

LUANA STEPHANE FERREIRA LIMA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO PENA ANTES DO TRANSITO EM JULGADO
DA SENTENÇA CONDENATÓRIA:** reflexões sobre a recente decisão do Supremo
Tribunal Federal.

LUANA STEPHANE FERREIRA LIMA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO PENA ANTES DO TRANSITO EM JULGADO
DA SENTENÇA CONDENATÓRIA:** reflexões sobre a recente decisão do Supremo
Tribunal Federal.

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito
Processual Penal.**

**Orientador: Prof. Fabiano Thales de Paula
Lima**

João Monlevade

2016

LUANA STEPHANE FERREIRA LIMA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO PENA ANTES DO TRANSITO EM JULGADO
DA SENTENÇA CONDENATÓRIA:** reflexões sobre a recente decisão do Supremo
Tribunal Federal.

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2016.**

Média final: _____

João Monlevade, 02 de dezembro de 2016.

.....
Fabiano Thales de Paula Lima
Prof. Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Prof^a TCC II

.....
Hugo Lázaro Marques Martins
Prof. Avaliador(a)

.....
Filipy Salvador Pereira Bicalho
Prof. Avaliador (a)

Dedico este trabalho de conclusão de curso à Deus, pois seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar a realidade e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar todas as adversidades e permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como discente, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta Faculdade, seu corpo docente, direção E administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu orientador Fabiano Thales de Paula Lima, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas correções e incentivos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A Guilherme por toda compreensão nos momentos de ausência e que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades.

Aos grandes amigos que fiz durante o curso, em especial: Dênis Duarte, Flávio Ponciano, Marina Melo e Nágila Raphaela pelo companheirismo e cumplicidade no dia-a-dia, certamente sem vocês a faculdade não teria graça.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontra, contra o errado. ”
(ROOSEVELT, Theodore).

RESUMO

O presente trabalho tem como essência analisar o instituto da execução da pena e suas premissas, abordando o entendimento doutrinário e jurisprudencial da Suprema Corte, bem como a quebra de paradigma na jurisprudência pátria, em razão da decisão exarada recentemente no bojo do *Habeas Corpus* 126.292 que por maioria reconheceu a possibilidade da pena ser executada provisoriamente, ainda que seja cabível recurso para as instâncias superiores. Essa prisão antecipada, no entanto, é objeto de discussão entre os operadores do direito, motivo pelo qual, necessário se faz realizar uma análise crítica acerca da (im) possibilidade da prisão pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a partir do exame de princípios constitucionais, doutrina, legislação pátria e internacional.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Execução Provisória. Tribunais Superiores.

ABSTRACT

The present work has as essence to analyze the institute of the execution of the sentence and its premises, approaching the doctrinal and jurisprudential understanding of the Supreme Court, as well as the breakdown of paradigm in the jurisprudence homeland, due to the decision recently published in the bulge of Habeas Corpus 126.292 that By a majority acknowledged the possibility of the sentence being executed provisionally, even if appeal to the higher courts is possible. This early imprisonment, however, is the subject of discussion among the legal operators, which is why it is necessary to carry out a critical analysis of the (im) possibility of imprisonment before the final sentence of the conviction has passed since the examination of Constitutional principles, doctrine, national and international law.

Keywords:Criminal Procedural Law. Provisional Execution. High Courts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	ARTIGO
CF/88	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988
CP	CÓDIGO PENAL
CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
HC	HABEAS CORPUS
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PRINCÍPIOS QUE NORTEAM A PRISÃO PENA.....	12
2.1	Princípio da segurança jurídica.....	12
2.2	Princípio do direito penal mínimo.....	14
2.3	Princípio da separação de poderes.....	16
2.4	Princípio da proporcionalidade/razoabilidade.....	17
2.5	Princípio da colegialidade.....	19
2.6	Princípio do duplo grau de jurisdição.....	19
2.7	Princípio da duração razoável do processo.....	20
3	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO COMPARADO QUANTO AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE.....	21
4	A CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS.....	23
5	O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA E O SEU REFLEXO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	25
6	O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE NA VISÃO HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	27
7	A (IM) POSSIBILIDADE DA PRISÃO PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RECENTE DECISÃO DO STF NO HC126292.....	34
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
9	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

É sabido que a ciência jurídica é extremamente mutável e sua evolução deve acompanhar o progresso da sociedade. Neste contexto, o tema a ser desenvolvido no transcorrer do trabalho de conclusão de curso possui grande relevância para o atual ordenamento jurídico brasileiro, tornando imprescindível, assim, uma ampla discussão em torno do mesmo, já que trata de ferrenha controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre eventual violação a preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Em linhas gerais, a controvérsia cinge-se em analisar a possibilidade da execução da prisão pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Afinal, tal hipótese está ou não por ferir o princípio constitucional da não culpabilidade, inserto de forma expressa no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna.

Nos termos da legislação processual penal vigente, a decisão condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda encontra-se sujeita à interposição de recursos especial e extraordinário, cuja competência para realizar o julgamento cabe ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Somente após o trânsito em julgado da sentença, através do esgotamento de recursos cabíveis, poderá realizar-se a prisão pena. Essa é a interpretação literal inserta no art. 5º, inciso LVII, da CR/88 e cuja posição jurisprudencial encontra-se consolidada desde 2009 pela maior corte de justiça do país, o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em recente decisão, datada de 16 de fevereiro de 2016, o mesmo Pretório Excelso, ao denegar, por maioria de votos, a ordem do *habeas corpus* nº 126.292, entendeu que a execução da pena poderá ser iniciada após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau. O julgamento ora mencionado, indene de dúvidas, deu uma guinada na já mencionada consolidada jurisprudência da aludida Suprema Corte Brasileira.

