

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO CERRADO
PATROCÍNIO
Graduação em Direito

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NA
ÓTICA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY**

Cristiano Machado Ribeiro

PATROCÍNIO – MG
2017

CRISTIANO MACHADO RIBEIRO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NA
ÓTICA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como exigência parcial para
obtenção do grau de Bacharelado em
Direito, pelo Centro Universitário do
Cerrado Patrocínio.

Orientador: Prof(a). Esp. Júnia Gonçalves
Oliveira

PATROCÍNIO – MG

2017

RIBEIRO, Cristiano Machado.

A Inconstitucionalidade da Execução Penal na Ótica da Teoria de Robert Alexy / Cristiano Machado Ribeiro. – Patrocínio: UNICERP, 2017.

Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito no Centro Universitário do Cerrado Patrocínio.

Orientador(a): Prof(a). Júnia Gonçalves Oliveira

1.Direitos Fundamentais. 2. Direito Penal. 3. Direito Constitucional 4. 5.

DEDICO este estudo a minha família, que sempre me apoiou em todos os momentos da minha vida, e principalmente à minha mãe que nunca mediu esforços para a realização do meu sonho. Profa. Esp. Júnia Gonçalves Oliveira pela atenção, carinho, compreensão, pela sua disponibilidade, que foram essenciais para realização deste estudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente, a Deus, minha fonte de sabedoria, vida e proteção, não posso deixar de expressar meus agradecimentos e minha devoção à santa Catarina de Alexandria protetora dos estudantes e à santa Rita de Cássia, santa das causas impossíveis e advogada dos aflitos.

Aos meus pais, Ernani e minha mãe Lazara que nunca me deixaram recuar perante os obstáculos que a vida impõe, e sempre foram meu espelho de vida, e se estou nesta fase de minha vida devo principalmente a eles que sempre acreditaram em mim.

A minha noiva Thayele, que sempre esteve ao meu lado me apoiando com paciência nos momentos difíceis, seu amor e paciência foram importantíssimos nessa conquista.

Deixo aqui meus agradecimentos ao meu amigo Rubens Miranda Ribeiro por ter sempre acreditado no meu sonho, que neste caminho que percorri até aqui, todas as vezes que nos encontramos, sempre ofereceu seu apoio através da motivação e de seus conselhos.

Agradeço a prof.(a) Júnia Gonçalves Oliveira por seu apoio incondicional e atenção durante a elaboração deste trabalho que não mediu esforços para que superássemos as dificuldades enfrentadas.

Agradeço ao prof. Nery pelas suas excelentes dicas que foram de extrema importância para escolha deste tema, que é contemporâneo e que de fato aumentou meu conhecimento neste tema tão importante para o direito.

Agradeço a todos os meus amigos e amigas que estiveram sempre ao meu lado mim incentivando e dando forças na busca incessante da persecução deste sonho.

Enfim agradeço todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que o que eu sonhei um dia chegasse a essa realidade do que eu estou vivendo hoje. Obrigado!!!

*“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque
serão saciados” Mateus 5, 6*

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CCJ	Comissão de Constitucionalidade e Justiça
CRFB/88	Constituição da República Federativa de 1988
DH	Direitos Humanos
DF	Direitos Fundamentais
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal de Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	09
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1- O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	17
1.1 Princípio da não Culpabilidade ou Princípio da Presunção de Inocência.....	17
1.2 Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal.....	18
1.3 Os Recursos Destinados Aos Tribunais Superiores Seus Efeitos e a Aplicação Do Princípio Da Presunção De Inocência	21
CAPÍTULO 2 DA EXECUÇÃO ATENCIPADA DA PENA	22
2.1 O Início da Execução Antecipada da Pena como Instrumento de Efetividade da Justiça.....	22
2.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	24
2.2.1 Breve Análise dos argumentos Empenhados no Habeas Corpus nº 84.078/MG	24
2.3 A Mudança no Cenário jurídico brasileiro com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP.	31
2.4 Síntese dos Principais Argumentos Favoráveis ao Início do Cumprimento da Execução Penal Antecipada.....	37
2.5 Uma Síntese dos Argumentos que discordam da Antecipação da Execução da Pena.	39
2.6 As Ações Declaratórias De Constitucionalidade Nº 43 e Nº 44 Confirmam o Entendimento em Torno da Execução Antecipada da Pena	46
CAPÍTULO 3- DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA SEGUNDO A TEORIA DE ROBERT ALEXY	45
3.1 Diferenciação de normas e princípios segundo Robert Alexy	45
3.2 O Emprego Do Termo Princípio e a Evidente Confusão termológica	48
3.3 A Teoria Alexiana Dos Princípios Como Instrumento De Combate Ao	

Entendimento Do Supremo Tribunal Federal	48
--	----

CONCLUSÃO	53
------------------------	----

REFERÊNCIAS	59
--------------------------	----

RESUMO:

O presente trabalho versou sobre uma questão conflituosa, encontrada no cenário jurídico brasileiro que é a decisão do Supremo Tribunal Federal em propor a possibilidade do acusado condenado em segunda instância dar início ao cumprimento provisório da execução da pena privativa de liberdade, mesmo quando interposto recurso, e que não exauriu as instancias recoráveis, sem uma decisão definitiva com um trânsito em julgado. Foi analisada a posição dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que por maioria decidiu que as disposições do artigo 283 do Código de Processo Penal não impede que o condenado em segunda instância dê início a execução penal mesmo que de forma provisória. Esta decisão do Supremo Tribunal Federal ocorreu em detrimento do julgamento do Habeas Corpus 126.292, juntamente com o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade de nº 43 e 44 apresentadas pelo Partido Ecológico Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que julgaram procedente o início do cumprimento da pena de acusados já julgados em segunda instância. Ocorreu em fevereiro de 2016 a mudança de entendimento do pretório excelso que até esse julgamento entendia que os acusados deveriam ser considerados não culpados até o fim do processo com o transitado em julgado, estabelecendo a impossibilidade de cumprimento de pena antecipada. Inicialmente fora feita a conceituação do princípio da presunção de inocência em seu aspecto histórico, denominação e aplicabilidade dentro do processo penal, e os efeitos dos recursos aos tribunais superiores frente à presunção de inocência. Num segundo momento foram apresentados os votos dos respectivos ministros do Supremo Tribunal Federal que no ano de 2009 julgaram o Habeas Corpus 84.078/MG, em sequência fora feita a análise sintética dos votos dos ministros no Habeas Corpus 126.292/SP que desconstruiu o posicionamento antes aplicado pela corte Suprema, demonstrando os argumentos a favor da execução provisória da pena, e os argumentos não favoráveis no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP. Será analisado também o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade propostas pelo Partido Ecológico Nacional, e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que sustentou que a execução provisória seria incompatível com a Constituição Federal. Em sequência fora feita a análise dos argumentos favoráveis e contrários a execução antecipada da pena, usando como marco teórico a teoria dos princípios de Robert Alexy que embasará este trabalho de conclusão de curso. Sendo este trabalho dedicado a demonstrar segundo o entendimento do doutrinador Robert Alexy e à luz da teoria dos princípios inclusa na temática da teoria dos direitos fundamentais que a decisão do Supremo Tribunal Federal não encontra guarida com a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito. A metodologia utilizada para a elaboração do trabalho, foi a pesquisa bibliográfica, de reconhecidas fontes doutrinárias, a fim de propiciar uma reflexão mais precisa sobre o tema. Recorreu-se, também, à pesquisa descritiva e a análise documental. O procedimento para coleta de dados deu-se por meio de leituras seletiva, analítica e reflexiva, para a pesquisa bibliográfica e análise documental para a pesquisa descritiva.

Palavras-chave: Execução de Pena; Princípio da Presunção de Inocência; Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro passou por um episódio que deixou os juristas e os que prezam o direito atordoados com a decisão no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP que declarou ser possível o início da execução da pena em condenação de segunda instância, sem que haja um trânsito em julgado da sentença condenatória, pois ali já existia um julgamento de mérito já provado todos elementos probatórios e fáticos.

Antes deste posicionamento a Suprema Corte entendia que somente poderia dar início a execução penal com o trânsito em julgado, desde 2009 com o julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG com relatoria do ministro Eros Grau que deu eficácia à presunção de inocência e foi mantido até a presente data o julgamento do então HC 126.292/SP que mudou as concepções da execução penal.

No decorrer do trabalho será mostrado os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) através da posição do ministro relator Teori Zavascki, que fundamentaram seus votos principalmente pela sustentação do argumento que o início da execução da pena amparava o princípio da efetividade da justiça como maior ganho a se ponderar o então denominado princípio da presunção de inocência face aos princípios da proporcionalidade da efetividade da justiça e o princípio duração razoável do processo, que superam o então princípio da presunção de inocência, pelo contexto social vivido no Brasil, com o intenso sentimento de impunidade que sobrecarrega a sociedade.

Diante deste julgamento e a mudança repentina de entendimento do STF, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil se colocaram frente à discussão e novamente colocaram a execução antecipada da pena em pauta no plenário do STF nas ações declaratórias de constitucionalidade de nº 43 e 44 ambas com o propósito de declarar a constitucionalidade do dispositivo infraconstitucional, artigo 283 do Código de Processo Penal que dispõe sobre a possibilidade de prisão.

No julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade os ministros por

maioria novamente mantiveram mesmo entendimento adotado no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, e indeferiram a liminar pleiteada pelo PEN (Partido Ecológico Nacional) e pelo CFOAB (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), intrigando muitos dos juristas brasileiros pois o artigo 283 do Código de Processo Penal é umbilicalmente ligado com o dispositivo constitucional da presunção de inocência assegurado no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

A legislação penal e constitucional não faz nenhuma menção a outra modalidade de prisão senão as prisões de cunho cautelar que são a preventiva e a prisão temporárias ambas com requisitos particulares para sua decretação e outra modalidade que se faz a menção seria aquela que decorrida de uma sentença terminativa com um trânsito em julgado de uma sentença condenatória irrecorrível.

Nisto o presente trabalho tem como um dos objetivos a demonstração que o ordenamento jurídico brasileiro não recepciona a execução antecipada de pena, por pois somente com trânsito em julgado pode se haver a real imputação de ato criminoso ao pretense réu, que uma possível antecipação da pena não pode ser legítima por ser contrária as prescrições constitucionais.

Após a análise dos argumentos favoráveis e contrários dos ministros buscaremos neste trabalho aplicar a teoria dos princípios de Robert Alexy, que busca a solução do problema proposto que seria a desconstrução do entendimento majoritário dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que no âmbito da teoria defendida está erroneamente empregado que não condiz com as diretrizes constitucionais.

Neste contexto o presente trabalho será voltado a análise dos votos dos ministros e seus argumentos favoráveis e contrários a execução provisória da pena na ótica constitucional frente a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Nisto o texto deste trabalho estrutura-se da seguinte maneira, cumpre o primeiro capítulo efetuar a explanação histórica do conhecido princípio da presunção de inocência, após o breve relato histórico será levantada a problemática em torno nomenclatura do princípio da presunção de inocência ou princípio da não

culpabilidade e o estado de inocência. Se faz necessário neste mesmo capítulo abordar aplicabilidade do estado de inocência dentro do processo penal, sendo que neste subcapítulo analisa-se as modalidades de prisões, em importância as cautelares que se diferenciam da prisão como antecipação da pena que não encontra margem na lei. Se faz necessário expor uma definição do que seja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Dentro deste mesmo capítulo será feita uma abordagem dos efeitos dos recursos interpostos aos tribunais superiores no tocante a suspensão da execução da pena, como medida de efetividade da regra da presunção de inocência.

