

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**CARLISSON CAVALCANTI DE LIMA**

**A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA  
PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

**CARUARU/PE**

**2019**

**CARLISSON CAVALCANTI DE LIMA**

**A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA  
PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado ao Centro Universitário Tabosa  
de Almeida-ASCES/UNITA, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel  
em Direito, sob a orientação da Prof.  
Mestranda Kézia Lyra.

**CARUARU/PE**

**2019**

Dedico postumamente ao meu pai Cícero Francisco de Lima, homem bom que me educou no caminho da retidão, e que pelos intempéries da vida veio a falecer em 06 de outubro de 2019. Eu o amarei eternamente e cada vitória que eu tive será em seu nome. Dedico igualmente a minha mãe, Rozenúvia Cavalcanti Lins de Lima, mulher guerreira que sempre lutou para me ver crescer. Não posso deixar de mencionar meus avós Adeilde Cavalcanti Lins, Maria Natividade Cavalcanti Lins e Manoel Cavalcanti Lins por tudo que fizeram e fazem por mim, e dedico também à minha irmã Rozenúvia Cavalcanti de Lima. E agradeço a minha segunda mãe Kézya Milka Lyra de Oliveira, pessoa pela qual tenho peculiar apreço. E na pessoa de Clodoaldo Batista, Luiz Felipe Barbosa e Paula Rocha dedico aos demais amigos/anjos. Meu muito obrigado a todos(as).

Que Nossa Senhora e Deus me protejam sempre.

## RESUMO

Um dos temas mais emblemáticos nos juristas é a possibilidade de se executar a pena após o julgamento da apelação em segunda instância. O entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos idos de 2016. No entanto, em que pese ser tido pelo Pretório Excelso como constitucional, a referida prática importa grave violação ao princípio da presunção da inocência já que o texto da Lei Maior é muitíssimo claro quando aponta a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para executar-se a pena estabelecida em sede de sentença. E é por decorrência dessa carência por trânsito em julgado, que a norma instrumental penal que não dá efeito suspensivo automático aos recursos nos terrenos extraordinários deve ser interpretado conforme a Constituição Federal de modo que tais recursos atribuam efeito paralisante na execução da condenação até que a decisão ostente o trânsito em julgado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução provisória da pena; Presunção da inocência; Entendimento pretoriano; Ausência de efeito suspensivo dos recursos

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO SINÔNIMO DE DIREITO.....	08
1.1. DA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL PENAL E O INTERESSE RECURSAL.....	10
1.2. DA FASE RECURSAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	11
1.3. DOS EFEITOS ATINENTES AOS RECURSOS POSSÍVEIS.....	12
2. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E SUAS ORIGENS.....	13
2.1. DA INTERNALIZAÇÃO DO REFERIDO POSTULADO NA LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA.....	15
2.2. DAS FACES DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA .....	16
3. DO ENTENDIMENTO PRETORIANO SOBRE A EXISTÊNCIA DE CHOQUE ENTRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA .....	20
3.1. DO ATIVISMO JUDICIAL .....	20
3.2. DO CHOQUE ENTRE A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU.....	21

<b>3.3. DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>23</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>24</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>26</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos temas mais polêmicos que permeiam o seio social e, principalmente, uma parcela de juristas no país diz respeito à possibilidade de executar-se uma sentença penal condenatória antes de ocorrer seu trânsito em julgado, como redacionou o constituinte originário. Ocorre que o próprio Supremo Tribunal Federal acabou por dar ensejo a esse polêmico tema, sobretudo a partir de sua mudança de jurisprudência, aprofundando mais ainda a problemática que ora se apresenta nesse trabalho, qual seja, a da execução provisória da pena quando a decisão condenatória tiver sido confirmada em órgão colegiado de segundo grau.

Ocorre que o entendimento inicialmente firmado em decisão proferida no *Habeas Corpus* 84.078 TJ/MG, de relatoria do então Ministro Eros Grau, no ano de 2009, foi inteiramente modificado pelo mesmo órgão supremo no julgamento do *Habeas Corpus* 121.292 TJ/SP de 2016, por meio do qual o STF passou a entender que o cumprimento de sentença penal condenatória após o julgamento da apelação pela segunda instância ordinária não feriria o que dispõe a Constituição Federal quanto ao que se compreenderia por princípio da presunção da inocência.

A partir da celeuma instalada, inúmeras foram as vozes que argumentaram a favor e contra a mudança perpetrada pelo Pretório Excelso. O imbróglio jurídico continua em aberto e a presunção de inocência, para muitos, restou afetada e posta em xeque. Vozes favoráveis, no entanto, buscam respaldar a decisão pretoriana afirmando que a denegação da ordem no referido *Habeas Corpus* 121.292/2016 não estaria em desacordo com o disposto no corpo constitucional e por isso mesmo não vislumbrariam atrito algum entre o entendimento exposto e as normas da Carta Magna.

Sendo uma temática muito atual e latente, o presente trabalho se presta a expor as nuances do princípio da presunção da inocência e a entender a dinâmica que se dá entre o cumprimento de sentença penal condenatória confirmada em segundo grau e esse princípio insculpido na Lei Maior, apontando-se, inclusive, os aspectos que induzem à compreensão sobre a acertada ou equivocada interpretação judicial atribuída ao problema. Considera-se nesse pequeno esboço que o jurista, via de regra, é um ser pensante e por isso mesmo possui compreensões próprias e diversas que podem guardar consonância ou não com

outras ideias, sejam proferidas por pessoas ou órgãos, inclusive aquelas emanadas pela mais alta Corte de Justiça do país.

