<sup>5</sup>Graduanda em Universidade  
Federal de Campina Grande.

**Resumo:** O presente trabalho de artigo científico, propõe-se a examinar de maneira analítica e sintética, O Princípio da Presunção de Inocência e a execução provisória da pena. Utilizando-se por meio da legislação constitucional e por meio de jurisprudências e decisões doutrinárias a respeito do tema. O referido artigo científico, buscou analisar de maneira histórica e contextualizada, as variadas decisões acerca desse princípio, como também a execução provisória da pena. Abordando interpretações de ministros do STF, o trabalho buscou evidência sobre a luz da norma constitucional a inconstitucionalidade da antecipação da execução da pena restrita de liberdade, de modo que se deve ser respeitado a garantia fundamental do princípio da presunção de inocência. Deste modo, a antecipação da execução da pena, só poderia se tornar de fato uma norma constitucionalmente legal, caso seja elaborada uma nova carta Magna vigente. Entretanto para tal efeito, uma nova constituição poderia tornar o ordenamento jurídico brasileiro ainda mais inseguro, tendo em vista as diferentes interpretações divergentes a cerca de um princípio e uma norma que já foi conquista através de muitas lutas, garantias fundamentais mínimas de cada cidadão.

**Palavras-Chaves:** Execução Provisória da Pena; Princípio da Presunção de Inocência; Direitos Fundamentais; Superior Tribunal Federal.

**Abstract:** The present work of scientific article, proposes to examine analytically and synthetically, the principle of the presumption of innocence and the provisional execution of the sentence. Using through constitutional legislation and through jurisprudence and doctrinal decisions on the subject. This scientific article, sought to analyze in a historical and contextualized way, the various decisions about this principle, as well as the provisional execution of the sentence. Addressing interpretations of STF ministers, the work sought evidence on the light of the constitutional norm the unconstitutionality of the anticipation of the execution of the sentence restricted to freedom, so that the fundamental guarantee of the principle of presumption of innocence must be respected. In this way, the anticipation of the execution of the sentence, could only become in fact a constitutionally legal norm, if a new Magna Carta in force is elaborated. However, for this purpose, a new constitution could make the Brazilian legal system even more insecure, in view of the different divergent interpretations about a principle and a norm that has already been conquered through many struggles, minimum fundamental guarantees of each citizen.

**Keywords:** Provisional Execution of Sentence; Principle of the Presumption of Innocence; Fundamental rights; Federal Superior Court.

## **1. Introdução**

O sistema normativo brasileiro foi criado e se instituiu a partir de princípios e garantias fundamentais que nortearam e serviram como base fundamental para a sua elaboração e vigência. As constituições anteriores a Constituição Federal de 1988 já vinham abordando em seu texto, a garantia de princípios fundamentais individuais, de modo que a carta Magna constitucional atual vigente no país, trouxe em seu texto um novo princípio, ao tratar em seu artigo 5º do princípio da presunção de inocência. Princípio esse que assegura que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ao longo dos anos, podemos observar que as variadas interpretações nas decisões judiciais envolvendo a interpretação do art. 5º da CF/88, provocou uma insegurança e uma instabilidade jurídica bastante perigosa acerca da execução provisória da pena, consequentemente, deixando o direito constitucional de ir e vir de um indivíduo ameaçado.

A pesquisa busca elucidar a partir da análise crítica, com base doutrinária e jurisprudencial, a respeito das diversas decisões acerca da execução antecipada da pena, sobretudo no âmbito das decisões proferidas pela suprema corte brasileira.

A execução provisória da sentença condenatória penal envolve uma grande discussão em face do princípio da presunção de inocência e a necessidade de equilíbrio com a atuação jurisdicional criminal. De modo que se faz necessário, analisar o Princípio da Presunção de Inocência, desde sua criação, sua evolução histórica, e a sua importância no sistema jurídico atual, visto que essa é uma garantia que está presente em muitos outros países.

Ao analisar o processo de execução, regido expressamente pela Lei de Execução Penal, no qual garante que toda persecução penal e aplicação da prisão deverá seguir o Princípio da humanização, devendo ser respeitada a dignidade da pessoa humana.