Em seguida, no segundo capítulo faremos a análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que ensejaram a controvérsia judicial nas ações declaratórias de constitucionalidade de nº 43 e 44, que consolidaram o entendimento sedimentado no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP que levantou a dúvida a respeito da constitucionalidade empregada pelo STF ao dispositivo do artigo 283 do Código de Processo Penal, sobretudo neste capítulo será colocado em análise os argumentos mais questionáveis e que foram mais relevantes no contexto da aprovação ou reprovação da execução antecipada da pena. Feita a análise das controvérsias geradas pelos julgamentos dos Habeas Corpus e das ações declaratórias de constitucionalidades far-se-á análise do argumento principal dos ministros que sugerem a execução antecipada como meio de efetivação da justiça.

E por último e mais esperado neste último capítulo coloca-se em evidência a teoria dos princípios do autor Robert Alexy demonstrando a distinção entre regras e princípios, estabelecendo que o denominado princípio da presunção de inocência não seria um princípio e sim uma regra constitucional que impõe uma regra de tudo ou nada um mandamento definitivo que deve ser obedecido em toda a sua literalidade não abrindo margem a interpretações e que dependem para sua validação de algo definido em matéria fática, são juridicamente possíveis sem necessidade de reafirmação. Ao contrário estão os princípios que tem alto grau de abstração e generalidade, que tem sua aplicabilidade limitada em alguns casos, pois dependem de fatos e do que seja juridicamente possível, podendo ser ponderáveis em colisão com outros princípios colidentes. Regras não são ponderáveis são

aplicadas a certo caso ou não sendo que sua inaplicabilidade gera a sua invalidação.

Buscar-se-á demonstrar até o final do presente trabalho que existe uma enorme ilegitimidade do entendimento ora estudado a respeito da execução antecipada da pena que não condiz com a norma regra da presunção da inocência que deve ser empregada em todos os processos que não tenham um trânsito em julgado de sentença condenatória, respeitando a Constituição Federal e as regras por ela apregoadas.

O tema abordado nesta monografia é bastante contemporâneo e gerador de intensas controvérsias tanto no ambiente jurídico quanto no meio social, por ser a mudança de entendimento do STF tende a causar certa insegurança em suas decisões, por ser elas válidas hoje e talvez amanhã não mais sejam aceitas.

Nisto que se reside a importância deste trabalho, no qual analisará o julgamento dos Habeas Corpus 126.292/SP e 84.098/MG, e das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44, que denotam a instabilidade da Suprema Corte brasileira, que interpreta a Constituição deste país segundo a sua vontade, desprezando a aplicação de uma regra constitucional inerente aos direitos fundamentais.

O método de pesquisa adotado neste presente trabalho é a “dedutiva” (do geral para o específico) e as técnicas utilizadas para a coleta de dados e para a análise dos mesmos, será a revisão bibliográfica, bem como a coleta de jurisprudências e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais, bem como artigos científicos e jurídicos.

CAPÍTULO 1- O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência reflete na história como uma grande conquista derivada de lutas que se perpetraram num cenário de batalhas contra as opressões daqueles que detém o poder.

Visto como uma garantia fundamental, à presunção de inocência visa efetivar o status de inocência, vale dizer que teve como origem durante o período do iluminismo durante o século XVIII, época de grandes lutas em prol dos direitos fundamentais e pela busca da liberdade, e da preservação da dignidade da pessoa humana, marcada principalmente pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Nesta declaração faz referência em seu artigo 9º, que se deva presumir inocente aquele indivíduo que responde à uma acusação perpetrada.

A declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, na assembleia geral realizada em Paris na França, foi um dos primeiros diplomas legais a recepcionar o princípio da presunção da inocência, estabelecendo em seu artigo 11º como garantia constitucional, que dispôs que: *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, no processo público assegurados todas as garantias para sua defesa”*.

De fato está garantia fundamental foi estampada na declaração dos direitos do homem e do cidadão em um contexto histórico decorrido da necessidade de se efetivar os direitos dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado.

O Brasil também participou da Assembleia Geral da ONU mas somente na Constituição Federal de 1988 que o Brasil veio a respeitar o estado de inocência de todo acusado sem que se tenha uma sentença transcorrido sentença final, estabeleceu esta garantia no artigo 5º inciso LVII que se faz como regra de tratamento a permanência do estado de inocência do indivíduo sendo dever do Estado à aplicabilidade imediata garantindo a eficácia da Constituição que dispõe que: *“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença*

penal condenatória” (Brasil Constituição Federal de 1988 artigo 5º inciso LVII).

Segundo Ricardo Alves Bento o princípio estudado significa que *“uma norma de comportamento diante do acusado, segundo o qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer desta imputação”* (Bento, 2007, p.64).

Portanto é de regra que em toda fase processual que antecede uma condenação definitiva deve ser resguardado a presunção de não culpabilidade do indivíduo, mesmo que sejam a ele imputados crimes de extrema gravidade.

O Brasil ratificou e aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos conhecida como Convenção de San José da Costa Rica que versa a respeito de Direitos Humanos e a presunção de inocência que possui força normativa infraconstitucional que reconhece integralmente sua aplicabilidade, não autorizando uma execução antecipada de pena sem uma sentença definitiva.

Na legislação Brasileira o princípio da presunção da inocência objetiva o respeito do estado de inocência do acusado até que se exauri todo o processo de acusação. Permanecendo a presunção de inocência como regra de tratamento e deve ser mantido até o fim do processo, para Lopes Jr:

Se trata de princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora indivíduo ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de alguém culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos inocentes, sem exceção, estejam protegidos perante a lei. (LOPES JR, 2013, p.26)

Neste entendimento vale destacar que a presunção de inocência é meio hábil para assegurar proteção ao indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, de um sistema acusatório que pode causar sérios danos quando exageradamente não seguir os parâmetros constitucionais.

De todas as previsões constitucionais e infraconstitucionais não se encontra possibilidade para uma prisão baseada apenas em uma condenação estabelecida em segundo grau de jurisdição, sem uma decisão transitada em julgado nem o esgotamento do processo e das vias recursais, seria uma afronta ao referido

preceito constitucional aqui estudado, que na sua literalidade o indivíduo é inocente até findo processo e transitado e julgado a sentença condenatória.

A presunção de inocência resume-se a um estado de inocência onde o acusado desde a fase do inquérito até a sentença sobre o manto do de uma presunção de um estado de inocência que perdura por todo o processo, cabendo ao Estado a investigação e apuração correta dos fatos.

Desta forma quando se observa o texto constitucional em sua literalidade do artigo 5º inciso LVII, não se pode atribuir culpa ao acusado resguardando a sua liberdade e assegurando que a dignidade da pessoa humana seja respeitada pelos possíveis excessos do Estado.

Destaca se ainda, que mesmo que o indivíduo pratique um ato ilícito será necessário ao Estado um processo que assegure todos os direitos fundamentais para provar a culpabilidade do acusado respeitando durante todo esse processo a presunção de inocência do agente. Sendo que em um Estado democrático de direito, em que a base de sua formação é a observância dos princípios e garantias positivadas na Carta Magna, a presunção de inocência é o reflexo da mais nítida ideia de justiça e igualdade, por ser todos sujeitos a está presunção.

1.1 Princípio da não Culpabilidade ou Princípio da Presunção de Inocência

Na análise do princípio da presunção de inocência percebe se que existe uma contradição entre os doutrinadores do direito penal em relação a sua nomenclatura, pois alguns o denominam como princípio da não culpabilidade. Para a corrente doutrinaria que discorda da nomenclatura da presunção reveste-se da ideia de que a Constituição Federal é clara em seu texto, sendo que a não culpabilidade é expressa no ditame constitucional, destacando o verbo considerar culpado e não presumir inocência.

Essa corrente que defende o uso do termo da não culpabilidade faz menção que a Constituição não presume a inocência, mas dá a certeza de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença definitiva.

Para adeptos da expressão presunção de inocência coaduna a que se faz regra tratar o indivíduo como se inocente fosse até que se tenha findo o processo com a sentença condenatória transitada em julgado, confirmando a inocência ou comprovando a culpa.

Há também quem acredite que não existe presunção de inocência, mas na verdade o indivíduo se reveste de um estado de inocência, segundo o estudioso do direito Eugenio Pacelli:

A Constituição Federal não dispõe de nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória que seria a fase pré-processual quanto a fase processual propriamente dita. (OLIVEIRA, 2004, P.174)

É de certo dizer que a nomenclatura não muda o cerne deste princípio, sendo que o objeto seria a presunção de não culpabilidade do acusado do investigado ou do réu em um processo, sendo o estado de inocência é regra em relação ao mesmo.

1.2 Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal

Todos os ramos do direito têm princípios e regras próprias sendo que na seara do processo penal o princípio da presunção de inocência é princípio basilar, fundamental essencial a aplicação do direito processual penal. Para alguns doutrinadores seria o princípio da presunção de reitor do processo penal brasileiro encontrando seu desdobramento dentro do processo penal em três aspectos, que segundo o grande doutrinador Fernando Capez (CAPEZ, 2007) são primeiramente à inversão do ônus da prova no momento da instrução probatória garantindo a presunção de não culpabilidade, sendo dever do Estado provar a autoria e a materialidade do ilícito imputado, o réu não tem dever de provar sua inocência, nem comprovar sua culpa.

Seguindo ainda o que fala CAPEZ (2007) em um segundo momento se faz necessário num momento de dúvida valorar a prova a favor do acusado. E o no terceiro fator concerne da necessidade da prisão processual, possibilidade está

apenas de forma cautelar preenchendo requisitos próprios definidos em lei, considerando o indivíduo não culpado até o transcurso de sentença final.

Na possibilidade da privação cautelar segundo os ensinamentos do ministro Celso de Melo somente será decretada em situações de absoluta necessidade, excepcionalmente em casos extremos pois à liberdade é regra em nosso sistema jurídico. Segundo o ínclito julgador o princípio da presunção de inocência é tido como regra de tratamento que impede o detentor do poder de punir que é o poder público de agir, em relação a acusados, réus, como se já fossem condenados antecipando sua pena.

A presunção de inocência como princípio basilar do Código de Processo Penal e do Estado Democrático de Direito, impõe que somente pode se levar a prisão acusados com sua condenação transitado em julgado ou em situações descritas no artigo 283 do Código de Processo Penal, que é o causador de toda controvérsia da decisão do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça que concedeu interpretação contrária ao texto infraconstitucional, sobretudo à norma regra constitucional da presunção de inocência descrita no artigo 5º inciso LVII, dispõe o artigo 283 que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada da autoridade judicial competente, em decorrência de sentença transitada em julgado ou no curso da investigação ou processo em virtude de prisão temporária ou preventiva. (BRASIL, 1941)

O princípio da presunção de inocência restringe a possibilidade de antecipação de resultados de uma possível condenação, a prisão cautelar não fere a efetividade deste princípio de caráter excepcional. Modalidades de prisão estabelecidas no tocante a prisão em flagrante está descrita nos artigos 301 até o artigo 310 do Código de Processo Penal, descrevendo as situações de flagrância em que se pode prender o indivíduo para segundo Rogério Greco Filho existe duas justificativas para a prisão em flagrante que seria a reação social logo após a prática da infração, e a imediata obtenção das provas (GRECO FILHO, 2012, p. 278), esta modalidade de prisão não fere à presunção de inocência. Pois qualquer pessoa deve prender o criminoso que estiver praticando crime ou ato criminoso, a prisão decorrente de flagrante delito deve obedecer às prescrições dos postulados constitucionais que

preconizam os direitos do preso artigo 5º incisos LXII, LXVI, e os demais artigos do Código Processo Penal que condiciona a prisão aos requisitos legais senão a prisão se tornará ilegal e de imediato o preso deve ser colocado em liberdade.