A transformação de paradigma supracitada se dá na medida em que, como mencionado alhures, desde o julgamento proferido em 2009, a Corte condicionava a

execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, ressaltando, logicamente, a possibilidade de prisão preventiva ou temporária, modalidades de prisão cautelar.

Diante do exposto, e tendo por norte a indiscutível atualidade do tema e a celeuma jurídica estabelecida no mundo do direito após o julgamento do mencionado HC nº 126.292, em 16 de fevereiro de 2016, informa-se que para a realização da pesquisa serão analisados os seguintes tópicos: as modalidades de pena, suas finalidades e evolução histórica, os princípios norteadores do tema; os recursos cabíveis no ordenamento jurídico e o posicionamento clássico do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e a recente quebra deste paradigma sobre a possibilidade ou não da prisão pena antes do trânsito em julgado da sentença, diante do novo entendimento do STF no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292.

Ao final, resta esclarecer se o posicionamento da Suprema Corte está ou não em consonância com a ordem constitucional.

2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO PENAL

Os princípios constitucionais são as principais normas que dão validade a todo o Sistema Jurídico Brasileiro, servindo de alicerce a todas as searas do Direito, dentre elas, o Direito Penal.

O Código Penal, embora tenha sido editado como Decreto-Lei, foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal de 1988 que estabelece garantias penais através de seus princípios.

Por conseguinte, para adentrar ao tema onde estão consolidados Princípios Constitucionais e do Direito Penal, necessário se faz os breves, mas indispensáveis, esclarecimentos, dos princípios que norteiam o tema.

2.1 Princípio da segurança jurídica

O Princípio da Segurança Jurídica está implícito na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, garantindo que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", bem como o inciso XXXIX, o qual estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A sua irradiação principiológica se deve à importância de garantir estabilidade e segurança nas relações jurídicas, motivo pelo qual é considerado um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito.

Partindo desse pressuposto, a estabilidade da norma jurídica está inserida em cláusulas pétreas, através da complexidade de modificação das normas constitucionais e nas restrições materiais impostas ao legislados e às demais fontes do Direito (TAVARES, 2009).

De acordo com Tavares (2009), o direito à segurança jurídica compreende: a garantia contra restrições legislativas de direitos fundamentais, do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada, o direito contra a violação dos mesmos e,

principalmente, diante da retroatividade de leis punitivas e do devido processo legal, envolve, sobretudo a garantia contra o poder reformador de cláusulas fundamentais na Constituição; o impedimento do retrocesso quanto ao tema de implementação de direitos fundamentais; o direito à proteção da segurança social, pessoal e coletiva; e, por fim, o direito ao equilíbrio da máxima ordem jurídica e constitucional.

Nas palavras de Silva (1993), a segurança jurídica é uma garantia de estabilidade e de certeza de que, diante de um envolvimento em uma relação jurídica, a mesma se mantém estável, mesmo se a base legal na qual se instituiu tiver sido modificada.

No mesmo sentido, Canotilho (2002), estabelece que a segurança jurídica é um elemento constitutivo do Estado de Direito que se associa intimamente ao Princípio da proteção, ao qual deverá ser exigido perante os atos que advirem dos três poderes.

Essa concepção se desenvolve à volta de dois conceitos: o primeira, da estabilidade ou eficácia da segurança jurídica, haja vista que as decisões dos poderes públicos, uma vez adotadas, na forma e através do procedimento legal exigido, não deverá ser modificada de forma arbitrária, sendo somente plausível a modificação das mesmas quando ocorrerem pressupostos materiais particularmente relevantes; e o segundo, da previsibilidade ou eficácia do princípio da segurança jurídica que, de forma fundamental se rege pela exigência da certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Conforme o exposto, a segurança está profundamente relacionada com o Princípio da Legalidade. A expectativa gerada aos indivíduos dependentes do Estado é que as ações do mesmo sejam limitadas às garantias aos cidadãos estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, a segurança jurídica, não versa somente na garantia de um ambiente adequado para a realização de negócios jurídicos ou, de forma mais abarcante, para as relações sociais, mas no envolvimento estatal na manutenção e renovação dessa segurança.

Esse entendimento supera a ideia de seguir o texto legal e se estende a uma adaptação do princípio da segurança jurídica à atualidade, já que a efemeridade dos momentos torna o direito frequentemente obsoleto.

Do ponto de vista dos doutrinadores estudados, a segurança jurídica é um princípio fundamental para a legitimidade e estabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, indispensável para o Estado Democrático de Direito.

2.2 Princípio do direito penal mínimo

Nas premissas de Beccaria, influenciadas nas convicções de Rosseau, John Locke e Voltaire assinalaram o início do Direito Penal moderno, a ideia era de que a pena não deveria ser usada somente para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o infrator através de um sistema penal totalmente diferente do utilizado a época, já que este era desumano, injusto e desproporcional, senão vejamos a sua obra “Dos Delitos e das Penas”:

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis das circunstâncias dadas, proporcional aos crimes, ditada pelas leis. (BECCARIA,1764).