Utilizando-se a partir de métodos indutivos de pesquisa e conhecimento, o presente trabalho, busca-se mostrar que a antecipação da executiva da sentença criminal é inconstitucional a luz do princípio da presunção de inocência. Os resultados abordados nesse trabalho estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, e dividido através de tópicos e subtópicos.

No primeiro tópico estão sendo apresentado o princípio da presunção de inocência, abordando todo seus aspectos históricos e a sua importância no meio jurídico social.

No segundo tópico é abordada as diferentes interpretações do STF sobre a execução provisória da pena.

No terceiro tópico está sendo tratado acerca da execução antecipada da sentença condenatória, enumerando fatos jurídicos doutrinários e históricos acerca desse tema. Posteriormente é abordado

no subtópico seguinte a falta de equidade social no sistema punitivo brasileiro, na qual é tratada as formas de desigualdades presentes no sistema punitivo do estado brasileiro.

Por fim, o trabalho de pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados os aspectos destacados da dissertação, seguidos de suas respectivas conclusões acerca do princípio da presunção de inocência, e as suas possíveis interpretações futuras da execução antecipada da pena.

## **2. O princípio da presunção de inocência**

A presunção de inocência tem origem no direito romano, mas foi fortemente contestada e até mesmo revertida durante a Inquisição medieval. É importante lembrar que na Inquisição, a incerteza por falta de provas era considerada prova parcial, levando a um veredicto meio culpado, meio condenado. Essa abordagem constituiu efetivamente uma presunção de culpa, não podendo se ver justiça nessas condenações.

O direito penal servia como objeto de perseguição já que todo o poder estava na mão de uma única pessoa – que investigava e julgava o suposto delito. Além do mais, o acusado deveria provar sua inocência perante sua sociedade e não o inverso, uma característica marcante da Inquisição.

Ela só foi realmente consagrada no mundo moderno na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Mas infelizmente, no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário e pelo fascismo. Para os doutrinadores da época, o raciocínio usado para se atacar esse direito era que como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência, para eles presumir alguém como inocente durante o processo era um excesso de individualismo e garantismo (LOPES JR., 2020).

Para demonstrar, vejamos o que dizia o doutrinador italiano Manzini (1951):

A pseudodemocracia à francesa, superficial, garrida e confucionista em tudo, também cometeu o erro de confundir os conceitos, afirmando que a finalidade do processo penal é principalmente proteger a inocência, ou que está associada à repressão da delinquência (fins jurídicos), acrescentando também a intenção (fim político) de dar ao povo a garantia de exclusão do erro e da arbitrariedade.<sup>1</sup>

A partir daí, o princípio passou a fazer parte de todos os diplomas internacionais posteriores,

---

<sup>1</sup> No original: la pseudo democracia de tipo francés, superficial, gárrula y confucionista en todo, ha cometido también aquí el desacierto de enturbiar los conceptos, afirmando que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia, o que ella se asocia a la de la represión de la delincuencia (finalidades jurídicas), agregando también la intención (finalidad política) de dar al pueblo la garantía de la exclusión del error y de la arbitrariedad.

tanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem, quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica que a inseriu no rol expresso de direitos fundamentais: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (LOPES MOURA, 2016).

Na sociedade contemporânea, a presunção de inocência é reconhecida como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, não sendo possível conceber um Estado de Direito que não implemente um sistema de justiça criminal acusatório e, como consequência essencial, a presumida inocência.

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal:

Art. 5, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Art. 8. (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (BRASIL, 1988)

A Carta Magna adota em seu texto uma espécie de expressão negativa, pois, como já exposto, no artigo 5º, não há uma afirmação de que o indivíduo será presumidamente inocente, mas sim a proibição de considerá-lo culpado antes do fim do processo penal. Por isso, surgem algumas divergências em relação à terminologia do princípio referido no dispositivo constitucional (LOPES MOURA, 2016)

Entretanto, não afasta a suposição de que a inocência possui uma delimitação bem definida: até a conclusão definitiva do processo. Neste ponto o texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência. Há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (LOPES JR, 2020).

Assim, entende-se que no processo penal, normalmente, o acusado deve ser investigado e

julgado em liberdade, tendo em vista que “o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção”, como afirmam Távora e Alencar (2014, p. 61).