Na prisão preventiva prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal é aquela que se dá em situações da necessidade do recolhimento do indivíduo em estabelecimento penal quando a conduta do mesmo preencher o que dispõe nos artigos 312 e 313 do CPP, sendo que para garantir a ordem pública, a ordem econômica ou por conveniência da instrução penal, e para assegurar a aplicação da lei penal, são situações em que o juiz em ordem emanada de fundamentação pode mandar prender de forma cautelar o agente.

Outra forma de prisão prevista no artigo 283 do CPP é a prisão temporária que se preconiza nas hipóteses do artigo 1º da lei nº 7.960 que objetiva possível investigação para colhimento de provas, com prazo de 05(cinco) dias prorrogável pelo mesmo prazo, em caso de extrema necessidade, 2º da lei 7.960/89 podendo no caso de crimes hediondos chegar ao máximo de 30 (trinta) dias artigo 2º da lei 8.072/90, sendo prisão cautelar cabível exclusivamente na fase do inquérito policial ou na investigação preliminar.

Pois bem, as prisões de cunho cautelar não se chocam com o princípio da presunção de inocência, de certo a própria Constituição Federal aceita a prisão cautelar em suas modalidades flagrante, preventiva e temporária, desde que o julgador fundamente a prisão na tutela cautelar de acordo com o preenchimento dos requisitos legais.

As prisões de forma cautelar ou de caráter provisório não ferem a presunção de inocência por integrarem serem positivadas no ordenamento jurídico, mas de toda forma geram discussão acerca de não possuírem uma decisão definitiva, ou seja, um trânsito em julgado de sentença condenatória.

O trânsito em julgado de uma sentença condenatória é se refere à uma decisão de sentença ou acórdão que não se pode mais de nenhuma forma recorrer, pois já se passou por todos os recursos que a lei permite ou então teve o prazo recursal

esgotado. Esta decisão é de grande importância para todos os ramos do direito principalmente o direito penal, pois condiciona o processo penal a segurança jurídica da coisa julgada seja para o réu ou para a vítima e para sociedade. Essa segurança é garantida pela Constituição Federal no que diz respeito a presunção de não culpabilidade, que somente após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória que se pode imputar pena ao culpado com força da expressão culpado, gerada com uma sentença final imutável e incontestável depois é claro de todos os possíveis recursos.

1.3 Os Recursos Destinados Aos Tribunais Superiores Seus Efeitos e a Aplicação Do Princípio Da Presunção De Inocência

Outra vertente do princípio da presunção da inocência no processo penal se dá quando a interposição dos recursos nas instâncias superiores, que são eles o Recurso Especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal de Justiça dos quais geram controvérsias a respeito dos efeitos gerados.

O Recurso Especial tem como função efetivar a aplicação das leis infraconstitucionais, o Recurso Extraordinário visa garantir que a lei Constitucional esteja no topo do ordenamento jurídico com status de norma suprema.

A função destes recursos não é o reexame das provas produzidas, mas tutelar que o direito seja aplicado segundo a uniformidade com as leis infraconstitucionais e a Constituição Federal. Neste ponto os recursos dirigidos aos tribunais superiores ocasionam um possível triplo ou quarto grau de jurisdição, pois não existe reexame de matéria de fato, mas um possível ataque à Constituição Federal e as leis Federais.

Mas é claro se existe um recurso pode ser que o réu se beneficie com o direito de recorrer às instâncias superiores, podendo ser declarado inocente na sentença final, interpondo o recurso o acusado exerce seu direito de defesa, que deve ser respeitado antes, durante e depois da instauração do inquérito e durante o processo. Os efeitos gerados com interposição destes recursos seria apenas o efeito

devolutivo conforme ao que dispõe o artigo 637 do Código de Processo Penal, estabelecendo assim a possibilidade do acusado ser submetido aos efeitos da condenação.

Com o julgamento do HC 84.078/MG se estabeleceu que ambos os recursos tem efeito suspensivo obedecendo ao preceito constitucional da presunção de inocência, ligado ao que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal que prevê que somente haverá prisão na modalidade cautelar flagrante e por sentença transitado em julgado. Com a inovação na inclusão do efeito suspensivo ao Recurso Especial e ao Recurso Extraordinário foi resguardado os ditames constitucionais do princípio da presunção de inocência na efetividade do estado de inocência dos acusados que interpõe recurso perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

De acordo com entendimento do ministro Celso de Melo (BRASIL, 2016), consolidado no seu voto a favor do deferimento da liminar da Ação Direta Constitucionalidade 43 e a 44 usou de fundamento de que a natureza do recurso não pode ser substrato necessário para antecipação do cumprimento da pena, pois mesmo os recursos tenham grau de excepcionalidade.

Nesse sentido os recursos nas esferas superiores têm como objetivo tutelar o direito federal e a Constituição Federal, visando uma uniformidade entre a lei federal e a Constituição Federal, não expressando o duplo grau de jurisdição. Porém podemos dizer que não são raros os casos em que o réu possa ter sua pena reduzida ou substituída por uma pena restritiva de direitos, ou por regime mais brando, até mesmo uma possível absolvição quando fundada em razões que se substanciam em uma possível ofensa as leis federais ou a Constituição Federal.

CAPÍTULO 2 DA EXECUÇÃO ATENCIPADA DA PENA

O presente capítulo tem por objetivo principal apresentar o questionamento quanto o início da execução antecipada da pena como um instrumento de efetivação da Justiça.

2.1 O Início da Execução Antecipada da Pena como Instrumento de Efetividade da Justiça

O Poder Judiciário no Brasil, apresenta a triste realidade de ser um símbolo de lentidão na prestação jurisdicional, que para alguns autores a execução antecipada da pena seria uma possibilidade de dar celeridade ao processo.

Alguns autores têm posicionamento no tocante que o réu no processo, que recorre em interposição de recursos especial e extraordinário em liberdade poderia ser considerado um excesso de aplicação do princípio da presunção de inocência. Neste sentido seria um possível risco a efetividade da justiça, sendo que recurso especial e recurso extraordinário pode levar anos para serem julgados.

O principal argumento dos que se posicionam a favor da antecipação da execução da pena seria o risco da impunidade pela não efetividade da justiça, gerando como incidente a possibilidade do advento da prescrição.

De acordo com o art. 112 e incisos do Código Penal a prescrição na modalidade executória se inicia quando ocorre o trânsito em julgado da sentença condenatória para acusação, e se interrompe com o início da execução da pena.

Portanto aqueles que são a favor da execução provisória da pena acreditam que este seria um meio de se dar efetividade ao poder punitivo do Estado que está com enorme descrédito pela sociedade.

Na visão dos doutrinadores que são contrários à pena antecipada, não creem que este seria o caminho, sendo que não se pode passar por cima de direitos e garantias fundamentais inerentes a todos cidadãos, para camuflar a lentidão do judiciário e a

ineficiência do processo ensejando uma ofensa ainda maior. Apenando alguém, mesmo que de forma provisória lhe retirando a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença definitiva.

Conforme o entendimento do renomado jurista Damásio de Jesus a prescrição é um castigo empregado ao Estado por não exercer seu poder punitivo em tempo hábil, e assim também não pode o Estado suprir sua negligência infringindo normas fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

2.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Cumprida esta fase do referido trabalho analisar a decisão majoritária dos ministros do STF, no qual tornou possível previamente a execução da pena de condenados que forem julgados em segunda instância, não permitindo aos mesmos recorrerem em liberdade, o que contradiz entendimento já estabelecido pelo julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, desta mesma corte. Nos seus respectivos votos sedimentados no julgamento do Habeas Corpus (HC)126292, e do indeferimento das liminares das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC's) 43 e 44 pleiteadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, e pelo Partido Nacional Ecológico asseveraram a maioria dos ministros pela possibilidade do início da execução da pena a fim de assegurar a aplicação da justiça no Brasil com placar de 06 votos a 05, placar apertado demonstrando a constante instabilidade da corte suprema .

2.2.1 Breve Análise dos argumentos Empenhados no Habeas Corpus nº 84.078/MG

Em uma breve análise das decisões em destaque, verifica-se que até o ano de 2009 e desde que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, era possível e a antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva. Este entendimento era pacificado pelo judiciário brasileiro, que na existência de uma sentença de segundo grau que condenasse o réu já poderia ser levado ao estabelecimento penal mesmo na constância de uma interposição de recurso às instâncias superiores. O que ocorre é que esse posicionamento passou a não mais ser aceito pelo Supremo Tribunal Federal com o

juízo do Habeas Corpus Nº84.078-7/MG que foi um marco do sistema jurídico brasileiro por estabelecer que o réu não pode perder sua condição de não culpabilidade frente a um processo sem uma condenação não transitada em julgado. O paciente que impetrou este Habeas Corpus foi condenado pelo crime de tentativa de homicídio duplamente qualificado artigo 121, §2º, inciso IV do Código Penal, condenado perante o TJ/MG da Comarca de Passos-MG a três (03) anos e seis (06) meses de reclusão. Após a condenação em primeira instância o Ministério Público entrou com recurso de apelação perante o tribunal de justiça de Minas Gerais que corrigiu a pena do agente fixando a pena em sete (07) anos e seis (06) meses de prisão com regime inicialmente fechado.

O Ministério Público requereu que fosse decretada a prisão do acusado antes que o Recurso Especial destinado ao Superior Tribunal de Justiça fosse julgado, fundamentando na hipótese de que o recorrente estaria com a vontade de se furtar à aplicação da justiça. Nisto o tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu as ponderações do membro do Ministério Público e decretou a prisão do acusado.

Na eminente possibilidade de prisão que o recorrente estaria, resolveu a sua defesa recorrer ao Supremo Tribunal Federal, mesmo sem esperar o julgamento do Recurso Especial que tramitava no Superior Tribunal de Justiça.

A defesa do acusado impetrou perante o Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus para impedir a possível coação ilegal à sua liberdade, requerendo ainda que a norma prescrita no artigo 637 do Código de Processo Penal, que prevê que o Recurso Extraordinário não tem efeito suspensivo e assim não suspenderia a execução da sentença já adquirida nos tribunais inferiores não fosse aplicado e que aplicado a norma princípio da presunção de inocência. O remédio constitucional do Habeas Corpus foi julgado procedente com sete (07) votos à quatro (4) pelo pleno do Supremo Tribunal Federal que colocou o acusado em liberdade preservando o Estado de inocência do mesmo, modificando o entendimento até então respeitado pela Suprema Corte brasileira.

No ano de 2009 em decisão do pleno do STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, por sete votos a quatro, decidiu pelo deferimento elucidando que os

princípios constitucionais da presunção de inocência, e da dignidade humana e a ampla defesa tem caráter de cláusula pétrea mudando o até então entendimento que possibilitava a execução da pena, logo após a sentença de segundo grau.

O ministro Eros Grau exercia a função de relator do Habeas Corpus 84.078/MG, cuja ementa trazia forte apelo pela aplicação dos dispositivos constitucionais, que garantem a liberdade e as garantias fundamentais que nas palavras do relator (Brasil, 2010), expressam que: ‘Nas democracias mesmos os criminosos são sujeitos de direitos’ sendo que somente é possível apurar plenamente a singularidade da infração penal cometida, após o trânsito em julgado e a condenação final de cada qual. Como pode a Suprema Corte mudar de posicionamento acerca de um assunto tão restrito como este, no ano de 2009 a decisão contempla literalmente o texto constitucional como podemos vislumbrar na ementa.

O ministro Eros Grau (BRASIL, 2010) também ponderou que o Supremo Tribunal Federal não pode sucumbir ao desejo das massas e da mídia, a qual tem ânsia de punição sempre que se noticia algum crime específico e que choca a sociedade, ensejando o sacrifício de uma garantia constitucional em prol da ânsia popular.