Para o autor, a pena não deveria restringir-se exclusivamente à uma vingança pelo passado, mas, acima de tudo, precisaria ser um ensinamento para o futuro. Sua obra foi essencial, na preparação e amadurecimento da reforma penal dos últimos séculos (BITENCOURT, 2011, p. 70).

A partir de então, nasceu a ideia de aplicar um Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal, influenciada nas circunstâncias desumana nas quais os cárceres eram colocados em meados do séc. XVIII. Delatando o modo cruel que prevalecia nos Tribunais, procurava-se alcançar a humanização das penas aplicadas aos infratores à época.

Desta forma, a ideia de um Direito Penal Mínimo tornou-se a principal forma de pensar o Direito Penal, para que houvesse uma intervenção Estatal mínima, com máximas garantias possíveis dos direitos da pessoa humana.

No Direito Penal Mínimo, a pena possui a função de assegurar a sobrevivência da sociedade civil, bem como a prevenção de prevenir delitos semelhantes, sem, no entanto, exceder o dano produzido pelo agente.

Por outro norte, sustentados pelos princípios da intervenção mínima, insignificância, adequação social, subsidiariedade, legalidade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, propõe-se a eliminar a tipicidade das condutas que se adequam ao tipo penal, mas que não infringem o ordenamento jurídico ou acarretam prejuízos ao bem comum, em razão da insignificância do ato praticado diante dos bens jurídicos tutelados.

Nesse diapasão, necessário se faz destacar que o Direito Penal, tem por fito cessar a violência (QUEIROZ, 2002, p.69). Partindo-se do entendimento de que a violência não é somente um problema social, todavia de cunho cultural, já que só pode ser valorada a contar de um determinado contexto econômico, político e social (CONDE, 2005, p. 3-4).

O garantismo penal ou Direito Penal Mínimo manifestou-se a partir do confronto com a legislação autoritária, através de uma tentativa emancipatória, procurando uma forma de usar alternativamente o direito, negando a Teoria da Prevenção Geral Positiva, que sustenta a ideia de ressocialização dos agentes infratores. Para tanto, foram assinaladas três críticas: a) a ressocialização não segue os valores da secularização e da tolerância; b) a execução penal não possui a estrutura devida para garantir os direitos constitucionais dos condenados e; c) a ineficaz capacidade de resguardar os direitos da pessoa humana quando ocorrem situações de tirania institucional (CARVALHO, 2008, p. 28).

Assim, o minimalismo penal é um modelo de aplicação do direito penal, peculiar de um Estado Democrático de Direito, que carrega o ideal de minimizar a violência à pessoa humana e maximizar sua liberdade, buscando para isso estabelecer padrões de racionalidade quando da aplicação do Direito Penal, condenando qualquer prática autoritária e que possa assegurar a defesa dos direitos sociais acima dos direitos individuais.

2.3 Princípio da separação de poderes

O Princípio da Separação dos Poderes é utilizado para se reconhecer o Estado Democrático de Direito. Seu conceito é a separação de poderes para que seja possível controlar e limitar o poder das funções estatais.

Para tanto, as funções estatais estão distribuídas entre três órgãos, respectivamente Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, com base no art. 2º da CF.

Para corroborar com o exposto, necessário se faz considerar o entendimento de Canotilho (2003, p. 250), uma vez que para o autor o princípio possui qualidade de princípio positivo já que assegura uma justa e adequada coordenação das funções estatais e, por conseguinte, relaciona as competências e responsabilidades dos órgãos constitucionais para o exercício do poder.

Os poderes são divididos em: Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário. O legislativo possui função de editar regras (leis) abstratas e gerais da ordem jurídica. O judiciário possui o fito de deliberar acerca dos conflitos nos casos concretos e aplicar as leis editadas pelo Poder Legislativo. (SILVA, 2006).

Enfim, o Executivo possui a atribuição administrar o Estado e exercer a titularidade das relações internacionais, políticas e econômicas do Governo.

Importante salientar, que os poderes não são separados de forma absoluta, sendo certo que todos podem legislar, administrar e julgar, notando-se que cada em cada poder há funções atípicas e típicas.

Em síntese, para sua efetividade, necessário se faz observar o disposto no art. 2ª da Constituição Federal, “os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si”, onde os órgãos estatais deverão atuar sem que haja conflitos ou subordinação, para que seja possível resguardar o bem comum de todos.

Sendo assim, o Princípio da Separação dos Poderes, é de suma importância para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Questiona-se, no entanto, se quando o Judiciário, acolhe as demandas sociais, por meio de seus atos jurisdicionais, estão invadindo ou não, as atribuições de outro poder.

Por fim, importante salientar que o Poder Judiciário realiza a concretização do texto constitucional, quando utiliza o meio adequado, sem, no entanto, afrontar os demais poderes, observando o Princípio da Igualdade de Direitos, para realizar um tratamento idêntico da lei para todos os cidadãos com base no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4 Princípio da proporcionalidade/razoabilidade

O Princípio da Proporcionalidade está inserido na Constituição de forma implícita, com função de guiar os magistrados na interpretação das normas jurídicas.

Ressalta-se que a ação do Poder Público necessita estar em conformidade com a lei formal e deve ter como preceito o Princípio da Proporcionalidade, uma vez que o legislador, quando elabora as normas não está limitado há certo conteúdo, salvo quando estas podem reduzir algum direito fundamental.

