

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ADÉLIO PEREIRA DE CASTRO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO *HABEAS
CORPUS* 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**ARACAJU
2017**

ADÉLIO PEREIRA DE CASTRO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO *HABEAS
CORPUS* 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Fábio Brito Fraga

**ARACAJU
2017**

Ficha Catalográfica

C355p

CASTRO, Adélio Pereira de

Presunção de Inocência: uma análise do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal / Adélio Pereira de Castro. Aracaju, 2017. 48 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Fábio Brito Fraga

1. Presunção de Inocência 2. Direitos Fundamentais 3. Conformidade 4. Interpretação Constitucional I.TÍTULO.

CDU 342.7 (813.7)

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

ADÉLIO PEREIRA DE CASTRO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO *HABEAS*
CORPUS 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fábio Brito Fraga
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Daniela Ramos Lima Barreto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Matheus Dantas Meira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico primeiramente este trabalho a minha família, em especial a quatro mulheres de que muito me orgulho por fazerem parte de minha vida, são elas: a minha esposa Josy de Oliveira Castro, que muito me apoiou quando fiz a escolha de voltar a estudar depois de mais de uma década longe dos bancos da faculdade, as minhas filhas Vitória Mirelle Oliveira de Castro e Maria Eduarda Oliveira de Castro de onde tiro forças quando olho para elas e me vem à coragem de seguir em frente e por último e não menos importante a minha mãe Maria Auxiliadora Santos Lima que a muito me apoia e estimula nas decisões que tomo, desde a mais tenra idade. Não posso aqui deixar de mencionar uma pessoa, que já não está entre nós e muito me faz falta, meu pai, Antônio Pereira de Castro Souza exemplo de ser humano, digno, correto, na linguagem popular 'uma homem de bem' no qual me espelho. Aos meus irmãos Anderson Lima de Souza e Andreia Lima de Castro Souza pela força e confiança depositadas em mim e a todos os amigos que torciam por meu sucesso, às vezes de forma aberta, outras de forma silenciosa, acreditando que esse dia chegaria, muito obrigado.

AGRADECIMENTOS

Fazer uma lista de todas as pessoas a quem agradecer não é fácil, pois, posso cometer a suprema injustiça de deixar de fora alguém que mereceria estar na lista, para facilitar farei em ordem cronológica do curso.

Abrindo a lista o professor Agripino Alexandre da matéria Introdução ao Estudo do Direito a primeira que começou a descortinar esse mundo, tão vasto, do Direito para mim. Aos professores Kleidson Nascimento dos Santos de Direito Civil I e Augusto Cezar Leite Rezende, Direito Constitucional I e II, pela forma bastante didática de expor as aulas o que facilitou em muito à aprendizagem do assunto. Ainda na área cível deixo a minha gratidão ao professor de Teoria Geral do Processo Olavo Pinto e ao professor José Carlos dos Santos que me proporcionou aulas maravilhosas sobre o Direito de Família.

Entrando em outro ramo do Direito, o que mais me agradou, a seara penal, registro o meu agradecimento aos professores Sandro Luiz da Costa, Matheus Dantas, Evânio Moura e ao meu orientador Fábio Brito Fraga por me mostrarem o lado humano do Direito Penal e do Processo Penal, onde o acusado não pode ser considerado apenas um objeto e deve ter todos os seus direitos assegurados pelos agentes da persecução penal.

Encerrando agradeço a instituição FANESE pela estrutura oferecida durante todo o curso de Direito, me dando a certeza de ter feito a escolha certa de onde estudar.

“Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.
Evandro Lins e Silva

RESUMO

Em 17.02.2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus 126.292/SP tendo como relator o ministro Teori Zavascki. Ao final da votação foi decidido que é possível a execução antecipada da pena após a condenação do réu na segunda instância, e que esse entendimento não fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Partindo desse ponto, algumas questões foram levantadas. A primeira e mais importante é saber se a interpretação que foi dada pelos ministros do STF ao art. 5º, LVII da Constituição Federal encontra respaldo no próprio texto constitucional. Como se sabe, a Constituição de 1988 foi elaborada após um período de intervenção militar e influenciado pelo passado recente, o constituinte dotou o texto constitucional de inúmeras garantias e direitos individuais, sociais e trabalhistas. Ficando conhecida como Constituição cidadã. Portanto, o regime e os princípios da constituição são de proteção ao cidadão e da sociedade contra interferências do Estado. Estabelecer o alcance dessas normas é tarefa das mais difíceis porque princípios são genéricos, abertos, eles podem incidir ou não sobre um caso concreto, ao contrário das leis que seguem a regra do tudo ou nada. Sendo a Constituição o ápice do ordenamento jurídico, as leis abaixo dela devem seguir os seus ditames, ou seja, as suas regras e os seus princípios, estabelecer se o Código de Processo Penal brasileiro adotou o espírito da Constituição, torna-se então necessário. Tendo adotado, o processo penal estará em conformidade com a lei maior e haverá harmonia nas decisões judiciais no momento de decidir sobre a privação de liberdade de qualquer indivíduo.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Interpretação. Conformidade.

ABSTRACT

On February 17, 2016, the Federal Supreme Court judged Habeas Corpus 126,292 / SP with Minister Teori Zavascki as rapporteur. At the end of the vote it was decided that it is possible to execute the sentence in advance after the conviction of the defendant in the second instance. And that this understanding does not violate the constitutional principle of the presumption of innocence. From that point on some questions were raised. The first and most important is to know if the interpretation that was given by the STF ministers to art. 5, LVII of the federal constitution finds support in the constitutional text itself. As it is known the 1988 constitution was drawn up after a period of military intervention and influenced by the recent past the constituent endowed the constitutional text with numerous guarantees and individual, social and labor rights. Becoming known as a citizen constitution. Therefore the regime and the principles of the constitution are of protection to the citizen and of the society against interferences of the state. Establishing the scope of these norms is the most difficult task because principles are generic, open, they may or may not affect a concrete case as opposed to laws that follow the rule of all or nothing. Since the constitution is the apex of the legal order, the laws below it must follow its dictates, that is, its rules and principles, establish if the Brazilian code of criminal procedure adopted the spirit of the constitution then becomes necessary. Having adopted, the criminal proceeding will be in accordance with the larger law and there will be harmony in the judicial decisions when deciding on the deprivation of freedom of any individual.

Keywords: Presumption of Innocence. Interpretation. Conformity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC- Ação Direta de Constitucionalidade

CF-Constituição Federal

CPP- Código de Processo Penal

HC- Habeas Corpus

LEP- Lei de Execuções Penais

MP- Ministério Público

Resp- Recurso Especial

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

SV- Súmula Vinculante

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	Os direitos fundamentais na Constituição brasileira	8
2.1	O Princípio da Presunção de Inocência.....	10
2.1.1	A interpretação constitucional.....	13
2.1.2	A eficácia das normas constitucionais.....	15
3	HISTÓRICO DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292.....	17
3.1	O entendimento anterior quanto à possibilidade de execução provisória da pena após julgamento pela segunda instância.....	22
3.1.2	A prisão por sentença irrecorrível, à prisão preventiva e as outras medidas cautelares.	24
3.1.3	Os recursos no processo penal brasileiro e o reexame de provas em matéria recursal.....	27
4	DA IM(POSSIBILIDADE) DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS À DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO NO STJ.	31
5	A CRÍTICA DA DOUTRINA AO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP	35
6	A POSSIBILIDADE DO ERRO JUDICIÁRIO COMO MOTIVO DETERMINANTE PARA TORNA EFICAZ O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU A LIÇÃO DO MESTRE FRANCESCO CARNELUTTI).	36
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A defesa e a interpretação da Constituição Federal é a missão precípua do Supremo Tribunal Federal. Assim, nas decisões da última instância do Poder Judiciário nacional devem ser observadas pelos órgãos inferiores do judiciário e tem reflexos na sociedade brasileira.

O novo contorno que foi dado ao Princípio da Presunção de Inocência, contido no art. 5º, inciso LVII da Magna Carta, no julgamento do HC 126.292/SP perante o STF, permite que todo condenado em segundo grau inicie o cumprimento da pena independentemente da interposição de recurso para os tribunais superiores. O entendimento anterior, que era possível responder todo o processo em liberdade até o trânsito em julgado, foi estabelecido no julgamento do HC 84.078/MG que teve como relator o Ministro do STF Eros Grau. Não é a primeira vez que a corte muda de posição, em 28.06.1991, no julgamento do HC 68.726, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, o tribunal entendeu ser possível à execução antecipada da pena. Constata-se que agora a Suprema Corte retoma essa posição.