O ministro também ressaltou em seu voto que o artigo 164 da lei de execuções penais, lei 7.910 de 1984, deve ser aplicado isonomicamente com a aplicação de sanções que versem sobre a pena privativa de liberdade, por dispor o artigo que somente com a certidão de trânsito em julgado de sentença condenatória que valerá como título executivo judicial de pena restritiva de direitos.

A presunção de inocência é usada para obstar a aplicação da pena restritiva de direitos que não tenha uma sentença definitiva e no mesmo sentido deve ser usada para sobrepor a aplicação da pena privativa de liberdade para aqueles que não tem sentença transitada em julgado.

Conclui se que o ministro relator Eros Graus pediu que os ministros votassem naquele julgamento com a coerência necessária a ser observar a aplicação da presunção de inocência como garantia constitucional. Ministro Eros Grau no voto

proferido no julgamento do HC 84.078/MG:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITOS SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em Segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada. (BRASIL, 2010)

Sem um parâmetro para às decisões atinentes a possibilidade da execução penal provisória, o STF firmou entendimento no HC nº 84.078/MG, vedando a possibilidade da execução provisória da pena, em observância ao princípio da presunção da inocência, conferindo de modo indireto, efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, já que inviável a execução da pena sem o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento do HC 84.078/MG

Ementa: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE 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". [...] 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 ordinária. 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 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. (BRASIL, 2010)

Neste sentido o Ministro Meneses Direito (BRASIL, 2010) em divergência com o relator, em diversos argumentos, mas os mais expressivos deles reside na ideia que os recursos para os tribunais superiores não operam efeitos suspensivos, e o STF não pode atribuir este tipo de efeito ao Recurso Especial e extraordinário, sendo que

o artigo 637 do Código de Processo Penal veda estes efeitos. Portanto, o ministro expressou em seu voto a ideia de que o respeito ao preceito constitucional. O raciocínio do ministro é contraditório pois Zanoide de Moraes

Quando o juiz decide buscar tal eficiência, reduzindo as garantias constitucionais – no caso, a presunção de inocência – deixa de apontar as falhas do Legislativo e do Executivo em cumprirem seu “dever estatal de proteção” e seu dever de “organização e procedimento” para a efetivação dos direitos fundamentais. Por outro lado, também erra perante o sistema processual pois, ao invés de apontar suas falhas e os impositivos constitucionais que impõem a sua mudança, preferem um Código de Processo Penal desatualizado, ineficiente, despreparado para as necessidades do mundo atual e, principalmente, desconforme à presunção de inocência e a vários outros preceitos constitucionais. (MORAES, 2010, p.454)

Outro argumento do ministro seria que a prisão antecipada não pode ser considerada com violadora da presunção de inocência, pois se o fosse as prisões no decorrer do processo também são por não estarem conjugadas com o trânsito em julgado da sentença final.

Nisto o ministro Meneses (BRASIL, 2010) se posicionou ao favor da execução da pena de forma provisória com objetivo de tornar o judiciário mais eficiente mais justo.

Por sua vez, o ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2010) defendeu que as decisões prolatas em segundo grau devem ser respeitadas por serem dotadas de inidoneidade, e que se somente o STF fosse dotado de questionamento todas as ações teriam que ser decididas no pleno do Supremo.

Continuando o seu voto o ministro reitera que se todos os sentenciados fossem esperar um trânsito em julgado iria gerar uma infinidade de recursos para obstar a aplicação da justiça e nisso geraria um universo de impunidade.

O ministro fortaleceu o voto do amigo Meneses e reafirmou os argumentos deste, que o princípio da presunção de inocência não tem natureza absoluta ou que os efeitos dos recursos especial e extraordinário não empregam efeito suspensivo e que o artigo 637 da lei de execução penal já prevê a execução provisória de pena.

O Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2010) em seu voto acompanhou o relator e se posicionou contra a execução provisória da pena, argumentando que não há

espaço para uma prisão de natureza de antecipação de pena, pode causar ao acusado abalos irreparáveis, seja ele psíquico ou físico e os emocionais e principalmente os abalos morais perante a sociedade.

Expondo o ministro que se o poder público ache que se tenha necessidade de manter em prisão o acusado sem sentença definitiva, poderá decretar as prisões de cunho cautelar, sem que se coloque o acusado em desrespeito a sua liberdade desde que estejam presentes os requisitos legais do artigo 312 do Código de Processo Penal.

O ministro Gilmar (BRASIL, 2010) se posicionou em seu voto contra a possibilidade de execução antecipada da pena, e acompanhou o voto do relator, argumentando que uma então execução de pena feriria não só a presunção de inocência que é direito inerente ao acusado, mas também a dignidade da pessoa humana que se faz ofendida pelo poder opressivo do Estado em restringir um direito intrínseco do indivíduo.

O ministro também argumentou que o princípio da proporcionalidade que seria ofendido com a execução da pena de forma antecipada, pois segundo ele a presunção de inocência como sendo bem constitucional em sentido subjetivo ao acusado não cede em detrimento de outro bem constitucional de menor valor.

Para a Ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2010) em seu voto não acompanhou o relator e votou pela possibilidade de início da execução penal a partir da sentença condenatória de segunda instância. Um dos argumentos da ministra é que a presunção de inocência se esgota com a sentença de segundo grau, pois ali já se obteve tudo em matéria fática e probatória que na lógica só resta dar efetividade a sentença do tribunal mesmo que de forma provisória.

Desta forma a ministra fez algumas elucidações ao estabelecimento que se cumprirá a pena antecipada no qual deve ser em estabelecimento próprio que da mesma forma que as prisões decorrentes de uma cautelar devem ser separadas daqueles que cumprem pena decorrentes de sentença definitiva.

Para a ministra a antecipação da pena não ofende a presunção de inocência que é respeitada até decisão de segundo grau.

Já o Ministro Marco Aurélio de Melo (BRASIL, 2010) acompanhou a relator em seu voto, e deu entendimento de que a execução antecipada da pena seria uma forma de garantia para uma futura eventual pena ou então uma caução para uma futura condenação em sentença definitiva.

Mas segundo o ministro, em seu principal argumento levantado não há como reverter os efeitos de uma execução antecipada de pena baseada em uma condenação que pode ser revertida, mudada em função dos recursos que ainda são cabíveis, são efeitos irreversíveis;

Em continuidade o Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2010) o ministro destaca em seu voto que a aplicação da pena antes do trânsito em julgado vai contra os ditames constitucionais, o ministro se posicionou contra a execução antecipada da pena pois viola o princípio da presunção de inocência.

Peluso (BRASIL, 2010) em seu voto argumentou que a garantia constitucional da presunção de inocência tem eficácia até a sentença final condenatória, ou seja, somente com o trânsito em julgado é que se pode restringir a liberdade do acusado por condenação irreversível.

O ministro deixou estabelecido a grande injustiça que se tem em dar execução a uma pena de um acusado e depois mais tarde o mesmo é tido como inocente são efeitos tenebrosos para o inocentado.

O Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2010), decano do STF, se posicionou contra a execução antecipada da pena pois seria do ponto de vista da Constituição uma ofensa ao dispositivo nela contido.

O ministro desde o começo de seu voto deixou claro que a antecipação da pena não condiz com a Constituição, em seu argumento principal discorreu que a presunção de inocência não se aplica de forma progressiva não se vai perdendo intensidade

com a produção de provas ou com a sentença de segundo grau.

Essa visão gradualista da presunção de inocência, segundo o ministro não pode ser aceita pois se assim o fosse não seria mais presunção de inocência mais sim presunção de culpa, que se teria a semi certeza da culpa do acusado, o que poderia prever que a sentença final fosse condenatória e nisso iniciar a pena de forma antecipada, o que via contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Portanto demonstra-se que o entendimento acerca da execução provisória da pena, pelo STF teve uma mudança que gerou bastante controvérsias no mundo jurídico e na sociedade de modo geral.

2.3 A Mudança no Cenário jurídico brasileiro com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP.

A mudança de cenário em efeito da decisão do Habeas Corpus, ora analisado ocorreu no dia 17 de fevereiro de 2016, o referido foi impetrado em virtude do indeferimento do pedido de liminar pelo paciente que foi condenado à cinco (05) anos de prisão, em primeira instância pelo crime de roubo artigo 157§2º inciso I e II do Código Penal. A defesa recorreu através do recurso de apelação interposto perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu do recurso negando seu provimento e logo após decretou a prisão do acusado.

A defesa insatisfeita com a decisão, de pronto impetrou o Habeas Corpus nº 313.021/SP ao Superior Tribunal de Justiça que foi indeferido pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça Ministro Francisco Falcão, que expediu o mandado de prisão e decretou seu imediato recolhimento ao estabelecimento penal.

Dessa forma surge o Habeas Corpus nº 126.292/SP motivo de repercussão e mudança de paradigmas na corte suprema, pois em face da ordem de prisão decretada. Neste Habeas Corpus a defesa alegou que ocorreu o constrangimento ilegal, ao se colocar o paciente em segregação de sua liberdade sem nenhuma motivação que fundamenta se uma prisão preventiva, sendo que pela jurisprudência daquela corte seria necessário o reconhecimento do direito do paciente em recorrer

em liberdade.

O impetrante alegou que seria necessário a superação da súmula 691 do Supremo Tribunal Federal que refuta ao não conhecimento de Habeas Corpus que foi indeferido a liminar perante o Superior Tribunal de Justiça, argumentando que não surgiu nem um fato novo dentro do processo que enseja a prisão de caráter cautelar.

No entendimento do ministro relator Teori Zavascki (BRASIL, 2016) em seu voto destacou que uma sentença penal de segundo grau exauri toda a possibilidade de exame de fatos e das provas e nisso se afere todos os aspectos da imputação.

Desta forma foi julgado improcedente o pedido da liminar do Habeas Corpus nº 126.292 com sete (07) votos à quatro (04), acompanharam o voto do relator Teori Zavascki, os ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz fux, Dias Tofolli, Carmen Lucia e Gilmar Mendes (BRASIL, 2016).

Esta decisão acendeu uma intensa discussão em torno de um possível ativismo jurisdicional da Suprema Corte brasileira, que garante entendimentos diferentes à um princípio tão importante como é o princípio da presunção de Inocência que esta esculpido no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal.

Decisão que trouxe ao plenário do STF discussão que reconheceu a possibilidade da execução da pena de condenados em segunda instancia, e deu outro significado ao princípio da presunção de inocência e deu entendimento novo ao artigo 283 do Código de Processo Penal.

O Ministro Teori Zavacki (BRASIL, 2016) seguindo o seu posicionamento antes consolidado no caso do Habeas Corpus HC.126.292/SP, que foi de sua relatoria, afirmou que o princípio da presunção da inocência não impede o início do cumprimento da pena de condenados em segunda instancia. Sendo que o processo penal deve garantir a paz social ligado a sua finalidade de justiça. Segundo o Ministro o julgamento do recurso de apelação encerra o exame de fatos e provas e toda fase de instrução: 'É nisso que se concretiza em seu sentido genuíno, ou seja o duplo grau de jurisdição'. Destacou o ministro que no tribunal de apelação ocorre

uma espécie de preclusão da matéria envolvendo fatos e provas insuscetíveis de reexame pelas instancias extraordinárias, nas quais tramitam. Citou ainda no seu voto alguns exemplos internacionais da aplicação da lei penal e fez menção a Ministra Ellen Gracie que no julgamento do Habeas Corpus 85.886 (DJ28\10\2005): *‘Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da corte suprema’* (BRASIL, 2016).