Portanto, levando em consideração que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal possuem aplicabilidade imediata, bem como as normas que as definem, até porque são importantíssimas para todo indivíduo que necessita da defesa e garantia de seus direitos individuais, que são fundamentais a todo ser humano, como o direito à liberdade, o princípio da presunção de inocência precisa ser executado da maneira como é previsto.

Por causa do referido princípio, foi estabelecido o princípio do "in dubio pro reo", no qual o magistrado, após a instrução penal, ou antes, caso esteja incerto quanto à culpabilidade do acusado, deve optar em favor deste, absolvendo-o. Comprovando assim, que o princípio da presunção de inocência possui aplicabilidade muito ampla se estendendo quanto às prisões cautelares, que são decretadas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, de forma excepcional, desde que presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar (SANTOS JUNIOR, 2020).

Em suma, não se trata aqui, propriamente, da clássica contraposição da pretensão punitiva do Estado e dos direitos e garantias individuais. O correto entendimento da presunção da inocência é perfeitamente compatível com a resposta estatal ao crime, interpretar de forma absoluta a garantia da presunção da inocência, para não permitir o início da execução antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, significa aniquilar o escopo das prevenções geral e especial da norma penal incriminadora, como interpreta Fonseca, Garcia e Gusman (2008). Mas isso será tratado mais a frente no presente artigo.

### **3. A Execução Provisória da Pena no âmbito das Interpretações do STF**

A execução provisória da pena é uma modalidade de cumprimento de sentença antecipada, ou mais precisamente, o início ao cumprimento de pena determinada em sentença condenatória, antes do transitado em julgado. Ou seja, na execução provisória da pena o réu cumpri antecipadamente a pena imposta a ele na condenação, mesmo que ainda seja provisória (ainda passível de recurso).

O então ministro do STF Teori Zavascki, em julgamento realizado em 2016, do questionado acerca do acórdão (HC n. 126.292), expressou em sua decisão, a não violação do princípio da presunção de inocência após o findar das instâncias ordinárias, afirmando que:

“A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. O sentenciado de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência

por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para a condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e as provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de juris-dição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal [...] os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao exame da matéria fática probatória [...]”.

Baseado nesse entendimento, o voto do Ministro relator Teori Zavascki, exemplifica que o duplo grau de jurisdição é definitivamente concretizado no julgamento da apelação, diante da reanálise da sentença e não por ocasião da decisão em REsp ou RE, isso porque os recursos excepcionais não possuem devolutividade ampla, uma vez que não permitem o questionamento da matéria probatória.

A garantia do duplo grau de jurisdição é garantida através das instâncias superiores. Como o princípio da presunção de inocência está diretamente ligado a essa garantia, a execução da decisão penal condenatória após o trânsito em julgado da esfera ordinária não viola o referido princípio, visto que o duplo grau de jurisdição foi respeitado.

O art. 283 do CPP dispõe que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” Referido dispositivo do CPP materializa o comando constitucional previsto no art. 5º, LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, se uma pessoa for condenada por um crime e não houver mais nenhum recurso cabível, ocorrerá o trânsito em julgado da decisão. Nesses casos, a pessoa irá cumprir a pena que, se for privativa de liberdade, ensejará no seu recolhimento ao cárcere.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o entendimento era que, ocorrendo uma decisão penal condenatória, era admitida a execução provisória da pena. Mesmo com a nova Constituição, que consagrou o princípio da presunção de inocência expressamente, o STF continuou admitindo a possibilidade da execução provisória da pena, ainda que pendente o julgamento de recursos extraordinários.

O STF entendia antes de 2009 pela possibilidade de execução processual da pena. Nessa

mesma linha de entendimento, a súmula 267 do STJ dizia que: "*A interposição de recurso, sem efeito suspensivo contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão*". Portanto a pena poderia ser provisoriamente executada. Entretanto, no mesmo ano, o STF, no julgamento do HC 84078 Rel. Min Eros Grau, mudou o seu posicionamento, e passou a entender pela impossibilidade dessa execução provisória da pena. O réu poderia até aguardar a sentença de um REsp ou RE preso, desde que estivesse presente os requisitos necessários para a prisão preventiva (artigo 312 do CPP). Desta forma o acusado poderia ser preso, mas como medida cautelar (preventiva) e não como execução provisória da pena.