Num primeiro momento, o trabalho abordará a sistemática processual, apontando os caminhos possíveis que o processo penal brasileiro pode percorrer, desde a fase de conhecimento até a fase recursal.

Posteriormente, segue-se tratando acerca do postulado constitucional da presunção da inocência, discorrendo-se brevemente sobre suas origens e suas linhas de alcance.

Por fim, trata acerca da impossibilidade de executar-se a pena após a segunda instância sem ferir-se o mandamento constitucional.

Para tanto, será utilizada a metodologia de revisão de literatura, a partir da pesquisa realizada em livros, artigos, jurisprudência e outras que permitam por meio do método indutivo-dedutivo compreender o tema e alcançar as conclusões possíveis a esse autor.

## **1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO SINÔNIMO DE DIREITO**

Sem sombra de dúvidas, uma das garantias mais importantes na seara processual, especialmente no que tange ao processo penal, é a do chamado “*dueprocessoflaw*”. Como bem lembra Nucci<sup>1</sup>, o surgimento do devido processo legal estaria relacionado à “Magna Carta de 1215”, do rei João Sem Terra da Inglaterra, que dizia que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”.

Essa garantia imposta pela Magna Carta de 1215 foi inspirada no Édito de Conrado, um Decreto Feudal Alemão datado de 1037, no qual já se fazia alusão à superioridade das Leis do Império ante todos, inclusive o Imperador<sup>2</sup>. Nesses períodos, uma das principais características dos governos era a do absolutismo, por meio do qual todo o poder era concentrado nas mãos de uma única pessoa, qual

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 66.



seja, o rei, de modo que a própria ideia de Estado inúmeras vezes se confundia com a própria pessoa do soberano.

De domínio público é a frase amplamente atribuída ao absolutista Luís XIV: “*L’Etatc’est moi*”, que, em tradução livre, quer dizer: “O Estado sou eu”<sup>3</sup>. Em que pese tal frase tenha sido entoada séculos após 1215, ainda assim ilustra bem essa confusão que se tinha entre a pessoa do Rei e o Estado. E como todo o poder era concentrado nas mãos de apenas uma pessoa, a existência de abusos e arbitrariedades era inevitável. Por isso, em 1215, o Rei João Sem-Terra se viu obrigado pela burguesia a assinar um documento legal que lhe impusesse limites. Assim, não poderia, por exemplo, tomar a propriedade de alguém para si, pois, a partir de então, precisaria observar o ritual com o qual se obrigara. Muitos entendem que o surgimento do devido processo legal se deu a partir desse momento<sup>4</sup>.

No ordenamento jurídico pátrio, tal princípio possui envergadura constitucional. O art. 5º, LIV, da Constituição Federal da República, reza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>5</sup>.

Eis a cristalina previsão de tal princípio, segundo o qual, para que o Estado possa imiscuir-se na esfera privada do indivíduo, ele deverá fazê-lo após obedecer a rigorosa ritualística legal. Se o fizer sem atenção a isso, seu ato estará eivado de ilegalidade, sendo passível, em determinados casos, da invocação do *habeas corpus* ou mesmo da legítima defesa pela vítima do ato ilegal ou injusto, para fazer cessar a ilegalidade<sup>6</sup>.

Pertinentes são as críticas acerca da utilização da terminologia legal, entretanto, como afirma Fredie Didier Jr.<sup>7</sup>, “o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei”. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não à Lei”. “Direito” se refere a todo o

3 GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta, 2007. p. 36.

4 DIDIER Jr.. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 66.

5 BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

6 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17a ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 399.

7 DIDIER Jr.. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 65.

ordenamento jurídico, o que difere da terminologia “lei” que é algo mais abrangente. Por isso, na expressão “*dueprocessoflaw*”, “*law*” deve ser entendido como sinônimo de “Direito”, e não como sinônimo de “lei”.

### 1.1 Da tramitação processual penal e o interesse recursal

Quando uma pessoa comete uma infração penal, surge para o Estado o chamado *ius puniendi*, ou seja, ao cometer uma infração penal, o indivíduo está fazendo nascer para o Estado o poder-dever de puni-lo, isso porque o crime é um ato promovido por quem estaria a lesar o contrato social<sup>8</sup>, e a obrigação do Estado é a de promover a manutenção do *conatus*, e, por lógico, da paz social. E, como decorrência do princípio do devido processo legal, para que o Estado possa punir alguém pela prática de um crime, é necessário que se respeite uma sequência de atos para que se chegue até à decisão e conseqüente aplicação da pena. A persecução penal possui duas fases: a primeira, puramente inquisitória e de caráter administrativo, é a fase investigativa, que visa angariar elementos mínimos de autoria e materialidade que sirvam de lastro para o oferecimento de uma denúncia; a segunda é a do processo judicial, ou seja, do procedimento principal que possui caráter judicial, quando, ao final, será declarada a culpa ou a inocência do réu.