Destacou o Ministro, que o próprio termo “trânsito em julgado” não traz uma definição a respeito, ou seja, não esclarece o momento exato da ocorrência do trânsito em julgado da sentença pois no momento do julgamento da apelação encerra a fase probatória e nada mais em questão de fatos e provas a de ser cogitado, podendo se dizer que está encerrada esta fase. O STF confere grande acentuada mobilidade para o momento da formação do trânsito em julgado que em determinados casos ficam posto a uma variável expectativa de um fim, posto que com julgamento da apelação perfaz o “duplo grau de jurisdição”.

Portanto para o eminente ministro o princípio da presunção de inocência deve ser consubstanciado até o termino do julgamento da apelação, pois até tal momento pode se haver algo a ser provado de fato ou de direito valendo se do duplo grau de jurisdição, sendo assim é correto para o Ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2016) o início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2016) foi extremamente rígida em seu voto, que na mesma linha do relator entende que o artigo 283 do Código de Processo Penal reflete o artigo 5º da Constituição Federal nos incisos LVII e LXI que dispõe do princípio da presunção da inocência. Para à ministra o texto constitucional não abre margem para interpretações, principalmente no que refere a direitos e garantias individuais, ‘Não posso mi afastar da clareza do texto constitucional’ disse a Ministra. Segundo Rosa Weber, a Constituição Federal estabelece que o princípio da não culpabilidade ou da presunção da inocência está ligado a uma condenação transitada em julgado e não apenas a uma decisão transitória que poderá ser futuramente mudada.

Concluiu a Ministra 'Não vejo como se possa chegar a uma interpretação diversa', e nessas palavras votou contra o início da execução da pena em segunda instancia.

Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2016) seguindo a divergência, no seu voto destacou que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal de Justiça (STF), em seus julgados admitem o efeito suspensivos em seus julgados de Habeas Corpus mas apenas em casos de excepcionalidade, sendo imprescindível o controle sobre estas condenações. Em suas colocações destacou que a Constituição Federal não impede a prisão em segunda instancia após o julgamento do recurso de apelação, em nenhum dos incisos do artigo 5º da Constituição mesmo na redação do inciso LVII o legislador constituinte não teve a intenção de impedir a prisão dos réus em segunda instância.

Segundo o entendimento do Ministro Fux (BRASIL, 2016) existe a necessidade de se dar efetividade a justiça deste país e ressaltou que 'Estamos tão preocupados com a direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal'. De certo o Ministro se posiciona a favor da aplicação da pena antecipada por ser questão de justiça e de dar uma resposta positiva à sociedade de que o Direito Penal está sendo aplicado.

O ministro Dias Tofolli (BRASIL, 2016) acompanhou parcialmente as intenções divergentes dos demais Ministros, no sentido que para ele a execução da pena fica suspensa apenas em casos de pendência de recursos especiais dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça, porem Recurso Extraordinários ficam na vertente da possibilidade do início da execução da pena mesmo pendente de julgamento. O Ministro no seu entendimento sustentou que o Recurso Extraordinário tende a tratar de assuntos de natureza individual sendo mais difícil de obter a repercussão geral que é requisito especial para ser recebido o Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente do Recurso Especial que trata de cenários mais comuns e de possíveis conflitos de entendimento entre tribunais, o que levaria um possível prejuízo ao réu.

Segundo o eminente julgador a Constituição Federal é clara exige a plenitude de certeza, não apenas probabilidade e conjecturas, mas sim a real certeza da culpabilidade do acusado.

O Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2016) deixa claro sua inclinação à antecipação da pena, sendo que para ele o artigo 5º é muito claro quando estabelece que a presunção de inocência permanece até que se tenha transitado em julgado o processo. Nas palavras do Ministro é insuscetível de interpretação contrária ao que dispõe a Constituição Federal, e destacou que é necessária a medida cautelar a que se abriu questão, e que se faz necessário declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Nisto o Ministro votou pelo deferimento da medida liminar e pela declaração de constitucionalidade do artigo 283 da Constituição Federal, seguindo o voto do relator Ministro Marco Aurélio de Melo na sua integralidade.

Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2016) optou por divergir do entendimento do relator, suscitando o entendimento que a execução da pena já em segundo grau não é violadora do princípio da presunção de inocência interessante é a mudança repentina de entendimento do eminente ministro. O ministro deixou claro que países estrangeiros com sistemas muito mais rígidos de aplicação dos preceitos fundamentais aderem ao início do cumprimento de pena já em segunda instância e não veem como violação do princípio que rege o direito penal e o direito processual penal. O ministro ressaltou que o se o caso de abuso na condenação, existem outros meios para impedir a possível coação ou abuso de poder, e citou o Habeas Corpus como um dos meios de sustar a decisão antecipada. É interessante dizer que o ministro destacou que no recurso extraordinário em alguns casos impõe o efeito suspensivo.

Conclui se que o ministro no seu voto deu entender que a execução antecipada não é violadora do princípio da presunção de inocência e que o sistema penal brasileiro não pode se restringir a aceitar um princípio da não culpabilidade de forma progressiva.

Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2016) acompanhou do relator, que segundo Celso de Melo existe uma enorme incompatibilidade entre execução provisória ou antecipada da pena com o réu que de acordo com texto literal da Constituição Federal é presumido inocente até que na decisão final e o trânsito em julgado da sentença se dê por culpado.

Para o eminente ministro José Celso de Melo, a decisão do Supremo Tribunal Federal em estabelecer uma possível decisão não favorável pode retardar o avanço no plano dos direitos fundamentais, que nas palavras do Ministro a reforma do sistema processual é necessária, mas não se pode violar um dos direitos fundamentais.

O ministro no seu voto abriu discussão a respeito que o princípio da presunção da inocência de fato representa uma enorme conquista na luta dos cidadãos em busca da liberdade da opressão do Estado. Expôs também que os principais tratados e convenções entre elas a Declaração dos Direitos do Homem, e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica) no seu artigo 8º §2º demonstram um pensamento democrático que asseguram que o princípio da presunção da inocência é prerrogativa fundamental de todo cidadão seja ele quem for.

Segundo o entendimento do Ministro a definição de que se presume a inocência independe da gravidade do delito, posto que a apuração da inocência vem depois do trânsito em julgado, sem distinção de gravidade do delito ou de seus efeitos. O Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2016), relata que as autoridades judiciárias e os membros do Ministério Público não podem negar a liberdade, pois se estaria restringindo de modo abusivo e arbitrário as prerrogativas já garantidas pelo ordenamento jurídico constitucional.

O ministro acentuou que ao contrário do entendimento do colega Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2016), o princípio da presunção de inocência não se exaure progressivamente nas instancias de graus superiores. Sendo assim e certo dizer que isso pressupõe que mesmo a sentença que condene o acusado em segunda

instancia, mesmo assim existirá em favor daquele que foi condenado um direito fundamental literalmente disposto em nossa Constituição. Para o Ministro lançar o nome do acusado no rol dos culpados fere preceito constitucional e viola precedentes antes estabelecidos pela corte suprema. Para Celso de Melo (BRASIL, 2016) somente em sociedades não democráticas ou autocráticas que desprezam a aplicação conjunta dos direitos fundamentais.

Portanto no seu voto o Eminentíssimo ministro, acompanhou o relator ministro Marco Aurélio, que optou pela interpretação conforme o texto constitucional no artigo 5º inciso, LVII, que estabelece que o artigo 283 do Código de Processo Penal, deve ser respeitado, por ser princípio constitucional expresso em seu texto.

A senhora presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2016), trouxe no seu voto um entendimento linear ao seu posicionamento anterior proferido no ano de 2010 com a mesma divergência do assunto, votando pelo indeferimento das liminares. Acentuou no seu respectivo voto que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas porém não se pode excluir a possibilidade de ter início da execução provisória da pena. Destacou a eminente Presidente, que duas sentenças condenatórias são suficientes para se exaurir a fase de instrução, não sendo causa de arbítrio ou de causa de violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Segundo a Ministra, o princípio da presunção de inocência se contrapõe com a necessidade da preservação do sistema penal e sua confiabilidade, que está abalada pela constante sensação de impunidade sentida pela sociedade. Nas palavras da Presidente da Suprema Corte *‘A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo’* (BRASIL, 2016).

Portanto a posição da Presidente do Supremo Tribunal Federal se junta com aos Ministros que tem entendimento divergente ao relator, sendo assim acredita à Ministra que a execução da pena em caráter antecipado objetiva a efetivação da justiça em seu sentido pleno.

2.4 Síntese dos Principais Argumentos Favoráveis ao Início do Cumprimento da Execução Penal Antecipada

A principal linha argumentativa dos ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux e Teori Zavascki são que a execução da pena privativa de liberdade pode ser imposta aos acusados já julgados em 2ª instância pôr a sentença que julga o recurso de apelação é sucinta e não gera dúvidas da autoria e da materialidade da imputação exaurindo todos a análise de fatos e provas. Firmaram entendimento que recursos extraordinário e especial somente vinculam matéria de cunho normativa de direito e não matéria fática.

De acordo com este argumento pode haver uma certa relativização do princípio da presunção, que na pendência de recursos destinado as esferas superiores são apenas de natureza extraordinária e que estes recursos não influenciam na presunção de não culpabilidade por sinal em todo o procedimento de natureza ordinária o réu esteve sob o manto do estado de inocência, e os recursos de natureza extraordinária não carecem de efeito suspensivo, tornando possível à execução da pena privativa de liberdade.

O ministro Gilmar Mendes deu entendimento a respeito dizendo que

O princípio presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado antes do trânsito em julgado da sentença, mas obriga que o réu seja tratado como inocente durante todo processo. (BRASIL, 2016)

Outro argumento, esse trazido do voto da ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2016) pressupõe que as decisões já determinadas pelas instâncias inferiores de 1º grau e de 2º grau a matéria fática probatória foi intensamente analisada e reanalisada, e que num eventual recurso para instancias superiores são raríssimas alguma mudança nas decisões já estabelecidas no julgamento de provas e fatos, gerando assim uma presunção parcial de culpabilidade tornando possível a execução provisória da pena.

Outra vertente argumentativa apresentada que será base para uma futura discussão dentro deste trabalho, se dá em função da resolução de conflitos entre princípios, os ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso

argumentaram em seus respectivos votos que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e não pode sobrepor a outro princípio em uma possível colisão com o princípio da duração razoável do processo. Os ministros reiteraram que o processo não tem uma duração razoável pelos inúmeros recursos interpostos pela defesa.

Nesta mesma linha de pensamento que garantir a liberdade daquele que já tiveram uma condenação em segundo grau estabelecida é para os ministros defensores da tese da execução provisória da pena motivo de descrédito para o sistema penal brasileiro e desmoraliza a justiça penal perante a sociedade, pois geraria um sentimento de impunidade.

O ministro Roberto Barroso em seu voto expos que a sociedade não pode perder a confiança no poder punitivo do Estado

O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de preservação especial do direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras; sendo elas: aqueles que pensam em cometer algum crime ficaram incrédulos quanto a capacidade punitiva do Estado e de proteção aí indivíduos e seus direitos tutelados. (BRASIL, 2016)

Outra linha de pensamento que trouxe como argumento apresentado pelo ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2016) condiz na questão de um possível conflito entre princípios na medida que para ele, não existiria um princípio absoluto ou uma supremacia entre um princípio em face de outros. Neste entendimento o princípio da presunção de inocência colidia de forma a um embate frontal com o princípio da efetividade da justiça juntamente com o princípio da duração razoável do processo.

Os ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Gilmar Mendes se colocaram a favor da antecipação principalmente com o argumento de que a defesa dos acusados que já foram condenados em segunda instância na maioria das vezes interpõe recursos de natureza protelatória.

Na mesma vertente foi usado de justificativa pela ministra Elen Gracie (BRASIL, 2016) em seu voto que o então prejuízo causado pela antecipação da pena seria suportado pela efetivação da justiça em seu todo principalmente pela volta da

aprovação da sociedade por uma resposta do poder público ao sentimento de impunidade provocado pela demora na satisfação da justiça.