Os direitos e garantias individuais que provém do art. 5º da Constituição Federal e, por consequência, do Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade, concebem maneiras para que o particular possa se defender quando sofrer ou for ameaçado de suportar alguma lesão por ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por qualquer agente público, através de institutos como o mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), habeas corpus (artigo 5º, LXII) ou habeas data (artigo 5º, XXXIV, alínea “a”).

O Princípio da razoabilidade ou princípio da proporcionalidade tem, por conseguinte, papel imprescindível no cumprimento de uma das principais finalidades do Estado Democrático de Direito e sua concepção (CRFB/88, artigo 1º., caput), qual seja, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, com fulcro no artigo 3º., III, da Constituição Federal.

Em sede de Direito Penal, ao assegurar a individualização das penas, conforme o *caput* do art. 5º, CF, está de maneira implícita salvaguardando que estas serão proporcionais ao delito cometido.

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Franco (2007, p. 67), vejamos:

“O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um equilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).” (FRANCO, 2007. p. 67.)

A mais gravosa inconstitucionalidade está no descumprimento ou lesão há princípio, posto que sem princípio não há ordem constitucional e, por consequência, não há democracia ou Estado de Direito.

Desta forma, o Princípio da Razoabilidade/Princípio da Proporcionalidade constitui direito positivo e resguarda a efetivação dos direitos fundamentais, diante do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual de acordo com Bonavides (1996):

“ abrange aparte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência. Portanto, cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, seja por ação ao omissão do Poder Público.”

Sendo assim, conclui-se que o Princípio da Proporcionalidade ou Princípio da Razoabilidade é de suma importância no Direito Penal, uma vez que um Estado Democrático de Direito, defensor da efetividade dos direitos fundamentais, deve agir de modo que o Direito Penal tenha alicerce nas normas proporcionais que coíbam a arbitrariedade, tendo ao mesmo tempo o dever de resguardar os bens jurídicos mais importantes.

2.5 Princípio da colegialidade

O princípio da colegialidade decorre do juiz natural, diante da competência conferida ao órgão colegiado para julgamento das decisões.

Desta forma, os órgãos superiores que são indispensáveis para a concretização do duplo grau de jurisdição devem ser constituídos por órgãos colegiados, pois uma decisão de mérito não pode ser tomada por um único magistrado.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Talamim:

“ (...) em qualquer caso, a atuação isolada do integrante do tribunal submete-se a uma condicionante para que seja compatível com a Constituição. Terá de existir – sob pena de inconstitucionalidade – mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correio desempenho da atividade delegada. As partes necessariamente terão de dispor de um instrumento que lhes permita levar as decisões individuais do relator ao órgão colegiado. Essa é a forma de verificar se o relator correspondeu, na prática do ato que lhe foi delegado, ao pretendido pelo órgão colegiado.”¹

Conclui-se que, as decisões monocráticas, ainda que admitidas, sendo estas proferidas exclusivamente pelo relator, poderão as partes levar a questão a Câmara ou a Turma, através de recurso.

2.6 Princípio do duplo grau de jurisdição

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição acarreta o direito do reexame da decisão judicial. Os recursos correspondentes ao duplo grau de jurisdição possuem como característica principal o efeito devolutivo, uma vez que gera oportunidade de revisão.

Já o recurso de ofício, que ocasiona a reapreciação de causas por outro órgão judiciário, é uma providência conferida pela lei, pelo reexame necessário de algumas sentenças, em determinadas matérias, conforme a situação adotada.

¹Decisões individualmente Proferidas por Integrantes dos Tribunais: Legitimidade e Controle (Agravo Interno)”, in NERY JUNIOR, Nelson;WAMBIER, Teresa Arruda Alvim;Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 10.352/2001; São Paulo : RT, 2002, p.181

O reexame necessário é uma condição objetiva para que a decisão seja eficaz, já que só transita em julgado ou preclui após a reapreciação pelo segundo grau de jurisdição.

2.7 Princípio da duração razoável do processo

O Princípio da duração razoável do processo está firmado na Constituição Federal, em seu art. 5^a, inc. LXXVIII. Tal princípio originou-se a partir do direito à garantia do acesso à justiça e ao direito de ação, que estão previstos no mesmo artigo, inc. XXXV. (SOUZA, SILVA 2008).

Dentre tais garantias, com o advento da Emenda Constitucional 45, mais precisamente em seu § 3^o, deu-se destaque à duração do processo penal, tendo em vista à celeridade e o respeito à dignidade da pessoa humana, com o fito de robustecer a igualdade perante a lei e evitar os efeitos danosos que as circunstâncias do processo causa ao acusado.

Por tais motivos, o presente Princípio possui grande valor, uma vez que a não observância da celeridade, causa prejuízos para a sociedade que aguarda uma resposta rápida e eficiente da justiça, bem como para o acusado, porquanto o simples fato de responder a uma ação penal institui um sofrimento em sua vida (SOUZA; SILVA, 2008).

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO COMPARADO QUANTO AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

A Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, estabeleceu em seu art. 11 a seguinte norma:

"Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

Todavia, a postulação citada, só veio a ser positivada em no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Carta Magna em 1988.

O Código Penitenciário Tipo para a América Latina instituiu em seu item XI que "A pessoa submetida a processo penal presume-se inocente enquanto não seja condenada."

De igual forma, a legislação de Portugal possui em sua Constituição o art. 32, § 2º, qual seja, "Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa."