Na soma das duas fases, têm-se a chamada “persecução penal”. De acordo com a atual sistemática processual penal brasileira, a fase da persecução penal em juízo é composta de 3 fases: de conhecimento, recursal e executória. A primeira etapa, que via de regra tramita perante um juiz de primeiro grau, vai do oferecimento da inicial (denúncia ou queixa-crime) até a prolação da sentença, sendo esse o ato pelo qual se dá o esgotamento da atividade judicial nesse grau de jurisdição<sup>9</sup>. Exaurida a fase de conhecimento, entendendo o condenado que a pena ou a condenação foram injustas, ou entendendo o *Parquet* ou Querelante que a pena foi irrisória, ou a absolvição foi indevida, surge a possibilidade de se valerem de recursos que possibilitem um reexame da causa por uma esfera colegiada de

8 ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. Do contrato social/Jean-Jacques Rousseau; tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. – São Paulo: Hunterbooks, 2014. p. 30.

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 22a ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 211.

segundo grau. Mas, somente após se esgotarem todas as possibilidades de recursos é que o provimento judicial vê-se envolvido pela coisa julgada.

Na preciosa lição de Eugênio Pacelli<sup>10</sup>, “a coisa julgada, sabe-se, não é um efeito, mas uma qualidade da decisão judicial da qual não caiba mais recurso”. Enquanto não se esgotarem todas as possibilidades de recurso, a decisão judicial não ostentará o *status* da imutabilidade, isso porque ainda haverá a possibilidade de reforma da decisão. Entretanto, julgado o último recurso possível e cabível ao caso em concreto, esse ver-se-á impregnado da coisa julgada. E é com a aquisição dessa característica que se abre a terceira e última fase, a executória, na qual o Estado exercitará concretamente seu *ius puniendi*. Essa tripartição procedimental para o exercício legal do *ius puniendi* é um nítido reflexo do viés garantista do sistema punitivo adotado no Brasil.

## 1.2 Da fase recursal no Processo Penal brasileiro

O Poder Judiciário brasileiro possui apenas um duplo grau de jurisdição no que pertine à análise de mérito e está organizado em formato de pirâmide, havendo três tipos de magistrados: Juízes, Desembargadores, Ministros dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal.

O sentimento de inconformação por uma das partes pode surgir com a prolação da sentença pelo juiz de primeiro grau. Essa irrisignação pode ser tida como um direito potestativo, ou seja, qualquer um pode ficar inconformado com o outro, mesmo que esse não concorde com tal estado de espírito. Ao se proferir uma sentença penal, sobretudo condenatória, dificilmente há uma aceitação irrestrita do condenado com o teor da condenação. Por isso, o ordenamento jurídico dá a possibilidade para a parte inconformada com a decisão de tentar uma revisão para sua possível reforma.

A possibilidade de revisão da decisão por órgão superior decorre do princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição, amplamente aceito pela doutrina. Após exaurida a competência do juiz de primeiro grau sentenciante, o inconformado terá a possibilidade de ver o mérito da decisão analisada por mais outro órgão do Judiciário e o próprio Direito analisado por outras instâncias recursais. O meio formal

10 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20a ed., São Paulo: Atlas, 2016. p. 673.

para se provocar essa análise é o recurso. Quando da prolação da sentença pelo juiz de primeiro grau surgir a irresignação, o recurso cabível para a reanálise daquela decisão será o do recurso de apelação, previsto nos artigos 596 a 606 do CPP. Nesse recurso, o tribunal *ad quem* analisará o que lhe foi devolvido pela parte recorrente e poderá, inclusive, ter poderes instrutórios, de modo a reformar aquela decisão com base em provas colhidas em sede recursal. Após o tribunal proferir o acórdão, a possibilidade de buscar os tribunais superiores e o STF restará apenas para a análise específica ou extraordinária acerca da aplicabilidade do Direito e não mais da matéria que é objeto de julgamento. Os tribunais superiores não possuem poderes instrutórios, pois, em matéria de provas, a discussão se encerra com a decisão do tribunal de apelação. O que se suscitará nos recursos às instâncias extraordinárias será a análise da uniformização do direito e da constitucionalidade das normas aplicadas.

No recurso interposto perante o Superior Tribunal de Justiça, a finalidade da arguição será a de eventual falta de aplicabilidade uniforme do direito àquele caso, ou seja, alegará que o modo como foi aplicada a legislação naquele caso, não cumpre os critérios da legalidade. A seu turno, o recurso interposto perante o Supremo Tribunal Federal terá a finalidade de investigar a constitucionalidade da lei que serviu como base para a resolução do caso. Somente após a última decisão proferida de forma irrecurável é que a decisão se revestirá da coisa julgada.

### **1.3 Dos efeitos atinentes aos recursos possíveis**

Um dos possíveis efeitos automáticos quando da interposição de alguns recursos é o chamado efeito suspensivo. Como ensina Fredie Didier e Leonardo Carneiro<sup>11</sup>, “a interposição do recurso prolonga o estado de ineficiência em que se encontrava a decisão; com o recurso, os efeitos dessa decisão não se produzem”. Por isso, o efeito suspensivo é aquele que promove a dilação temporal da ineficácia da produção dos efeitos daquela decisão anteriormente proferida. É pertinente salientar que não é a interposição do recurso que gera a suspensão da produção dos efeitos da decisão. Se esse efeito suspensivo é automático, ou seja, é

11 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de processo civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 166.

decorrente da força da lei, a interposição do recurso acarretará a dilação temporal do início dos efeitos da decisão.