Essa é apenas uma síntese dos principais argumentos usados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que concordam com antecipação da execução pena como forma de efetivação da justiça, e discordam da tese de afrontamento à Constituição Federal e ao princípio da presunção da inocência, pelo entendimento da não existência de um princípio absoluto.

2.5 Uma Síntese dos Argumentos que discordam da Antecipação da Execução da Pena.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal que tem entendimento contrário ao entendimento consolidado no Habeas Corpus 126.292/SP ou seja aqueles que não concordam com antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória seguiram quase uma mesma linha de raciocínio.

O primeiro argumento seria que o texto da Constituição Federal é literal exposto de forma a não gerar interpretações, que não empregam as conotações expressa Constituição. Os ministros que empregaram em seu voto esta linha de pensamento foram ministra Rosa Weber, ministro Marco Aurélio de Melo, ministro Ricardo Lewandowski, e o decano Celso de Melo (BRASIL, 2016), os mesmos expuseram que o texto constitucional é incisivo e suas normas são atreladas a clareza de uma regra que não abre margem para segundas interpretações.

O ministro Marco Aurélio de Melo frisou em seu voto que antecipação da execução da pena geraria um prejuízo imenso a parte, segundo ele o acusado que é levado ao ambiente de um estabelecimento penal depois com trânsito em julgado de uma sentença que o absolve trará a ele um eterno dano que o Estado não conseguirá reverter-lo.

O dano sofrido pelo acusado que se torna inocente depois de uma sentença absolutória é de uma dimensão gigantesca tanto na dimensão social com a discriminação do ex detento quanto na busca ao emprego ou no descrédito perante

a sociedade de ser taxado como se condenado fosse.

Outro argumento suscetível a análise, tem fundamento de que não pode se justificar uma antecipação da execução da pena em sua aplicabilidade em outros países, principalmente que o Brasil é signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos e de muitos outros tratados de natureza internacional que dispõe sobre o estado de inocência e sua prevalência durante todo processo penal até seu fim com o trânsito e julgado da sentença condenatória. Este argumento foi defendido principalmente pelo ministro Celso de Melo.

Outra linha argumentativa defendida e esta que será abordada com mais ênfase em nosso trabalho, se dá na aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy (2015) que na discussão acerca da aplicabilidade do princípio da presunção da inocência ganhou uma dimensão significativa.

Foi tratado pelo ministro Barroso como se fosse princípio e não uma regra, abrindo espaço para ponderação aferindo assim o peso do princípio da presunção de inocência em contrapartida com princípio da proporcionalidade e da efetivação da justiça que segundo o ministro Barroso teria maior peso. Mas o que não conseguiram explicar foi como ponderar um conflito entre um princípio e uma regra que seria a da presunção de inocência não passível de colisão com princípios de acordo Robert Alexy (2015) e sua teoria dos direitos fundamentais.

Os argumentos mencionados aqui foram aplicados pelos ministros do STF em seus votos contrários ao arbítrio do início da execução da execução penal baseada apenas em uma decisão de segunda instância.

Portanto se faz necessário fazer uma breve análise desta decisão a luz da teoria dos princípios de Robert Alexy (2015) trazendo uma referência do que seria a presunção de inocência, um princípio como a maioria dos doutrinadores o tratam, mandamento nuclear abrangente que pode ser ponderado em função de outro princípio, ou senão uma regra constitucional que por conta de sua hierarquia não pode ser invalidada.

2.6 As Ações Declaratórias De Constitucionalidade Nº 43 e Nº 44

Nestas ações foram propostas em 19 de maio e 2016, pelo Partido Ecológico Nacional, e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na data de 05 de agosto do mesmo ano, ambas com o objetivo de buscar a constitucionalidade do texto infraconstitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal, que é ligado uterinamente com a presunção de inocência descrito no artigo 5º inciso LVII da magna carta.

Por vitória apertada de 06 votos à 05 os ministros defensores do início da execução da pena já em segunda instancia mantiveram o entendimento consolidado do Habeas Corpus nº126.292/SP e indeferiram as liminares contidas nas ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44.

O relator naquela época era o ministro Marco Aurélio de Melo que deu entendimento alinhado no sentido da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, fundamentando na clareza do texto constitucional.

No concerne a ação declaratória de constitucionalidade nº 43 (BRASIL, 2016) apresentada pelo partido político com representação no congresso nacional, Partido Ecológico Nacional, fundamentou o pedido de declaração de constitucionalidade e a expedição de liminar na necessidade de que o Supremo Tribunal Federal reveja a sua decisão em dar início a execução penal sem que se tenha um trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Sustentou o Partido Ecológico Nacional que a norma trazida pelo artigo 283 do Código de Processo Penal veda a prisão ou início de cumprimento de uma pena que não tem sentença finda, argumenta ainda que conforme os dispositivos legais que indicam as possibilidades e medidas cautelares diferentes da prisão podem se adequar, substituindo o encarceramento antecipado.

O PEN (Partido Ecológico Nacional) pediu de forma cautelar que todos aqueles que depois da mudança no cenário penal que tiveram sua liberdade restringida sem uma condenação transitada em julgado sejam postos em liberdade, por ser o artigo 283 do CPP não se adéqua ao novo entendimento, no qual para ser inserido como parâmetro para execução penal deveria ser o artigo 283 do CPP declarado inconstitucional.

Portanto o Partido Ecológico Nacional pugnou pela declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código Processo Penal, objetivando que os efeitos da declaração, sejam que não fossem mais decretadas prisões de caráter antecipado e que aqueles que já estariam cumprindo a pena de forma antecipada sem que fosse as de fins cautelar sejam postos em liberdade, no ordenamento jurídico não prescreve esta modalidade de prisão “antecipada.”

A ação declaratória de constitucionalidade nº 44 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e sustentava que o artigo 283 do CPP não estaria sendo interpretado conforme o que preceitua a Constituição Federal e assim requereu na ação que o referente artigo da mesma forma que ação de nº43 fosse declarado sua constitucionalidade com efeito vinculante de todas as execuções provisórias que já se iniciaram e que poderiam iniciar sem uma condenação transitada em julgado.

A tese erguida pelo Conselho Federal da OAB diferentemente da estabelecida pelo Partido Ecológico Nacional, que era que o a norma constitucional deve ser tratada de acordo com direito internacional em que o Brasil tenha relação e seja signatário citando o exemplo o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o acusado não poderia ser preso senão em virtude de previsões constitucionais, já o argumento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi o que a norma penal do artigo 283 do CPP, é validada pela Constituição Federal, sendo que o artigo 5º inciso LVII é o que respalda a norma penal, pois a presunção de inocência só é retirada com o trânsito em julgado de uma sentença.

No que referente à divergência entre os votos dos íclitos ministros da Suprema Corte vale destacar alguns pontos relevantes, na visão do relator ministro Marco Aurélio de Melo deixou claro que na interpretação do artigo 5º inciso LVII não abre para controvérsias, e que os únicos casos em que se poderia colocar o acusado sem um a sentença final enclausurada seria os descritos no artigo 312 do referido CPP, e através de um pedido de prisão temporária todas de caráter meramente cautelar ou quando preso em flagrante delito.

Ressaltou ainda o relator que é grande o número de casos que são levados a análise recursal ao Superior Tribunal de Justiça e tem grande ênfase para a defesa absolvendo ou reduzindo a pena aplicada pelas outras instancias.

Voto que reiterou divergente ao relator da ADC 43, foi do ministro Edson Fachin (BRASIL, 2016), votou pelo indeferimento da medida liminar, e destacou que o artigo 283 do CPP pode ser interpretado conforme a Constituição, sendo quando esgotadas as instancias de segundo grau e for o caso de interposição de recurso e se dele extrair fundamentação para um efeito suspensivo daí sim será afastada a possibilidade de execução provisória da pena.

O ministro destacou que não há justificativa para que o réu inconformado com uma decisão já imposta, revise-la três, quatro vezes, o que não condiz com o papel uniformizador que coaduna com o Superior Tribunal de Justiça em se tratando de preceitos infraconstitucionais, e ao Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Em parcial entendimento com relator o ministro Dias Tofoli (BRASIL, 2016) acolheu e seu entendimento que a pena ficará suspensa apenas com o recurso especial interposto perante ao Superior Tribunal de Justiça, mas nunca em sede de recurso extraordinário destinado ao Supremo Tribunal Federal.

Fundamentou seu voto com respaldo na necessidade de se haver a necessidade insuperável de se demonstrar o requisito de repercussão geral que ao se tratar de matéria de natureza individual não preveria este requisito, já o recurso especial não há essa necessidade, que ao contrário do recurso extraordinário pode se tratar de situações comuns de decisões de tribunais que podem ser conflituosas.

A ministra Carmem Lúcia trouxe como argumento em seu voto que um réu que já haveria confessado um crime, estaria na espera de um cumprimento da pena na primeira instancia e numa possível segunda instância, ai sim nas palavras da ministra do Supremo seria uma injustiça, num rebate ao argumento que um erro do judiciário poderia causar uma injustiça se fosse aceito a execução provisória da pena.

Interessante realizar uma breve análise do argumento usado pelo ministro Luiz Fux, que seguiu a divergência, votando pelo indeferimento das liminares pretendidas com as ADC,s 43 e 44, com um dos seus argumentos sedimentos na ideia que segundo ele: “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade que tem prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal.” (BRASIL, 2016)

O ministro ressaltou ainda que o legislador constituinte na hora da elaboração da Carta Magna se tivesse a vontade de vedar a execução da pena em julgados de segunda instancia o teria expressamente incluído no mesmo artigo que prescreve a presunção de inocência artigo 5º inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com a breve exposição de alguns dos argumentos mais importantes que integraram o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº44 sobre a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, verificou se que os ministros em sua maioria não deram importância à ligação umbilical entre o que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal e ao ditame constitucional da não culpabilidade descrito na norma constitucional do artigo 5º inciso LVII.

Possíveis consequências vão comprometer o direito penal e a segurança jurídica, principalmente referente aos direitos fundamentais descritos no texto constitucional e garantidos pelo então Supremo Tribunal Federal.

Portanto se faz necessário a essa discussão estabelecer o que foi de argumento contrário e a favor do início da execução da pena sem que haja um trânsito em julgado da sentença condenatória, analisando os votos dos ministros fazendo um parâmetro com a teoria dos princípios de Robert Alexy (2015).

CAPÍTULO 3- DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA SEGUNDO A TEORIA DE ROBERT ALEXY

3.1 Diferenciações de normas e princípios segundo Robert Alexy

No decorrer do estudo jurídico ouvimos falar o que são normas, mas não nos damos conta o quanto é importante, a distinção entre normas e princípios, ou seja essa diferenciação seria “solução para a problemática central dos direitos fundamentais” segundo Robert Alexy (2015), sendo que as principais normas a respeito de direitos fundamentais são tidas como normas princípios e por isso são tratadas com mais generalidade e abstração.

A principal diferença está na aplicabilidade, por ser as regras aplicadas de imediato na solução de um dilema, já os princípios em um aspecto contrário são usados para orientação que em um determinado caso baseiam em dois ou mais situações que preponderam uma razão de outro. Robert Alexy (2015) cita ainda que é o alto grau de generalidade dos princípios que são mandamentos de otimização enquanto as regras são determinações literais.

O que se torna necessário para o nosso trabalho é a distinção entre regras e princípios no seu ponto central, sobre os princípios e regras se faz que os princípios, não empregam o juízo “do tudo ou nada” e são aplicadas na medida da sua possibilidade em conjunto com aspectos matérias, tornando as regras validas importando em uma satisfação de forma integral ou não.