A não-culpabilidade é respeitado historicamente, uma vez que o estado de inocência do acusado durante o processo é considerado princípio fundamental. Nesse diapasão MARIO CHIVARIO assegura que:

"embora não se trate, de perspectivas contrastantes, mas convergentes, é forçoso reconhecer que no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo-se a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com culpado."

Os Estados Unidos da América positivou no art. VI de sua Constituição que o réu terá o direito "de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas de defesa, e de ser defendido por um advogado".

As influências do Iluminismo são notadas nas Constituições Europeias, que apresentam princípios do processo penal. Nesse sentido, é a Constituição da Bulgária, traz em seu artigo 30 da seguinte forma, "todos tem direito a um advogado defensor a partir do momento de sua detenção ou sua qualificação como acusado" Compulsando as demais Constituições do continente, tais preceitos podem ser observados de igual forma, na Espanha, Itália e Portugal.

Nos países incluídos no MERSOCUL, como a Argentina, esses princípios estão dispostos na Constituição, em seus artigos 18 e 19. Do mesmo modo, são as Constituições do Uruguai (artigos 26 e 27) e do Paraguai (artigos 18 e 19).

Necessário se faz colocar em destaque alguns países em que o sistema democrático não emplacaram de forma devida. Dentre eles a China, em que, teoricamente, os acusados possuem direito de se defender em juízo e as Filipinas, local em que a Constituição garante o direito à ampla defesa e a presunção de inocência como garantia fundamental, com fulcro na seção 14, por exemplo, que "em todos os procedimentos penais, o acusado gozará da presunção de inocência até que se prove o contrário (...)".

Destarte, em que pese os sistemas de normas dos últimos países, trazerem à baila a prerrogativa do indivíduo dentro do processo penal, não colocam em prática esse privilégio, tornando a lei utópica.

De igual forma aos regimes ditatoriais o não cumprimento da lei e das garantias individuais dispostas na Constituição, coloca o indivíduo à mercê de decisões dotadas de argumentos políticos e não jurídicos.

4 A CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana dos Direitos Humanos nasceu por força da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José de Costa Rica no momento em que os países latino-americanos estavam se redemocratizando, após a Guerra Fria.

O texto da Convenção se preocupou as questões essenciais à economia e a liberdade, sobretudo às questões culturais e sociais (artigo 26). O desejo de proteger, não apenas em seu contexto superficial, mas visando a proteção indireta destes direitos com melhores condições à população, para que o Estado Democrático de Direito seja volvido à luta dos males sociais de forma socialmente responsável.

Para tanto, os Estados que aderiram ao pacto deverão dar efetividade plena aos direitos relacionados (artigo 26), sob pena de serem responsabilizados pela omissão na garantia destes direitos.

Certo é que a Convenção Americana dos Direitos Humanos constitui em seu art. 8º, I o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, ao assegurar que "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

É de suma importância salientar que a norma possui valor constitucional no Ordenamento Jurídico Brasileiro, haja vista que o artigo 5º, parágrafo 2º é categórico ao determinar que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A partir de então, o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência se tornou garantia fundamental e, está inserido no Ordenamento Jurídico brasileiro através de duas normas, quais seja, o art. 5º, inciso LVII, da nossa Carta Magna, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de

sentença penal condenatória", bem como art. 8, I, do Pacto de São José da Costa Rica, que após a Emenda Constitucional 45/2004, possui importância de preceito constitucional.

Do mesmo modo, é o entendimento de GOMES FILHO:

" as duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia". Arguindo ainda, que no Brasil, "diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal."

Diante do esposado, restou evidenciado que o princípio da presunção de inocência é mandamento constitucional, que foi ratificado pelo Brasil em um pacto firmado com vários países e, portanto, diante de toda a sua amplitude ganhou repercussão e importância universal.

5 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA E O SEU REFLEXO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição Federal, conforme já exposto, consagrou o reconhecimento da inocência até o trânsito em julgado da decisão. Nesse diapasão, a Carta Magna recepcionou os artigos 393, *caput* e seu inc. I, o artigo 408, § 1º e artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal assegurando a impossibilidade da prisão automática após pronúncia ou decisão condenatória recorrível.

Recentemente, o Código de Processo Penal inclui o art. 283 que estipulou o seguinte:

“ninguém poderá ser preso senão em virtude de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. (BRASIL, 2011)

É clarividente que a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal eram e, ainda são consoantes, com relação ao fato de que a culpa e, conseqüentemente, a execução da pena através da prisão, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (julgamento de todos os recursos admissíveis no ordenamento jurídico).

Os artigos 674 e 675 do Código de Processo Penal também exigem a necessidade do trânsito em julgado para o início da execução penal.

Do mesmo modo, o artigo 105 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), estipula de forma imperiosa que: “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Com relação à pena restritiva de prestação de serviços à comunidade, também se faz necessário o trânsito em julgado da sentença, momento em que será o juiz da execução irá instaurar de ofício ou pelo requerimento do Ministério Público o início da execução (art. 147, *caput*, Lei de Execuções Penais), devendo ele designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou

convencionado, junto ao qual o condenado deve trabalhar gratuitamente, procedendo-se, em seguida, a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deve cumprir a pena (art. 149, inciso II, Lei de Execuções Penais).

Por fim, deduz que para se dar início à execução da pena é imperioso o título executivo judicial que é emitido após o trânsito em julgado da condenação.