Dos recursos mencionados no tópico anterior, o art. 597, CPP somente prevê o chamado efeito suspensivo automático com relação ao recurso de apelação. Vejamos: “a apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena”.

Por isso, a decisão condenatória proferida em sede de primeiro grau de jurisdição não poderá produzir efeitos até o julgamento da apelação. No que tange aos recursos cabíveis nas vias extraordinárias, em sentido inverso, o art. 637, do CPP é categórico no sentido de estabelecer que eles não gozam de efeito suspensivo ao dizer: “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”. Por isso, pela leitura do dispositivo supracitado, uma vez julgada a apelação, nos posteriores recursos interpostos nas arenas extraordinárias, não haverá que se falar em automatismo do efeito suspensivo e, por isso mesmo, assim que houver decisão acerca da apelação, o teor daquela decisão poderá ser posto em prática, isso porque, como já dito, os posteriores recursos não suspenderão automaticamente os efeitos da decisão. Todavia, o pandemônio jurídico do conflito com o princípio da inocência parece começar aqui.

## **2. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E SUAS ORIGENS**

Notável setor da doutrina aponta que as origens do referido princípio remota aos tempos da Revolução Francesa. E, como se sabe, uma das molas propulsoras para a eclosão da Revolução Francesa foram todas as barbáries e atrocidades cometidas pelo Estado no período da Idade Média. Uma corrente de pensadores fez nascer o que ficou conhecido por Iluminismo.<sup>12</sup>

12 ANTUNES, Flavio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 39

Como bem lembra Foucault<sup>13</sup> e Pacelli<sup>14</sup>, o meio que o Estado tinha para satisfazer seu perverso *ius puniendi*, era o chamado “suplício”, método esse que atacava severamente a dignidade da pessoa humana e era a prova viva da violência estatal. Como bem lembra o referido autor, o processo penal nesse turbulento período da história nada mais era do que um perverso teatro, de modo que, como aponta com inenarrável precisão, havia cristalina contradição: como é que o Estado quer retirar de perto da sociedade a perversidade da prática do verbo “matar”, matando alguém com a crueldade com a qual fazia numa praça pública, e diante de uma vasta plateia que pertencia ao corpo social daquela localidade?

Também não se pode olvidar as tenebrosas práticas ocorridas naquele período para aferir a culpabilidade do agente. Com o uso do sistema ordálico<sup>15</sup>, também conhecido como o “juízo de Deus”, os acusados eram submetidos a métodos que, segundo seus autores, permitiria que Deus demonstrasse a culpa do ou a inocência do indivíduo. Prática que evidenciava a irracionalidade e a ausência de aspectos técnico e científico na produção da prova. Dentre vários, talvez o mais conhecido método desse sistema, era o ato de colocar o acusado para andar sobre uma chapa de ferro e brasas, e, ao final do percurso, se seus pés estivessem intactos, estaria provada sua inocência por uma intervenção divina<sup>16</sup>. Naquela época, como se depreende do exposto, cabia ao réu provar sua inocência. Não recaia sobre o acusador o ônus de provar a culpa do indivíduo<sup>17</sup>.

A Revolução Francesa, juntamente com o pensamento iluminista, foi o fator da mudança desse pensamento. A regra deixava de ser a culpa, e o acusado agora passara a ostentar o *status* de inocente, de modo que caberia ao Órgão Acusador e apenas a ele o ônus de provar que as suas acusações gozavam de respaldo fático e jurídico, devendo fazê-lo através dos meios de prova que possuam elevado grau de tecnicidade, racionalidade e cientificismo<sup>18</sup>.

13 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42a ed., Petrópolis: Vozes, 2014, p. 10.

14 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20a ed., São Paulo: Atlas, 2016. pp. 329-330.

15 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20a ed., São Paulo: Atlas, 2016. p. 330.

16 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal principalmente em face da Constituição de 5.10.1988**. 13. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 1992. 3 v. p. 216.

17 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20a ed., São Paulo: Atlas, 2016. p. 330.

18 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20a ed., São Paulo: Atlas, 2016. p. 330.

O ingresso na esfera jurídica internacional da ideia da presunção da inocência data, portanto, de 1789, com a promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, texto cujo artigo 9º reza: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”<sup>19</sup>

Os referidos movimentos históricos buscavam que o homem agisse com a razão e não mais com a divinização do Direito como ocorria naquele momento. E uma das mudanças que se fizeram necessárias, foi a tornar a inocência uma regra, retirando esse *status* da culpa, rebaixando-a à categoria de exceção. Essa mudança fez com que deixasse de vigorar a ideia de um direito penal do inimigo ou mesmo do autor, passando-se agora à ideia do direito penal do fato.