Já os princípios são aplicados no direito brasileiro sempre atrelado ao critério de proporcionalidade importando em uma ponderação com possíveis outros princípios colidentes norteadores do direito.

O autor Ronald Dworkin (2007) os princípios se resumem em “Proposições que descrevem direitos”, segundo ele os princípios não ostentam um caráter terminante, ou seja, incontestável, sentido este que as regras ostentam, sendo as regras consideradas verdadeiros axiomas sendo que sua validação não depende demonstração fática apenas de sua mera afirmação. Regras são válidas ou não

empregam validade e nisso não são aceitas e são consideradas invalidadas em todas as situações de sua aplicabilidade, já os princípios podem em cada caso serem usados ou não, sem ter sua aplicabilidade de forma obrigatória em todas as situações e nisso não são invalidados pelo sua não aplicabilidade

Na formula de diferenciação defendida por Ronald Dworkin (2007) entre princípios e regras, as regras dispõem de orientação do que seja juridicamente possível pelo critério do tudo ou nada, o tudo seria a validade da regra e o nada aquilo que a regra não determina em sua aplicação.

Nisto para Alexy (2015) não há possibilidade de uma regra ser em alguns casos regra e ser princípio em outros casos, por isso não pode o julgador escolher os casos a ser aplicado à presunção de inocência como princípio e em outros como regra de caráter absoluto importando em uma duplicidade de sentido.

Em uma lógica distinção entre as regras e princípios, também dentro da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2015), determina que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo eles mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, e a satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Portanto de acordo com Alexy (2015) os princípios são dependentes de certas precedências, por motivos de princípios colidentes ou de regras imperativas que no caso concreto os princípios podem não ser satisfeitos.

No que se refere as regras o autor relata no seu entendimento que *regras* exigem a satisfação imediata ou a invalidação com a não satisfação, por ser as regras acumularem em seu contexto determinações do que seja juridicamente possível em um cenário fático.

A aplicabilidade dos princípios e das regras sequeem critérios diferentes, os princípios como não ordenam mandamentos definitivos, mas abstratamente sendo

generalizáveis empregam aplicabilidade pelo instrumento da ponderação mensurando as possibilidades da aplicação em um conteúdo fático e jurídico em que um princípio deverá ceder em prevalência do outro.

Já as regras, segundo o pensador Robert Alexy (2015) tem sua aplicabilidade baseada na subsunção, ou seja, à possível colisão de regras é solucionada através da hierarquia, onde uma determinada regra inferior será afastada a fim de ser superado o embate, pois duas regras de sentido contrário não podem valer no mesmo ordenamento jurídico.

De fato, as regras quando colidentes este conflito é superado através da subjunção e os princípios através da ponderação, mas é preciso saber o que se faz quando há uma colisão de regras constitucionais e princípios constitucionais de um mesmo ordenamento jurídico. É a partir da teoria estabelecida por Robert Alexy (2015) que se tem a resposta a esta pergunta que tem pertinência de grau supremo neste trabalho.

Segundo o autor a Constituição Federal é formada por normas constitucionais e as normas são integradas por princípios e regras, nisto Robert Alexy (2015) sustenta que a regra constitucional tem grau de superioridade em face dos princípios constitucionais, explicitando como razão a ideia da supremacia do poder constituinte instituidor das normas regras constitucionais que devem ser interpretadas em sua clareza sem atribuição de novo sentido ao texto já positivado.

Na vertente de interpretação dos princípios e regras a última seria espécie de interpretação de entendimento imediato e descrevendo um dever ser, já os princípios como prelecionam os doutrinadores Ronald Dworkin (2007) e Robert Alexy (2015) são mandamentos que determinam um indicativo final sem mencionar como chegar a este fim.

3.2 O Emprego Do Termo Princípio e a Evidente Confusão termológica

O modo errado em que alguns doutrinadores usam a denominação princípio não

condiz com a realidade dos ensinamentos de Robert Alexy (2015), pois até mesmo neste trabalho foi usado erroneamente o termo princípio da presunção da inocência seria a regra constitucional da presunção da inocência, pois de acordo com o que já foi exposto e segundo a teoria de Alexy (2015) a regra descrita no artigo 5º inciso LVII seria uma verdadeira regra constitucional, por expressar um sentido de tudo ou nada ou é ou não é, não sendo passível de ponderação, ou sentido diverso daquilo positivado na norma constitucional.

Em certos casos os aplicadores do direito usam as regras como se fossem princípios, ferindo a efetividade da norma contida em uma regra, distorcendo seu entendimento trazendo malefícios para o ordenamento jurídico, burlando regras qualquer cláusula pétrea não seria pétrea e o que seria intocável, poderia ser alvo de acertos e desacertos de qualquer juiz, afrontando o que foi concretizado pela mais democrática assembleia na qual seja a Assembleia Constituinte de 1988.

Assim seguindo a teoria alexiana, os princípios são tão abrangentes e de grau de generalidade tão grande que tem sua denominação associada a várias normas regras, o que não se pode ser aplicados como princípios, mas como regras.

3.3 A Teoria Alexiana Dos Princípios Como Instrumento De Combate Ao Entendimento Do Supremo Tribunal Federal

A decisão do Supremo Tribunal Federal ao postular entendimento sobre a possibilidade de iniciar uma execução penal sem que exista um trânsito em julgado de uma sentença condenatória gerou uma preocupação em torno das futuras interpretações dos preceitos constitucionais, ora entendidos como princípios ora como regras.

O STF em seu posicionamento majoritário errou ao confundir regras com princípios, pois o que está expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVII, é uma regra. De acordo com a teoria dos princípios de Robert Alexy (2015) dominante no mundo jurídico, uma regra de conteúdo fechado que não traz margem a ponderação.

Uma regra segundo Alexy (2015, p.91) *“Se uma regra vale deve se fazer exatamente*

aquilo que ela exige nem mais nem menos”. A Suprema Corte deste país ao ponderar um princípio como o da efetividade da justiça e da duração razoável do processo em face de uma regra esculpida na constituição, esta relativizando uma regra de direito fundamental que traz toda, toda uma estrutura prescritiva de norma regra segundo a teoria dos princípios de Robert Alexy.

É fato expresso que ao interpretar a Constituição no seu artigo 5º inciso LVII e notório que a presunção de não culpabilidade é uma garantia constitucional e traz consigo uma regra de tratamento que impõe ao poder público que trate o acusado sem sentença transitado em julgado como não culpado, durante todo o tempo que perdurar o processo.

A aplicabilidade da teoria alexiana no combate ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em dar início a execução da pena de acusados condenados em segunda instância, sem que exista uma sentença condenatória transitada em julgado sem faz presente para compreender a inconstitucionalidade da referida decisão.

Vale dizer que a decisão do Supremo Tribunal Federal causou intensa discussão entre os juristas, que por sinal tratam da matéria como regra, e regra não se abre linha argumentativa. Em atendimento à análise já feita pode se dizer que o artigo 283 do Código de Processo Penal descreve claramente os tipos de possibilidades de prisão aceitas no ordenamento, das quais foi possível delimitar a sua aplicabilidade.

Deste modo quando se trata com um defensor da ideia de execução da pena antecipadamente, o mesmo sempre a defenderá com argumento de que a justiça brasileira não está cumprindo com o seu objetivo de ter uma justiça que ofereça uma resposta.

A ideia de celeridade da justiça não pode ser atrelada a possibilidade de burlar o que contem respaldado em uma clausula pétrea de uma regra constitucional da não culpabilidade. Por isso o caminho a seguir não é uma ponderação como que não é ponderável, não é aplicação do princípio da proporcionalidade, não se pode passar

por cima de um direito fundamental adquirido nos tempos com intensos combates a fim de se chegar o que se é hoje com um Estado Democrático de Direito regido por normas princípios que dão embasamento e noções gerais, e regras que impõe um mandamento definitivo, que nesta dicotomia são a sustentação jurídica, desde que interpretadas de forma a não se confundi-las.

A possibilidade de uma “flexibilização” entre o princípio da efetividade da justiça e o que erroneamente é chamando de princípio da presunção de inocência com o argumento de que não existiria um princípio absoluto é algo sem lógica e sem fundamento legal.

Todavia considera-se que ao tenta tampar o buraco com a peneira sendo que para que exista uma justiça que se demonstre efetiva seria necessário um aumento de entre que os membros do judiciário, atributo do próprio poder público, além disso vale destacar que justiça se faz com um certo período seguindo rigorosamente os trâmites da lei processual penal. Quando o juiz dá sentido diverso à uma norma literal seja ela princípio ou regra, tornaria sua ação um ativismo judicial contrário a sua função de aplicador do direito.

Uma flexibilização de um direito fundamental logrado em uma regra, em face de um clamor social, não contextualizada com o Estado Democrático de Direito, segundo o ministro Celso de Melo (BRASIL, 2016): “*A majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se a potestade do Estado.*”

Os ministros do Supremo Tribunal Federal não foram coerentes em seus votos, principalmente em não fundamentar adequadamente sobre a não aplicação do artigo 283 do Código de Processo Penal, como não aplicar uma regra que se faz integrante da presunção de inocência.

Para o doutrinador Cezar Roberto Bintercourt (2014) a Suprema Corte rasgou a Constituição Federal e jogou no lixo e asseverou que um terço dos condenados provavelmente inocentes cumpram pena indevidamente de acordo com as estatísticas dos tribunais superiores.

A relativização da presunção de não culpabilidade para servir de égide ao crédito da efetividade da justiça condiz com a real função da supremacia da Constituição Federal. O que seria ponto de discussão é a expressão contida no voto do ministro Barroso que apregoa que *“O princípio da presunção da inocência sendo um princípio permite que se opere a ponderação com outros princípios”*. (BRASIL, 2016)

A proposta do posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao mencionar a teoria dos princípios na vertente da aplicação do princípio da proporcionalidade para limitar a aplicação da regra da presunção de inocência seria de certo um ativismo judicial, dar atribuição segundo a vontade do aplicador do direito.

É notório que a Suprema Corte estabeleceu em seu posicionamento majoritário um retrocesso de direito, ao determinar a execução antecipada da pena, baseada em uma possível ponderação, como é possível ponderar o imponderável, nessa indagação fica a prioridade deste trabalho, em estabelecer uma distinção de princípios e regras, por ser as regras não ponderáveis por colisão com outras regras de maior peso, somente princípios se ponderam e passam por um sopesamento.

O artigo 5º inciso LVII, DA Carta Magna retrata em sua estrutura um mandamento definitivo, mandamento real, que incide na base do tudo ou nada, da satisfação completa tratando de forma prescritiva de conduta “Ninguém será considerado culpado até que se tenha um trânsito em julgado de sentença penal” (BRASIL, 1988), o texto é claro, e dispõe de regra do estado de inocência, não há possibilidade de relativização de um postulado já estabelecido na Constituição Federal.

Basta identificar os princípios através da teoria alexiana, que verifica se que não é o caso da presunção de inocência, não encaixa no grau de generalidade dos princípios e abstração elevada, e ainda impõe os princípios mandamentos finalísticos que não estabelece os meios a se chegar neste fim, mandamento de otimização, que traz a possibilidade de interpretação face a fatos de cada caso.

Uma garantia já estabelecida pelo legislador constituinte que após forte análise dos

documentos internacionais como por exemplo a Declaração dos Direitos dos Cidadãos inserida na Constituição Federal de 1988, não pode ser simplesmente retirado seu efeito vigorante.