6 O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE NA VISÃO HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, na data de 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, realizou uma mudança repentina de paradigma na sua jurisprudência, quanto à execução provisória da pena, assunto este que estava consolidado desde o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, em 05/02/2009.

Ao negar a ordem de *Habeas Corpus* o STF, em sua recente decisão, considerou que a execução da pena realizada após a sentença condenatória de segundo grau, afronta o princípio fundamental da presunção de inocência. Essa mudança de paradigma decorre do julgamento do HC 84.078 em 2009, onde a Corte Suprema, subordinava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, excetuando a hipótese das modalidades de prisão cautelar, a saber, prisão temporária ou preventiva.

O ministro Celso de Mello entendeu que a Constituição Federal consagra a presunção de inocência como direito fundamental inerente à pessoa, independentemente da gravidade do delito que lhe haja sido imputado, devendo ser considerado inocente até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, para que não haja a imposição antecipada de medidas que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

A ministra Rosa Weber segurança jurídica, proferiu o seu voto no seguinte sentido:

“ (...) Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem. Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal.”

Entendeu ainda que, há questões pragmáticas envolvidas, mas que a solução não é a alteração da compreensão do texto constitucional, nesse aspecto, por ordem do Supremo Tribunal.

De igual forma, o ministro Marco Aurélio de Melo, asseverou suas dúvidas quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, já que dessa forma, a mesma não poderá ser tida como Carta Cidadã. Afirmou ainda, que o preceito não permite interpretações, sob pena de se reescrever o preceito constitucional.

O Presidente do STF, à época, ministro Ricardo Lewandowski afirmou que não se pode ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional que diz respeito à presunção de inocência até o trânsito em julgado já que o mesmo é categórico e, portanto, não há outra possibilidade de interpretação.

O relator do *Habeas Corpus* 126.292, ministro Teori Zavascki, entendeu que a análise de fatos e provas se encerra com a sentença penal de segunda instância que confirmou a culpa do condenado, motivo pelo qual o início da execução da pena está autorizado. Ainda, segundo Zavascki, o princípio da presunção de inocência está adstrito a confirmação da sentença em segundo grau, posto que, após esse momento, esgota-se a não culpabilidade e o réu é presumidamente culpado.

O ministro fundamentou a sua decisão, sob o pressuposto de que os recursos extraordinários e especiais, cabíveis ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, da decisão de segundo grau, não discutem provas e fatos, mas somente a matéria de direito, motivo pelo qual a formação da culpa já está concretizada, enfatizando em sua decisão que: “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”.

Sob o argumento alhures, restou fixado um novo paradigma, posto que a confirmação da sentença penal condenatória de segunda instância não reconhece o princípio da presunção de inocência.

Na esteira desses argumentos, fixou-se um novo parâmetro a partir do qual o réu deixa de ter reconhecida a sua presunção de inocência, qual seja, a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância.

O Princípio da presunção de Inocência está e deve continuar íntegro na Carta Magna de 1988, uma vez que o mesmo foi instituído através de muita luta. No entanto, o Supremo Tribunal Federal realizou nova interpretação, quanto ao momento em que a presunção de inocência termina.

Anterior à decisão, a interpretação da Constituição Federal, da forma em que ela deve ser realizada, é de que a presunção de inocência vigorava até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (*artigo 5º, inciso LVII*), atualmente, após a decisão o entendimento é de que a presunção da inocência vigora até a “confirmação da sentença condenatória em segundo grau”.

Sendo assim, o instituto da presunção de inocência não foi “relativizado”, já que neste caso em certas situações ele não seria observado, mas o instituto será observado em qualquer caso, até a sentença condenatória em segundo grau, momento em que se exaure essa presunção.

Conforme já exposto, a presunção de inocência é um direito e garantia fundamental, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nestes termos, é clarividente que a presunção de inocência deve persistir até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A expressa determinação da Constituição institui que o recurso interposto contra a decisão condenatória deve ser recebido em seu efeito devolutivo e suspensivo e a decisão de segundo grau deve ficar sem produzir efeito até que o respectivo recurso transite em julgado. Todavia, com o julgamento do HC 12.292 o STF, realizou uma

efetiva mutação constitucional, aplicando nova interpretação ao dispositivo constitucional.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico possui caráter estático, mas de forma dinâmica, uma vez que a realidade social está em evolução constante e, à proporção que essas mutações acontecem, a sociedade modifica suas exigências, de modo que o direito não pode continuar distante a essas circunstâncias, mas intimamente ligado às mesmas.

O direito deve ser interpretado de forma evolutiva, juntamente com as exigências sociais, no entanto a norma constitucional que fala de preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito é expressa e clara, ao constituir o momento em que a presunção de inocência deve ser derrocada, qual seja, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A decisão proferida, no entendimento do ministro Marco Aurélio, importa em uma “flexibilização sem precedentes, das liberdades fundamentais”, ainda que tenha sido de agrado com parte da população, nesse caso, completa o ministro, “não se avança culturalmente fechando a Lei das leis da República, que é a Constituição Federal”. O cerne da questão é o fato da execução provisória da pena está ou não em consonância com o sistema adotado pela Carta Magna.

Em julgamento realizado no Supremo Tribunal Federal, na data de 05 de fevereiro de 2009, no HC 84.078, restou convencido que a pena não poderia ser executada antes do trânsito em julgado da sentença, diante do princípio da presunção de inocência. Segue a ementa:

" 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. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)."