Em 2016, a partir do julgamento do HC126.292, o STF passou a entender pela possibilidade dessa execução provisória. De modo que esse não se figura o atual entendimento do STF a respeito desse tema, sendo que a partir de novembro de 2019 com o julgamento das ADCs (Ação Declaratória de Constitucionalidade) 43/DF, ADC 44/DF, ADC 54/DF e entendeu não ser mais possível a execução provisória da pena em segunda instância, sendo este o atual posicionamento (em maio de 2021). O STF declarou constitucional o art. 283 do CPP que é compatível com o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da CF/88.

O ministro relator Marcos Aurélio, ao proferir o seu voto sobre o julgamento das ADCs, disse que:

O art. 283 do CPP, que exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie o cumprimento da pena, é constitucional, sendo compatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88. Assim é proibida a chamada execução provisória da pena. Cale ressaltar que é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado (antes do esgotamento de todos os recursos), no entanto, para isso, é necessário que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP. Dessa forma, o réu até pode ficar preso antes do trânsito em julgado, mas cautelarmente (preventivamente), e não como execução provisória da pena (STF. Plenário. ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgados em 7/11/2019).

O art. 283, do CPP, que tem consonância com o princípio da presunção de inocência que está de acordo com o art. 5º, inciso 57, da Constituição Federal, sendo este julgado como constitucional, não podendo mais se admitir a antecipação provisória da pena.

De modo que, o Supremo Tribunal Federal consolidou a impossibilidade da execução provisória da pena imposta ao réu, ainda que esgotadas as vias recursais ordinárias, só sendo admissível, até o trânsito em julgado da condenação, a prisão de natureza eminentemente cautelar, fundamentada na realidade fática do caso concreto.

Compreende-se por trânsito em julgado ou coisa julgada, a decisão da qual não mais caiba recurso, na forma do art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e que é notório observar que, até este momento, em razão da garantia da presunção de inocência, a única espécie de prisão cabível é modalidade prisão cautelar.

Baseando-se nesse entendimento, Plácido e Silva, define a afirmação de trânsito em julgado a coisa julgada, ou seja, significa o trânsito em julgado formal.

[...]. Entende-se como coisa julgada (*res judicata*) a sentença, que se tendo tornado irretroatável, por não haver contra ela mais qualquer recurso, firmou o direito de um dos litigantes para não admitir sobre a dissidência anterior qualquer outra oposição por parte do contendor vencido, ou de outrem que se sub-rogue em suas pretensões im procedentes.

Logo, é assegurado pela norma Constitucional que, além dos recursos ordinários previstos na legislação processual infraconstitucional, os recursos extraordinários, recursos estes de competência do STF, não são dotadas de efeito suspensivo, sendo eles modalidades de recursos impeditivos do trânsito em julgado vigente.

Uma vez observado, que toda e qualquer prisão anteriormente ao trânsito em julgado exige o requisito da cautelaridade, ou seja, exclusivamente para garantir os fins da proteção da persecução penal, e quando essa se apresentar como a única maneira de assegurar tal necessidade, está sujeita, aos requisitos previstos no art. 283 do CPP, e, ainda, à vedação contida no art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal.

De modo que, é notório afirmar também que a vedação da execução provisória da pena, não inviabiliza a prisão temporária ou a prisão preventiva de réus considerados perigosos, se estando presente todos os requisitos que justifiquem tal medida. Tendo os magistrados a possibilidade de fazerem uso de modalidades diversas para assegurar a ordem e proteger os interesses da coletividade.

É importância ressaltar que, a garantia constitucional, de que alguém só pode ser considerado culpado após o transido em julgado da sentença é uma conquista que vai muito além da mera confirmação de materialidade e autoria delitiva, como estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos (em seu art. 11º,1) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8º, 2).

#### **4. Antecipação da execução criminal provisória**

Muito se discute no âmbito acadêmico/doutrinário e nos tribunais sobre a constitucionalidade da execução antecipada de pena fixada antes do encerramento das defesas penais possíveis e previstas em lei, ou seja, mais precisamente a execução provisória após o esgotamento dos recursos em segundo

grau de jurisdição.