Por mais que os argumentos dos ministros sejam coerentes com o clamor social, e a busca do crédito da justiça, tão desacreditada pelo sentimento da impunidade vivido entre os brasileiros, não pode o guardião da Constituição assumir papel de legislador constituinte e dar interpretação contrária a literalidade dos ditames Constitucionais que segundo a doutrina da teoria dos princípios tão bem esclarecidos pelo autor Robert Alexy (2015) diferenciando regras e princípios, e servindo como uma luva na defesa da não aplicação de uma pena antecipada á acusados que se deveriam ser presumidos inocentes .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar as teses e argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos Habeas Corpus 126.292/SP e HC84.078/MG juntamente com ações declaratórias de constitucionalidade ADC,s 43 e 44, que distorceram o entendimento quanto a possibilidade do início da execução penal de condenados sem um trânsito em julgado da sentença condenatória.

A trajetória da presunção de inocência como garantia fundamental surgiu das lutas contra o absolutismo de Estados autoritários que impuseram sanções que cerceava o direito de defesa dos cidadãos. A presunção de inocência somente veio a adentrar o sistema jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O legislador constituinte manteve expressamente de forma clara no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que o acusado se mantém sobre o manto da não culpabilidade até que se tenha uma sentença final, o que significa que enquanto cabível algum recurso, seja ele qual for o indivíduo não pode ser considerado culpado, até que se esgote todas as possibilidades de mudança da sentença imposta.

Encontra em ligação umbilical com o que o texto constitucional a previsão do artigo 283 do Código de Processo Penal, que dispõe da mesma forma do artigo 5º inciso LVII sobre a aplicação da presunção de inocência dentro do processo penal, que veda a prisão de acusados sem uma sentença penal sem um trânsito em julgado definitivo. O artigo 283 do CPP, sendo legislação infraconstitucional deve estar consonância total com a Carta Magna.

Vale dizer que o ordenamento jurídico brasileiro presumi que existe as prisões de cunho cautelar que são previstas como preventiva e temporária e as decorrentes de uma sentença condenatória definitiva. Sendo que as cautelares podem ser aplicadas para facilitar a investigação ou apenas como fins cautelares disciplinadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal indicando as possibilidades que ensejam a prisão preventiva que pode ser decretada no decorrer da investigação criminal que exige a

ocorrências de um desses requisitos garantia da ordem pública, ou da ordem econômica e a conveniência da instrução criminal, ou seja para que o acusado não atrapalhe a produção de provas, ou então para assegurar a aplicação da lei penal, ou impossibilitar que o acusado fuja.

A prisão em flagrante registra presença entre as modalidades de prisão legais, prevista no Código de Processo Penal nos artigos 301 a 310, no mesmo contexto demonstrou-se que a prisão temporária tem objetivo de recolher o acusado em prisão para que se colha provas no curso da investigação criminal.

Portanto de acordo com demonstrado não existe previsão legal para uma prisão decorrente de uma antecipação de uma execução sem que exista um trânsito em julgado do processo, assim por força da prevalência dos postulados em lei não existe legitimidade para uma antecipação da pena que se baseia apenas em uma condenação de segundo grau.

Diante do que foi abordado neste trabalho a respeito dos efeitos suspensivos dos recursos destinados aos tribunais superiores fica claro que o artigo 637 do Código de Processo Penal vai contra ao texto literal do mesmo Código e contra à Constituição Federal. Pois como foi exposto neste trabalho são muitos os casos em que a sentença decorrida do julgamento de um recurso extraordinário beneficie o réu a ponto de declarar a sua inocência, não estamos falando em rediscutir a matéria probatória nem a matéria fática mas acentuar que a lei preconiza que haverá trânsito em julgado somente depois de esgotados todos os recursos que se pode ser usado pela defesa.

Na análise dos votos dos ministros que tiveram posicionamento vencedor fica claro que os ministros votaram pelo clamor popular, pois a sociedade clama por justiça, o que fora evidenciado no julgamento dos Habeas Corpus nº84.078/MG, Habeas Corpus nº 126.292/SP e nas ADC,s de nº 43 e 44 deixando evidente nos principais argumentos analisados deste trabalho que os ministros que se colocaram a favor da antecipação da pena alienaram seu voto à ideia de que no segundo grau de jurisdição se faz toda análise da matéria de fato, já nos tribunais superiores não estão aptos a realizar revisão de mérito.

Entendem os ministros que se posicionam a favor da antecipação, que já realizado a análise fática e probatória de tudo nas instâncias inferiores pode se iniciar o cumprimento da pena, sendo que esta antecipação não compromete o postulado da presunção de inocência, importando que não existe princípio absoluto, e que o denominado princípio da presunção de inocência poderia ser relativizado em relação aos princípios da efetividade da justiça e da duração razoável do processo, para a busca do crédito da justiça, abalado pela impunidade, pois se daria um retrocesso de direitos e garantias principalmente ao da dignidade da pessoa humana garantia fundamental atrelada ao Estado Democrático de Direito..

Foi demonstrado também os argumentos que não estão de acordo com a antecipação da pena, que de acordo com o entendimento favorável a aplicabilidade da presunção de inocência, a proibição da execução da pena é notória tanto no texto literal da Constituição, e nas regras infraconstitucionais umbilicalmente ligada ao artigo 5º inciso LVII, e o artigo 283 do Código de Processo Penal, ambos proíbem a execução antecipada da pena.

De acordo com o entendimento sedimentado nos votos vencidos os danos causados aos acusados levados a prisão antecipada e depois se veem inocentados com a sentença de recurso interposto é enorme, tanto psíquica, social e moral que são irreparáveis. Para os ministros, não se pode afastar da literalidade da norma constitucional, não existindo margem para novas interpretações diversas daquilo que está prescrito.

A partir da análise de cada voto dos ministros em suas decisões acerca da aplicabilidade do artigo 283 do CPP verificou se que houve uma mudança repentina no entendimento ora consolidados, do ano de 2009 para o ano de 2016, seno que anteriormente era um entendimento consolidado e que abrangia a regra da presunção de inocência em sua aplicação absoluta conforme a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy que define que uma regra deve ser satisfeita em sua integridade.

Mas com o julgamento do HC 126.292/SP gerou o inesperado trazendo novamente o

retrocesso de direitos, com julgamento o pleno do Supremo Tribunal Federal rasgou a Constituição da República interpretando a Carta Magna de acordo com o momento, e não de acordo com o que está estampado na literalidade do texto, como reiterou no voto à ministra Rosa Weber “Não há como dar interpretação contrária a algo tão claro”.

Em que vale mencionar todos os pesados argumentos usados pelos defensores da execução antecipada da pena, não se pode encontrar refúgio abaixo de um preceito constitucional tido como regra que integra o rol de garantias fundamentais.

Como destacou o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil na ação declaratória de constitucionalidade nº 44 que a Constituição Federal valida a norma do artigo 283 do Código de Processo Penal, demonstrando que se deve manter o efeito suspensivo atribuído aos recursos extraordinário e especial determinando enquanto houver recurso pendente não poderá ocorrer a execução da pena.

Não há como sustentar que exista um princípio com forma e estrutura de uma regra descrevendo o comportamento a ser adotado e a sua aplicabilidade atribuindo ainda consequência jurídica da sua aplicação, simplesmente todas as características de uma norma regra, possa ser entendido como um princípio da presunção da inocência e não uma regra constitucional.

Na realização da análise dos votos dos ministros, recorreu se aos ensinamentos do autor Robert Alexy na ótica da teoria dos princípios, amparou este trabalho e o tornou produtivo proporcionando uma lógica baseada em critérios já consolidados de diferenciação de regras e princípios.

Como foi visto anteriormente a teoria dos princípios de Robert Alexy estabelece que mediante interpretação de uma norma constitucional deve ser compreendida de acordo com as fontes normativas, que após interpretação do texto do artigo 5º inciso LVII pode se contemporizar que o ditame é sim uma regra que não pode ser colidente com outro princípio que é o da efetividade da justiça ou da duração razoável do processo, que segundo os ministros adeptos da antecipação da pena, poderia o princípio da presunção da inocência ser superado em uma colisão com os

dois princípios supramencionados.

Todavia podemos dizer que diante de todos os argumentos que fazem menção a possibilidade do cumprimento da execução de forma provisória o intérprete da lei não pode passar por cima da legislação, de efetiva regra, sendo o poder público submetido à legalidade.

É fato que a realidade brasileira de um sistema penal punitivo e eficiente não está convencendo a grande maioria dos brasileiros, mas não seria uma interpretação hermenêutica de um precedente constitucional diverso da sua verdadeira função que devolveria o sentido de um sistema efetivo e justo, no qual preconiza o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana como cerne da justiça.

Ora ao longo deste trabalho ficou não restaram dúvidas de que recorrer a uma execução de pena sem trânsito em julgado, sem que seja amparada por uma cautelar preventiva ou temporária ou então que não seja prisão em flagrante moldada em uma execução antecipada de pena seria retroceder direitos e garantias fundamentais, um ataque direto e certo ao postulado da presunção de inocência.

Não pode o STF basear em um princípio da proporcionalidade, para burlar uma garantia constitucional, sendo que o conteúdo da norma não se presta a interpretações contrária as prescrições.

Resta dizer que a teoria de Robert Alexy define de forma a não se confundir os princípios e regras, eis que os ministros do STF não observaram esta definição e a seus arbítrios denominam regras como se fossem princípios, e com esse entendimento impuseram que seria possível a relativização de princípios que são regras.

Todavia pode se dizer que a presunção de inocência não veicula um mandamento de otimização, mas de forma inequívoca configura um mandamento de tudo ou nada vale ou não vale, prescrevendo um mandamento supremo, inadmitindo questionamento fático que já está juridicamente imposto.

Posto tudo isso defende-se aqui neste presente trabalho que o STF tem status de guardião da Constituição, mas não de seu Dono, que pode mudar a interpretação dos postulados nela contida a hora que bem entender, principalmente no que se refere a garantias fundamentais adquiridas por lutas contra o absolutismo e abuso de poder do Estado.

Por fim podemos dizer que há necessidade de mudanças ou reformas, para que a justiça deste país se torne mais eficaz e que transmita a sociedade a sua eficácia. Mas o caminho para a mudança não pode sacrificar as liberdade e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, logo que o constituinte originário assegurou tais medidas a fim de que somente com uma Emenda à Constituição poderia alterá-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREA, Fernando De. Robert Alexy: introdução crítica. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Teoria discursiva do direito. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza Jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017. s.p.

BITERCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em Dia de Terror Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso 24 out 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. Roteiro instrutivo de uma pesquisa científica. In: Metodologia da pesquisa jurídica. 11ª.ED. São Paulo: Saraiva, 2013. p.271-284.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 91/2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 dez. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 24 out.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43 / DF. Partido Ecológico Nacional – PEN e Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. 1º de setembro de 2016. Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/adc-43-voto-marco-aurelio-prisao-antes.pdf>. Acesso em 17 dez.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44 / DF. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB. Relator: Min. Marco Aurélio. 3º de outubro de 2016. Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em 17 out.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078-7 / MG. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. 28 de fevereiro de 2010. Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 05 out.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 05 out.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5 ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Trad. Hebe Caletti Marengo. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2004.

DWORKIN, Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. A justiça de toga. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cadermatori. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juirs, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. Afinal de contas, o que é um princípio jurídico? Conjur, São Paulo, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013ago-26/processoafinalcontasprincipiojuridico>>. Acesso em 16 ago.2016.

MORAES, Maurício Zanoide De. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 1 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Glória Maria de Pádua. Introdução à metodologia científica: para brasileiros. Curitiba: CRV, 2016.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. 4ª edição, rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Eugeni Pacelli. Curso de Processo Penal. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. [S.l.], 10 dez. 1948. Disponível em: Acesso em: 1 ago. 2017

PACIFICO, Marco Eduardo Souza Andrade. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CCCSS Contribuciones a las Ciencias Sociales. 2017. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/inocencia.html> Acesso em: 10 out. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê?. Conjur. 2016. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>> Acesso em: 10/06/2017.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 13.