## 2.1. Da internalização do referido postulado na legislação doméstica

Como aponta Galtêncio da Cruz Paulino<sup>20</sup>, a primeira alusão expressa nos textos legais pátrios ao princípio da presunção da inocência se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com espectro nitidamente garantista, a Constituição Federal prevê o referido princípio no artigo 5º, LVII, o qual se transcreve *ipsis litteris*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A promulgação da Lei Maior é posterior ao regime ditatorial iniciado em 1964. A história aponta que foram anos de grande incerteza e insegurança social, em que houve cerceamento de vários direitos basilares, sacrifícios à dignidade humana e inúmeras atrocidades que a forma mais perversa do ser humano pode cometer.<sup>21</sup>

Foi o anseio de superação desse período e, por conseguinte, de necessidade de reconhecimento e preservação dos direitos mais basilares que fez o legislador

19 ANTUNES Flavio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 40

20 PAULINO, Galtêncio da Cruz. **Execução provisória da pena e o princípio da presunção da inocência**: uma análise à luz da efetividade dos Direitos Penal e Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 6.

21 BATISTA, Suellen Monteiro. **A dor que ressoa nos contos pós-64**: aspectos de uma ficcionalização do testemunho. 2014. 96 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Letras e Comunicação, Belém, 2014. Programa de Pós-Graduação em Letras. pp. 28-33

constituente optar por editar um texto de estrutura prolixa, minuciosa e clara quanto aos direitos que devem servir de fundamento à democracia e, por isso mesmo, devem ser assegurados. Foi sob o manto do medo dos anos aterrorizantes da história brasileira, como também das inigualáveis barbáries produzidas na era moderna nos quatro cantos do mundo (nazi-fascismo, stalinismo, maoísmo etc), que a Carta Magna brasileira fora escrita, por isso seu exacerbado e acertado contexto garantista, principalmente no tocante à esfera criminal.

No entanto, muito tem se discutido sobre a impossibilidade de um direito absoluto subsistir na órbita jurídica. O tema será tratado em momento apropriado, mas registre-se desde já que o problema da questão se encontra no conflito entre o referido princípio, de envergadura constitucional, ostentando ainda caráter de direito fundamental, com a norma ordinária processual penal que retira dos recursos às vias extraordinárias o automático efeito suspensivo, de modo que, em tese, após o julgamento da apelação no segundo grau de jurisdição, o acusado poderia começar a cumprir a pena uma vez que os recursos aos Tribunais Superiores não possuem efeito suspensivo automático e não mais discutem o mérito do processo, limitando-se apenas a discutir matéria de direito.

## **2.2. Das faces do princípio da presunção da inocência**

O princípio da presunção inocência ostenta 3 faces ou campos de aplicabilidade: atua como norma de tratamento, como norma probatória e como norma de juízo<sup>22</sup>.

Com os modelos violentos e equivocados de persecução penal revelados ao longo da história, seja durante a Idade Média, seja na modernidade de nossos recentes dias, inclusive, é necessário voltar-se para a seriedade e sensatez com a qual deve o processo tratar o acusado, ou seja, enxergando o indivíduo como sujeito de direitos e não mais como mero objeto de uma acusação.

Por isso mesmo, a primeira prerrogativa que o acusado possui, é justamente a da obrigatoriedade que os agentes estatais têm de tratá-lo como se inocente

22 CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção da inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25.



fosse. Um claro exemplo de aplicabilidade de tal regra de tratamento é a impossibilidade, pelo menos no campo das teses extraídas da Constituição Federal brasileira, de se cogitar o início do cumprimento de uma sentença penal condenatória antes de ver-se alcançada pela coisa julgada.

Como pondera Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>23</sup>, o princípio da presunção da inocência

Traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio.

Como se vê, antes da sentença definitiva, ou seja, transitada em julgado, o Estado não pode praticar atos de antecipação de seus efeitos com relação ao acusado que importem na dubiedade da sua inocência, uma vez que a regra é a inocência. No entanto, como bem lembra Paulo Saint Pastous Caleffi<sup>24</sup>:

Outrossim, compreendo que em algumas situações é inevitável a restrição da liberdade anterior à comprovação da culpa, o legislador estabeleceu instrumentos para serem utilizados de forma provisória, contudo, necessariamente, os pressupostos do *fumus commissi delicti*, do *periculum libertatis* ou do *periculum in mora*, bem como os requisitos legais deverão ser amplamente justificados e demonstrados.

Por isso, somente em casos extremos pode-se admitir o cerceamento da liberdade do indivíduo, desde que evidenciados os requisitos legais, dentre eles a probabilidade do cometimento do delito (*fumus delicti*) e o perigo da manutenção do acusado em liberdade (*periculum libertatis*).

É nesse sentido o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes<sup>25</sup>:

No caso de prisão cautelar, tem o Supremo Tribunal enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal estando jungida a pressupostos associados fundamentalmente, à exitosa persecução criminal.

23 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção da inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 43

24 CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção da inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 28-29.

25 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 573.

Ou seja, atos restritivos de liberdade, que são tipicamente praticáveis após o trânsito em julgado da sentença, até podem ser praticados de forma atípica antes da ocorrência da coisa julgada, mas deverá revestir-se de excepcionalidade.

No que pertine ao caráter de regra probatória, a adoção da presunção da inocência enseja que a parte autora de um processo criminal prove o que narra na denúncia ou na queixa-crime. E tal vertente do referido princípio vem claramente estampada no artigo 156, do CPP, o qual dita que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer(...)”.