Múltiplos são os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça rejeitam o efeito automático da condenação. Embora se admita que os recursos extraordinários e especial não constituem a prerrogativa do duplo

grau de jurisdição, somente quando houver o trânsito em julgado da sentença que a condenação pode ser cumprida, sob pena de violar a presunção de inocência, vide a Ementa do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA NA QUAL NÃO SE REITEROU ESSA FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA: IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. PRECEDENTES. 1. Prisão preventiva decretada, a título de garantia da ordem pública, com base na gravidade do crime imputado ao Paciente, ressaltando a existência de indícios de autoria e prova da materialidade, fundamentos que não foram mantidos quando da prolação da sentença condenatória. 2. Destaco que a matéria envolvendo o direito de recorrer em liberdade de réu condenado sem trânsito em julgado (HC 83.868, Relator Ministro Março Aurélio; RHC 93.123, de minha relatoria), envolvendo a execução provisória de pena em caso de pendência (ou possibilidade) de interposição de recurso especial ou extraordinário - sem efeito suspensivo (RHC 93.287 e HC 93.172, ambos de minha relatoria; HC 84.078, Relator Ministro Eros Grau; HC 91.676, HC 92.578 e HC 92.691, estes da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski), teve sua apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal na sessão do dia 5.2.2009. Nesses casos, reviu-se a posição que vigorava no Supremo Tribunal Federal de que a pendência de recursos sem efeito suspensivo autorizava o recolhimento do condenado, ainda antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Firmou-se a posição, por maioria de votos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, de que há óbice de prisão para execução ainda provisória de pena na pendência de recurso especial ou extraordinário. A única exceção ficou assentada no caso de prisão cautelar por decreto fundamentado. 3. Ademais, a jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal afasta a prisão preventiva que se funda na gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo. 4. Ordem concedida. (STF - HC: 98217 MS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/09/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-03 PP-00949).

No mesmo sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06. (1) SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. APELAÇÃO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VERIFICAÇÃO. (2) PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS E REGIME INICIAL ABERTO. PROCESSO AINDA EM CURSO. PACIENTE SOLTO. REFORMA DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A ausência de previsão de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário não se constitui em motivo válido para o início da execução provisória da pena, porquanto tal representaria dano prejuízo ao princípio constitucional da não-culpabilidade. In casu, por mais que as insurgências para os Tribunais Superiores tenham sido inadmitidas, ausente o trânsito em julgado e, não apontados elementos cautelares para embasar a prisão provisória, mostre-se iníquo a determinação prisional. 2. Por mais que o STF tenha

reconhecido a inconstitucionalidade da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no tocante ao § 4.º do art. 33 e ao art. 44 da Lei 11.343/06, na espécie, encontrando-se o processo ainda em curso e, estando o paciente solto, mostra-se prematura a intervenção desta Corte para a alteração da pena e a modificação do regime inicial de desconto da reprimenda, por meio da excepcional via do habeas corpus. 3. Ordem conhecida em parte e, em tal extensão, ratificada a liminar e acolhido o parecer ministerial, para assegurar ao paciente o direito de recorrer em liberdade da condenação lançada na Apelação Criminal nº 990.09.069480-7, do Tribunal de Justiça de São Paulo. (STJ - HC: 166634 SP 2010/0052159-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 03/02/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2011).

Importante salientar que durante o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 (02/2016), o Ministro Dias Toffoli denegou a ordem do *habeas corpus* em seu voto, para autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contrapartida, durante o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 oferecidas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na data de 05 de outubro de 2016, que visavam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, adotou uma posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao Supremo Tribunal de Justiça, mas não de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de temade natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial. Para Toffoli, a CF/88 exige a certeza da culpa para a aplicação da pena, e não só sua possibilidade.

É certo que a repentina mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal que possui tradição garantista traz instabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, aonde os operadores do direito se vêm à mercê de inesperadas diminuições da importância de Princípios Constitucionais, o que será melhor elucidado no tópico seguinte.

7 A (IM) POSSIBILIDADE DA PRISÃO PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RECENTE DECISÃO DO STF NO HC 126.292

A Constituição Federal, conforme já exposto, deixa claro, em seu art 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (cf. inciso LVII).

A Questão da possibilidade ou não da execução antecipada da sentença penal condenatória é de grande repercussão na seara jurídica em torno da provável ofensa ao princípio do princípio do direito penal mínimo.

É notório que diversos países, conforme exposto anteriormente adotam o “duplo grau de jurisdição”. Contudo, a Carta Magna Brasileira, segue o “trânsito em julgado da decisão condenatória”.

Quanto à questão do Direito Internacional, o Ministro Teori Zavascki, no momento de proferir o voto no *Habeas Corpus* 126.292, mencionou o entendimento da ex-ministra Ellen Gracie, na apreciação do *Habeas Corpus* 85.886, no sentido de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

Nesse diapasão, importante salientar que a presunção de inocência pode ser regulamentada à maneira que cada país entender melhor, conforme o seu ordenamento jurídico interno. A única requisição do Direito Internacional é que a presunção de inocência seja consagrada como Direito Penal Mínimo, inerente à dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida a esse entendimento, ao manifestar seu voto, o ministro Zavascki destacou que:

“A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar,

a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias".

Data vênia, esse entendimento não pode ser acatado, haja vista o fato de que a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado é conflitante com as garantias constitucionais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e com os países que adotam o sistema do Estado Democrático de Direito.