O tema voltou à tona em vias públicas após a Decisão do Supremo Tribunal Federal, em que a instância superior, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, decidiu favoravelmente ao impedimento da prisão após condenação em segunda instância, julgamento esse que se tornou notório, pois concedeu ao atual presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva, a sua liberdade nos processos que envolviam seu nome, como o do triplex do Guarujá. Ou seja, a Corte decidiu que o réu condenado pela segunda instância da Justiça não pode começar a cumprir pena imediatamente (o que também é conhecido como execução provisória da pena). A partir de agora, ele só pode ser preso após o chamado "trânsito em julgado", que é o fim do processo, quando estão esgotadas todas as possibilidades de recursos em instâncias superiores (JARDIM E SOUZA,2019)

A pena de prisão em segundo grau viola abertamente o texto constitucional incluído no rol dos direitos fundamentais, que tem o estatuto normativo de cláusula de pétrea (Art. 60, p. 4, CF), e não pode ser anulado pela Constituição vigente. Para mudar essa situação, o único meio viável para assegurar a eficácia das disposições que apoiam a execução provisória da pena, seria via Poder Legislativo, sendo oportuno propor alterações constitucionais através de uma Proposta de Emenda Constitucional, para convocar uma Assembleia Constituinte, com o intuito de criar uma nova constituição federal, que ensejaria na percepção do desenvolvimento da culpa do acusado, levando em consideração a proteção dos Direitos Humanos conquistados ao longo da história e os direitos fundamentais estabelecidos nos importantes acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário (JARDIM E SOUZA,2019)

No Estado Democrático de Direito, onde foram incorporados diversos direitos humanos fundamentais ao indivíduo, caso existam somente indícios de autoria, sem ter sentença transitada em julgado, jamais poderá ser sujeitado a culpabilidade de forma antecipada, sem o devido processo legal. Pensar de outra forma, além de ser um retrocesso é trazer a possibilidade da prisão preventiva como antecipação da punição do Estado.

Ao usar o ideal de *jus puniendi* temos o melhor exemplo do Estado de Polícia, onde sempre ocorre de forma cruel, às vezes vexatória até mesmo por parte da sociedade, sendo o Processo penal uma forma de conter tais ações, caso contrário voltaríamos à época do Estado Novo, no qual a existência do Decreto-Lei 88, de 20/12/37, era corriqueiro e aceito pela comunidade jurídica, período em que o Estado não era quem detinha o ônus da prova, mas sim o réu, esse quem teria que providenciar provas que indicassem sua inocência (Aury Lopes Jr,2020)

Usando as palavras do então Ministro Celso de Mello:

“Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar sua

inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, DE FORMA INEQUÍVOCA, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo) criou, para o réu, COM A FALTA DE PUDOR QUE CARACTERIZA OS REGIMES AUTORITÁRIOS, A OBRIGAÇÃO DE O ACUSADO PROVAR A SUA PRÓPRIA INOCÊNCIA (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, nº 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, QUE DEVE SEMPRE ASSENTAR-SE — para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica — EM ELEMENTOS DE CERTEZA, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações inequívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, COM OBJETIVIDADE, o órgão judiciário competente, afastando, esse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que”. poderiam conduzir qualquer magistrado ou tribunal a pronunciar o non liquet” (HC 73.338, rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJ 19/12/96).

Para o doutrinador Aury Lopes Jr, “é errado afirmar que alguém é considerado “culpado” após a decisão de segundo grau porque dela somente cabem recursos especial e extraordinário, que não permitem reexame de provas.”

Outrossim, em caso do o Supremo Tribunal Brasileiro, adotando essa medida de prisão em segunda instância, agiria com uma postura de caráter autoritário, em face que o órgão judiciário criaria enorme insegurança jurídica, agrediria o bom senso e geraria insustentável insegurança jurídica na sociedade brasileira, já que as garantias constitucionais estariam sendo claramente desrespeitadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorreu na aceitação da execução provisória da pena em situações anteriores (LOPES MOURA,2016)

O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. O processo penal compreende um conjunto de normas e ideias que advém de conceitos históricos sociais e normativos, e não é aceitável que seja usado de maneira irrefletida ou distorcida de forma autoritária, em prol de golpes de decisão.

## **5. A falta de equidade social no sistema punitivo brasileiro**

O sistema recursal brasileiro tem sua origem histórica proveniente do Direito Romano, no qual havia uma recorribilidade ampla das decisões proferidas pelos tribunais, inclusive as interlocutórias.