Como aponta Afrânio Silva Jardim<sup>26</sup>:

O réu não formula qualquer pedido no processo penal, tratando-se de ação condenatória. Não manifesta qualquer pretensão própria. Apenas pode se opor à pretensão punitiva do Estado, procurando afastar o acolhimento do pedido do autor. (...) Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode ser opor à pretensão punitiva do autor. (...) Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. O réu não assume o ônus de provar fato positivo que negue a acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou.

Com isso, o supracitado autor assevera que o ônus de provar o fato criminoso alegado, compete a quem acusa. Não cabe ao acusado comprovar que o acusador está fazendo uso de inverdades. Cabe ao demandante criminal e apenas a ele o dever de comprovar o que se alega. Comentando Badaró, Caleffi<sup>27</sup> explica:

No entanto, conforme Gustavo Badaró, o acusado não possui ônus algum de produzir provas de sua inocência, recaindo tão somente a obrigação ao Ministério Público em produzir as provas no processo penal. Assim, em atenção ao princípio do in dubio pro reo seria proibitivo a imposição de qualquer ônus ao acusado, até mesmo em relação às excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Como se vê no texto acima, para Badaró, a amplitude da referida vertente da presunção da inocência seria ainda maior. Não caberia ao acusador provar tão somente as alegações que faz. Caberia a ele também comprovar que não existe nenhum fato que retirasse o *status* de crime da conduta que estava por ele sendo

26 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 212-213.

27 CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção da inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

narrada. Pode-se dizer que se estaria diante de uma espécie de “super tipo total de injusto”<sup>28</sup> para o autor.

Como é sabido, o “tipo total de injusto” decorre da junção que se faz entre o fato típico e a ilicitude, por meio da qual se adotaria a teoria da *ratioessendi*, que é minoritária, de modo que o fato típico e a ilicitude da conduta seriam analisados num só momento, sendo os elementos do fato típico chamados de elementos positivos do tipo e os componentes da ilicitude os elementos negativos do tipo<sup>29</sup>.

A ideia do criminalista vai ainda mais além, porque ele não propõe apenas que recaia sobre quem acusa o dever de provar a inexistência de excludentes de ilicitude, ele propõe que o acusador também comprove a ausência de alguma causa de exclusão da culpabilidade. E, com isso, segundo ele, competiria apenas ao acusador evidenciar cada requisito do imenso corpo do conceito de crime. Seria uma espécie de “super tipo total de injusto”<sup>30</sup>.

De toda sorte, nessa face, o referido princípio impõe a obrigação da prova a quem alega o fato criminoso. Assim, não compete ao acusado o dever de provar sua inocência.

Em sua terceira vertente, a presunção da inocência atua como norma de juízo. Aqui ela toma as formas da clássica expressão “*in dubio pro reo*”. Nas palavras de Valdir Sznick<sup>31</sup>:

O *in dubio pro reo* é o mesmo princípio do *favor rei*: na dúvida deve-se agir em favor do réu ou seja um princípio daí derivado: o *favor innocentiae*, quer dizer a favor da inocência do réu, desde que não tenha sido provada a sua culpabilidade ; ou, ainda, que as provas trazidas aos autos não tenham o requisito de certeza para condenar. O princípio do *in dubio pro reo*, que data dos romanos se lastreia na conhecida paremia: “*Actore non probante, reus absolvitur.*” Se o autor não provar, o réu é absolvido. Os fatos, na realidade, ou são ou não são. O mistério, a ignorância e a dúvida são nos homens imperfeições no

28 O termo pertence ao autor do presente artigo. O *nomen iuris* “injusto penal” já é utilizado pela doutrina. No presente trabalho acrescentou-se o termo “super” com a intenção de se demonstrar que, na interpretação do escrevente do presente artigo, para Badaró cabe ao *Parquet* muito mais do que demonstrar que o fato é típico e ilícito (tipo total de injusto para os adeptos à teoria da *ratioessendi*); cabe a ele demonstrar também a culpabilidade, e é por essa razão que o redator do presente artigo utiliza-se do termo “**super** tipo total de injusto”: fato típico+ilicitude+culpabilidade.

29 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 221.

30 O termo pertence ao redator do presente artigo. Vide cit. nº 28.

31 SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2ª ed.- São Paulo: Leud, 1995. p. 68.

apreender e interpretar a realidade. Assim, nem sempre o juiz tem segurança, certeza; a dúvida, no processo penal leva à absolvição por insuficiência de provas. Não é a falta de provas, que é a *negativa*; é a prova incerta, não precisa, falha. O *non liquet* é a saída para evitar erros judiciários.

Nota-se, portanto, que, nesse aspecto da presunção da inocência, têm-se que em todas as fases do processo-crime o réu será tido como inocente, de modo que, existindo razoáveis dúvidas sobre a não existência da autoria e da materialidade, outro caminho correto não existirá senão o caminho da prolação de sentença penal absolutória.

E isto se dá não de forma aleatória. Como se costuma crer, depois da vida, o bem mais precioso que se encontra colacionado aos direitos dos seres humanos, é a liberdade. Há como se restituírem outras coisas, como, por exemplo, o patrimônio indevidamente retirado do cidadão, mas sua liberdade não tem como ser restituída. Por isso, somente um arcabouço probatório que goze de invejável robustez é que pode ensejar a condenação do acusado.