A própria Convenção Americana dos Direitos Humanos, em seu art. 8º estabelece que a inocência do acusado é presumida enquanto não se comprovar legalmente a sua culpa e que qualquer pessoa tem o direito de recorrer da sentença para o tribunal superior.

Certo é que a decisão esta dotada de um apelo da sociedade que não tolera mais a impunidade e criminalidade e diante do combate a corrupção que o país enfrenta, sobretudo daqueles dotados de maior poder. O espírito do julgamento sobre a leitura correta da expressão "trânsito em julgado", sendo aquela em que termina a instância de provas está correta.

Entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, não pode contrariar as disposições principiológicas da Carta Magna. Além disso, o método utilizado para essa mudança repentina no entendimento do Tribunal, não pode ser considerado o meio adequado, sendo certo que o mesmo deve advir com o devido resguardo pelo Congresso Nacional, através de uma Emenda Constitucional, sob pena de afrontar o Princípio da Separação dos Poderes.

Outrossim, é imprescindível analisar o sistema do duplo grau de jurisdição, diante do novo paradigma, qual seja, a presunção está afastada após a jurisdição condenatória ou após o duplo grau de jurisdição?

Com o novo entendimento, a pena possui cumprimento provisório após um acórdão do 2º grau que condene o réu, mesmo que ele seja absolvido anteriormente na

decisão de 1ª instância. Contudo, a execução da pena, com a jurisdição condenatória se iniciará após a confirmação de 1º e 2º grau.

Sendo assim, como o duplo grau de jurisdição será realizado frente às ações de competência dos Tribunais de Justiça, Tribunais Federais e Supremo Tribunal Federal? A alegação é de que não há duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias, o que ocasionada grave repercussão na situação do recorrente, já que desta forma o duplo grau de jurisdição torna-se enfraquecido.

De igual modo, tal fato restringe abusivamente a ampla defesa, fato insustentável no Estado Democrático de Direito, obstruindo, portanto, uma garantia constitucional criada pelo próprio Estado o que acarreta uma instabilidade na segurança jurídica.

Outro ponto importante a se destacar é a prisão de natureza cautelar, disponibilizada no ordenamento jurídico brasileiro, que necessitam da certeza de materialidade e não apenas, vago indício de autoria, conforme os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sendo assim, qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença assume a natureza cautelar, quais sejam a prisão temporária, prisão em flagrante ou a prisão preventiva, ou seja, aquelas em que se tem certeza da culpa.

Importante salientar que no julgamento da ADPF 144/DF no ano de 2008, o ministro Zavascki (2008) pronunciou o seguinte entendimento:

“(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.”

Ou seja, 30% das decisões criminais dos Tribunais Superiores, uma realidade que torna imprescindível o respeito ao princípio da presunção de inocência.

Além disso, importante destacar a ineficiência e a precariedade do sistema carcerário brasileiro, que possui 600 mil presos, conforme levantamento do INFOPEN 2014, em que, destes, 41% dos presos ainda estão aguardando o trânsito em julgado das condenações.

Outro fato que não se deve ignorar é a tutela antecipada do Direito Processual Civil, que possui natureza satisfativa, o que não ocorre no Direito Processual Penal, já que não há previsão da tutela antecipatória, que ocorre *in casu* para satisfação midiática.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, no presente trabalho, que a antecipação da sentença penal condenatória, viola Princípios Constitucionais, inerentes à dignidade da pessoa humana. O objetivo principal foi analisar o recente julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP que modificou um entendimento já pacificado pela Suprema Corte.

Salta aos olhos, a incoerência e a instabilidade nas decisões da Corte, que modificou entendimento consolidado pelo *Habeas Corpus* 84.078/MG de 2009.

Não há dúvidas de que a presunção de Inocência foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro como garantia constitucional e princípio basilar do Estado Democrático de Direito e a violação a princípio constitucional implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal não possui legitimidade ou mandato para modificar preceito Constitucional quando extingue, na prática, a proteção dada ao cidadão através garantia constitucional. O STF pode realizar interpretação do texto Constitucional, até mesmo fugir de sua literalidade, mas não pode, em nenhuma hipótese, restringir garantias individuais e ampliar o poder punitivo do Estado.

Na legislação infraconstitucional há hipótese excepcional para a prisão do acusado antes da condenação da sentença, qual seja a prisão provisória, no mais a execução penal antecipada contradiz os artigos 674 e 675 do Código de Processo Penal e o artigo 105 da Lei de Execuções Penais, que estabelecem a imperiosa necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para se iniciar a execução da pena.

Diante dos lapsos e equívocos de interpretação praticados pelo Supremo Tribunal Federal, não há, desse modo, outra escapatória, se não uma crítica constante e pública da prática jurisdicional do Tribunal Superior, guardião da Carta Magna, quando essa se revela frontalmente incompatível com as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Saraiva, 2003 São Paulo.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v.1. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997. Fontes, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 mar. 2016.
- BRASIL. **Presidência da República. Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.
- BRASIL. **Presidência da República. Lei de Execução penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HC84.078/SP**. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HC 126.292/SP**. Min. Eros Graus. Disponível em: <www.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 20 set. 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 mai. 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GUSMAO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 40. ed. Forense, 2008.
- IFOPEN, 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf. Acesso em 15 nov. 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.p. 378-379.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Impetrante: Omar Coelho Vitor. paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília 05 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em 10 nov. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.