Atualmente, têm-se incontáveis relatos de uma situação muito comum: a recorrente interposição de recursos, mesmo que sem fundamentação legal, às instâncias extraordinárias, que ensejam, devido à lentidão da movimentação processual, a prescrição, como uma matéria disciplinada pelos artigos 109 e 110 do Código Penal, se traduz na extinção da punibilidade. Ou seja, ocorre o desaparecimento do direito de punir do Estado, pela ocorrência de fatos jurídicos alheios aos elementos do crime, nesse sentido, o quanto de tempo o Estado demorou em executar a pena do agente

(LOPES MOURA, 2016)

Bem como coloca Jardim e Souza “em que pese tal prática ser rotineira nos ambientes judiciais, este tipo de conduta tende a beneficiar apenas os acusados dotados de maior prestígio econômico, levando-se em conta de que os recursos cabíveis aos tribunais de sobreposição possuem alto custo de demanda, fazendo com que, no plano prático, o acesso integral à justiça seja nada equânime, desfavorecendo os réus hipossuficientes.”

Este fenômeno reforça, ainda, deixa mais transparente a seletividade no sistema penal, já que a possibilidade de recorrer em liberdade alcança àqueles réus que possuem condições financeiras de contratar o melhor advogado para defendê-los em sucessivos recursos e arcar com as custas processuais. Enquanto os réus mais pobres, assistidos pela Defensoria Pública – que muitas vezes não goza de grande estrutura e número de profissionais satisfatórios para atender toda a demanda – não possuem essa chance. Assim, como se referiu o Ministro Barroso “torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária” (STF – Pleno – ADC 43 e 44 DF, Voto: Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 05/10/2016).

Na prática, o sistema não oferece garantias no sentido das formalidades previstas na Constituição Federal e é considerado um sistema injusto. Essa injustiça encoraja o retorno a uma época em que as vítimas e suas famílias tinham permissão para vingança pessoal, pois há uma desconfiança no Estado, fazendo com que, essas pessoas cogitem fazer justiça com as próprias mãos, o que causaria mais dano ao bem protegido (LOPES MOURA, 2016)

Mas a sensação de impunidade ou a insatisfação de insegurança quanto ao aumento crescente da impunidade não afasta o dever do Judiciário de presar pelo bem maior, que se trata da segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, estampado na nossa Carta Magna. Se o poder que salvaguarda nossa constituição ainda colaborar com tamanha injustiça, faria com que o que foi pontuado por Gomes Filho não fizesse sentido:

Na verdade tal princípio (presunção de inocência) veio como reação a todo um sistema processual repressivo pré-revolucionário, herdado do sistema primitivo das ordálias, onde o acusado já é alguém considerado culpado pela opinião pública, onde se impusesse ao imputado, durante o processo, ou mesmo após a verificação da insuficiência de provas, medidas de restrição à liberdade pessoal. Contra isso ergueram-se as teorias iluministas que revelando uma preocupação humanística com os direitos dos homens, partiam da constatação elementar de que ao processo criminal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente (GOMES FILHO, 1991, p. 11).

Em certa síntese, o papel do STF não é de corresponder às expectativas sociais criadas, se

fosse o caso, estariam sujeitos os ministros da Suprema Corte Brasileira a um processo eleitoral para que fossem escolhidos de acordo com os anseios populacionais, tendo seus mandatos periódicos, assim como os outros poderes, além de ser facilmente interposto por outros poderes medidas constitucionalmente proibidas, como a pena de morte e a tortura na investigação policial. Portanto, é previsto em lei que seu papel é de corresponder às expectativas jurídico-constitucionais, ou seja, atuar como guardião da CF e da eficácia dos direitos fundamentais, ainda que tenha que decidir de forma contra majoritária. Um dos primeiros deveres do STF é o de dizer “não” as possíveis ofensas de garantias constitucionais, ainda que essa decisão seja completamente contrária à maioria.