Se o contrário ocorrer, e pairarem dúvidas quanto à autoria e à materialidade delitiva por força dessa vertente da presunção da inocência, o réu deverá ser absolvido.

### **3. DO ENTENDIMENTO PRETORIANO SOBRE A EXISTÊNCIA DE CHOQUE ENTRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

#### **3.1. Do Ativismo Judicial**

De fato, ninguém é perfeito e esse entendimento também se aplica aos integrantes do parlamento e, por isso as leis também não são perfeitas e, muitas vezes, precisam ser reparadas pelo intérprete, qual seja, o julgador.

Ativismo judicial, no entanto, revela-se como verdadeira intromissão do julgador no poder legiferante. Quando há omissão, ou até mesmo imprecisão, obscuridade ou duplicidade de interpretação do texto legal, os julgadores são levados a sanar as deficiências do ordenamento e devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, como se depreende do art. 5º, XXXV, da CF. Até certo ponto, isso é inevitável.

No entanto, há casos nos quais o julgador se põe na qualidade de verdadeiro legislador e cria ou dá à lei uma interpretação que não guarda congruência com os parâmetros interpretativos do texto legal. É nesse aspecto que se desenvolve o chamado ativismo judicial, que nada mais é do que a intromissão na esfera política do legislador.

No Brasil, sem sombra de dúvidas, o Supremo Tribunal Federal é o órgão judicante que mais tem praticado o ativismo judicial nos últimos tempos. A execução provisória de sentença penal condenatória confirmada em segundo grau é um desses exemplos. É plenamente permitido ao magistrado efetuar pequenos ajustes e correções em falhas que advenham do poder legiferante, mas isso não lhes permite criar leis ou ignorar o ordenamento.

Em tempos atuais, não é defensável a ideia da atividade jurisdicional por Beccaria, para o qual o juiz deve ser a “boca da lei”<sup>32</sup>. No tempo de Beccaria, isso era plenamente defensável, já que os julgadores eram verdadeiros seres inflamados e inflamáveis, e se sentiam no direito de criar a lei caso a caso, o que é muito perigoso e deve ser combatido.

Uma coisa é sanar pequenas falhas legislativas, dar um sentido ao que foi escrito pelos detentores do poder legiferante, outra coisa totalmente diferente é criar lei por decisão judicial.

Para Montesquieu<sup>33</sup>, “há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.” Cada poder representa, na verdade, uma função que cada um ostenta sem que possa interferir na do outro. O que há é um sistema de freios e contrapesos, mas jamais uma avocação arbitrária da função típica do outro, ignorando essa repartição.

### **3.2. Do choque entre a presunção da inocência e o cumprimento de sentença penal condenatória confirmada em segundo grau**

32 BECCARIA, Cesare. Bonessana, Marchesidi, 1738-1793. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. - 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. pp. 32-34.

33 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*/ Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 168.

Como já foi exaustivamente dito, o princípio da presunção da inocência está topograficamente contido no artigo 5º, inciso LVII. Segundo ele, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é que se pode afirmar que o sentenciado é culpado.

Enquanto o trânsito em julgado não ocorrer, não pode ser considerado culpado, e por isso mesmo não se pode praticar atos contra o acusado, como se culpado fosse. Essa é uma das vertentes do princípio da presunção de inocência, qual seja, a regra de tratamento já explanada em momento oportuno.

Cumprimento de pena se impõe a quem foi definitivamente condenado. À luz da Constituição Federal, somente há que se falar em culpa após a impossibilidade de ataque por recursos à decisão judicial. Por isso, salvo melhor juízo, não encontram respaldo, pelo menos na atual ordem constitucional, os que defendem que o cumprimento da pena possa se dar antes do trânsito em julgado.

Isto porque, há evidente choque entre a presunção da inocência e o chamado “cumprimento provisório” da pena. Aliás, frise-se que há verdadeira impropriedade técnica no uso de tal terminologia. Há impropriedade, porque “provisória” é aquela situação em que, ao término, tudo retornará ao *status quo ante* e não é possível se devolver a liberdade indevidamente cerceada após averiguação de que ela fora feita incorretamente.

E o choque existe justamente porque, como fora dito, o ato de cercear a liberdade de alguém, sob o fundamento de que há notável probabilidade de transitar em julgado o entendimento de sua culpa e que por isso já merece reprimenda antes mesmo de esgotados os recursos, nada mais é do que a antecipação da culpa, que, segundo o texto constitucional, só pode existir após os esgotamentos dos recursos possíveis, sejam eles interpostos nas vias ordinárias ou extraordinárias.

Sob a ótica constitucional atual, essa execução antecipada da pena, este sim termo tecnicamente correto, não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

O que muitos esquecem ao defender a constitucionalidade dessa execução antecipada da pena é que a presunção da inocência não se afunila com o subir das instâncias judiciárias. O estado da inocência em sua inteireza ocorre até o último recurso. Seja no oferecimento da denúncia ao juiz singular ou no julgamento de recurso nas vias extraordinárias, o indivíduo continua ostentando plena presunção de inocência, que somente deverá ser esquecida após o julgamento do último

recurso confirmando a culpa. Somente após isso é que ele deixará de possuir esse *status* e será então, visto como culpado.

E mesmo após o trânsito em julgado, ainda sobrevivem resquícios de inocência do acusado. Isto porque, a coisa julgada que se forma no processo penal é a coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, mesmo que haja coisa julgada na sentença penal condenatória, a qualquer momento que o condenado trouxer elementos que evidenciem sua inocência, derrubar-se-á a autoridade da coisa julgada, e declarar-se-á a sua inocência.

O contrário não existe, ou seja, uma vez transitada em julgado a sentença penal absolutória, não poderá mais o réu ser considerado culpado por aquele fato sobre o qual versava o processo.

### 3.3. Da mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Em 17 de fevereiro de 2016, a ementa emanada do Supremo Tribunal Federal após o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 TJ/SP, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, que versava sobre a possibilidade de execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição possui a seguinte dicção:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

No mundo jurídico, essa decisão gerou grande alvoroço e fez surgir um verdadeiro hiato entre os que eram a favor do posicionamento pretoriano e os que eram contra. E isso se deu pela guinada jurisprudencial que foi dada. Desde a concessão do *Habeas Corpus* 84078 de relatoria do então Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal entendia pela impossibilidade do chamado cumprimento antecipado da pena, como se depreende da leitura de parte da ementa do julgamento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII,

*DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.*

*1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.*

*2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.*

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

*Ordem concedida.*

Como se depreende da leitura das duas decisões acima, o entendimento pretoriano “virou de cabeça para baixo”. Em que pese o novo entendimento afirmar que goza de respaldo constitucional por não ferir a presunção da inocência, em momentos anteriores, restou consignado que tal entendimento não é constitucional, vez que o cumprimento antecipado da pena trata o condenado como se culpado fosse e tal tratamento só lhe pode ser dado após o esgotamento de todos os recursos possíveis.

Muitos atribuem essa mudança ao avanço da Operação Lava-jato que escancarou a corrupção de políticos e empresários e fez pairar sobre a sociedade o temor de se manterem impunes pessoas de classes mais abastadas diante do excesso de recursos no processo penal brasileiro.

Ainda que esse sentimento seja legítimo, não se pode admitir que o ordenamento seja desvirtuado por quem tem a incumbência de protegê-lo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que, tecnicamente falando, a sistemática jurídica brasileira atual não permite, em decorrência do princípio da presunção da inocência, que se proceda com a execução da sentença penal condenatória após o julgamento do pleito apelatório em sede de segunda instância. No entanto, nota-se que a orientação jurisprudencial, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, caminha em sentido diverso. Utiliza-se como principal alicerce a impossibilidade de atividade probante em sede de recurso às



extraordinárias e por isso na impossibilidade de rediscussão da matéria de fato.

No entanto, na rápida leitura do dispositivo constitucional que consagra e agasalha o princípio da presunção da inocência, vê-se que este é muito lúcido e cristalino ao exigir a incidência da coisa julgada para executar-se a pena. Por outro lado, é bem verdade que nosso sistema recursal penal comporta essa deficiência de possibilitar incontáveis recursos, podendo levar em alguns casos à prescrição, e levar inclusive o Poder Judiciário ao descrédito.

A tomada de medidas para se evitar esse imbróglio deve partir do Congresso Nacional, e não do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal remodelou a norma constitucional. Não foi uma mera interpretação da norma. A norma constitucional diz que o início da execução só pode se dar após o trânsito em julgado, e o Supremo Tribunal Federal diz o contrário, ou seja, o Pretório avocou ilegitimamente a função legiferante e refez a norma constitucional, não mudando a redação constitucional porque não poderia de forma alguma fazê-lo.

Por isso, pode-se afirmar com segurança que o Supremo Tribunal Federal pecou dolosamente duas vezes: o primeiro pecado foi travestir-se de verdadeiro legislador, e o segundo foi o pisotear uma das principais garantias fundamentais que foram dadas ao acusado de se resguardar perante os abusos do Estado. O Direito Penal, em tempos de ativismo judicial, parece que não é mais a barreira a prepotência do Estado e os direitos e garantias fundamentais. Parece-me que este virou uma verdadeira arma de notável perigo, e a mão que desfere os golpes certamente pertence a um ser (dito) deídico, togado.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

BATISTA, Suellen Monteiro. **A dor que ressoa nos contos pós-64: aspectos de uma ficcionalização do testemunho**. 2014. 96 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Letras e Comunicação, Belém, 2014. Programa de Pós-Graduação em Letras.

BECCARIA, CesareBonessana, Marchesidi, 1738-1793. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. - 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42a ed., Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção da inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015;

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2016.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018;

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **Do contrato social**/Jean-Jacques Rousseau; tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. – São Paulo: Hunterbooks, 2014;

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2a ed., São Paulo: Livraria e editora universitária de direito LTDA, 1995;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal principalmente em face da Constituição de 5.10.1988**. 13. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 1992;

#### **DOCUMENTOS ELETRÔNICOS:**

**BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988**. Disponível:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) />. Acesso em 10 de out. de 2018.

**BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro de 1941**. Disponível:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm) /> Acesso em 10 de out. de 2018;

**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível:< <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071192&idArticle=LEGIARTI000006527435&dateTexte=&categorieLien=cid> /> Acesso em 18 de nov. 2018;