Nesse sentido, a discussão não está no caráter de a execução provisória ser justa ou injusta, mas sim do fato de que ela não é autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesta discussão entre o justo e o legal, não pode o aplicador das leis, ou seja, o órgão jurisdicional tutelar direito que, não se pode dispor sua vontade ante a clara e objetiva previsão constitucional (LOPES MOURA, 2016)

Vale ressaltar que a vedação da execução antecipada da pena privativa de liberdade não traria óbice a prisão temporária ou a prisão preventiva de réus considerados perigosos, se presentes os requisitos que justifiquem tal medida. Tendo os magistrados a possibilidade e sendo visível a necessidade de tais medidas, o uso de modalidades diversas para assegurar a ordem e proteger os interesses da coletividade estão mais que salvaguardadas (LOPES JR, 2020)

Em suma, estamos cientes que é preciso ser enfrentado é a demora jurisdicional. Esse é o ponto não é resolvido pela execução antecipada. Os recursos especial e extraordinário continuarão demorando anos para serem julgados, com a agravante e possibilidade de que alguém pode estar injustamente preso. Isso representa um sintoma do mau funcionamento das jurisdições de primeiro e segundo grau e o que prejudica também o funcionamento desses tribunais superiores, mas não será a execução antecipada da pena que resolverá esse problema.

## **6. Conclusão**

Por fim, pode-se concluir que a execução antecipada da pena, tende a ser uma decisão inconstitucional, visto que não está previsto na constituição, e também, não encontra no conjunto de normas e legislação brasileira, um amparo jurídico consistente, a fim de que, de fato venha a tornar essa antecipação da pena privativa uma norma constitucional. Além do mais, cabe ressaltar que essa antecipação da execução da pena, entraria em conflito por completo com o princípio da presunção de inocência, princípio esse expresso taxativamente no Artigo 5º da Constituição Federal.

As diversas divergências sobre a antecipação da execução da pena sobretudo na Suprema

Corte Brasileira, trouxeram ao sistema jurídico brasileiro uma constante instabilidade política e social, possibilitando em algumas decisões a antecipação da sentença condenatória. De modo que só a partir do julgamento das ADCs 43/DF, 44/DF, e ADC 54/DF, e posteriormente à efetiva decisão de Constitucionalidade do artigo 243 do CPP é que o princípio da presunção de inocência foi de fato respeitado.

A maior parte da jurisprudência doutrinária entende que o cumprimento de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado sem tais requisitos fere a Constituição e todas as garantias instituídas por esta. De modo que, a antecipação da execução da pena, só poderia se tornar de fato uma norma constitucionalmente legal, caso seja elaborada uma nova carta Magna vigente. Entretanto para tal efeito, uma nova constituição poderia tornar o ordenamento jurídico brasileiro ainda mais inseguro, tendo em vista as diferentes interpretações divergentes a cerca de um princípio e uma norma que já foi conquista através de muitas lutas, garantias fundamentais mínimas de cada cidadão.

## **Referencias**

BARRETO, Guilherme. **Execução Provisória da Pena no Brasil**. Universidade Anhembí Morumbi. Online, 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2º Edição, São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 1999. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em 27 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 27 mai. 2023.

FONSECA, Luiza. GARCIA, Mônica. GUSMAN, Fábio. **Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Atuação temática, MPF (online), 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Comentários sobre a Lei 12.403, de 04.05.2011. FERNANDES, Og (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JARDIM, Eduardo, SOUZA, Gustavo. **A execução provisória da pena após sentença penal condenatória em segunda instância sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro**. TOLEDO. Online, 2019.

JUNIOR, Leandro. **Princípio da presunção de inocência na execução provisória da sentença penal condenatória: uma análise crítica**. Instituto Vale do Cricaré, Faculdade Vale do Cricaré (online), 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 7ª edição, Salvador. **Juspodivm**, 2019.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: **Saraiva**, 2020

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. t. I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Barcelona, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MINISTRO CELSO DE MELLO, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wcmZWst8pW8>. Acesso 10/06/2023.

MINISTRO CELSO DE MELLO, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>. Acesso: 10/06/2023

MOURA, Janaira. **A Execução provisória da sentença penal condenatória em face do princípio da presunção de inocência**. Fundação Universidade Federal de Rondônia, Unir, Campus Professor Francisco Gonçalves Quiles – cacoal (online), 2020

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **Execução Provisória da Pena e o Princípio da Presunção da Inocência**: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal. 2017

RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. 2016. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) - **Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Natal, 2016.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro: **Forense**, p. 475-476. 2014. Supremo Tribunal Federal. ADC 43 e 44 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF.

Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 11 jun. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: **Editora JusPodivm**, 2014.