A partir do entendimento da doutrina o presente trabalho tem como objetivo geral analisar: a interpretação dada à constituição pelo STF foi correta? Os argumentos utilizados para sustentá-la serão as questões norteadoras. A falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial pode ser vista em prejuízo do acusado? A diferença das modalidades de prisão foi percebida pelo STF? O argumento da impossibilidade de reexame de provas é válido?

A liberdade é provavelmente um dos mais importantes direitos que o ser humano pode ter. Não é por acaso que em nossa Constituição no título II que trata dos direitos e garantias fundamentais, ele é o segundo na ordem contida no caput do art. 5º seguido do direito a igualdade, a segurança e a propriedade. O primeiro é o direito a vida.

A defesa do Princípio da Presunção de Inocência ao longo dos anos vem sendo aprimorada contra interferências de terceiros e do Estado. E a forma de cerceamento da liberdade está presente na Lei Maior do país de forma às vezes clara (art. 5, LXI, primeira parte, prisão em flagrante), às vezes de forma aberta (art. 5º, LXI, segunda parte, por ordem escrita e fundamentada) cabendo ao legislador

definir os termos e conceitos: o que é prisão em flagrante e a ordem escrita e fundamentada.

Aos membros do judiciário foi dada a missão de aplicar as leis, muitas vezes interpretando-as, mas sempre respeitando os limites impostos pela vontade do constituinte. O Processo Penal é o instrumento que o Estado possui para decidir se o indivíduo deve ser privado de sua liberdade. Um erro em matéria penal não tem reparação. No Processo Civil tudo se resolve com perdas e danos e indenização, na seara penal isto não é possível, o tempo de cárcere não se devolve, é tempo perdido pelo acusado.

Disso resulta a importância do tema, as regras devem ser claras e o entendimento que se dá às mesmas também, pois o Processo Penal é algo pelo que ninguém quer passar, mas na verdade todos estão sujeitos a ele. Enquanto realidade distante em que outros aparecem como objeto do processo, o cidadão comum parece nutrir apenas curiosidade pelos fatos, sendo apenas mais uma notícia. Mas ao enfrentar o Estado com todo o seu aparato, Ministério Público, Polícia judiciária, etc.; é que o cidadão percebe quanto vale a liberdade, que no Processo Penal só existe um pedido, a condenação do réu, e por isso esta somente deve ocorrer quando inexistir dúvida razoável dos fatos, provas e da interpretação da lei; esta sempre de acordo com a constituição.

Para os acadêmicos que no futuro estarão atuando na área, e veem hoje os tribunais superiores como algo distante, principalmente o STF pelos requisitos necessários a se chegar a ele, o exercício livre de indagar as posições da corte suprema e criticá-las pode ser enriquecedor, dado o nível de abstração das decisões lá tomadas. Além disso, o exercício da advocacia é uma constante capacidade de argumentar, às vezes contra o entendimento predominante dos juízes e tribunais na defesa de seu cliente.

O Direito está sempre em construção, e a contribuição da doutrina sempre foi importante nesta obra, doutrina que se faz dentro das universidades através de trabalhos que no futuro poderão ter influência sobre a formação das leis e aplicação delas pelo Poder Judiciário. Como é sabido, o direito, no sentido de lei positivada, está sempre atrasado em relação à doutrina e ao que pensa e ocorre na sociedade.

Assim, o estudo começa com um breve histórico do caso, seguido dos direitos e garantias fundamentais do cidadão albergados na nossa Constituição e da interpretação e força normativa que possuem esses direitos. Como o tema em seu íntimo trata da liberdade, tornou-se necessário escrever sobre as formas de cerceá-la, previstas na Constituição e no Código de Processo Penal.

Há uma análise das premissas que foram utilizadas para construir a decisão. Se a falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial não modifica a formação da culpa, e a culpa deve estar baseada em uma decisão escrita e fundamentada, do tribunal de segunda instância, que justifique a prisão, logo se faz necessário saber se a falta de efeito suspensivo desses recursos autoriza o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Construir o raciocínio dessa forma tem por escopo facilitar o entendimento do tema e da pesquisa, tudo alicerçado em pesquisa bibliográfica da mais bem avalizada doutrina.

2 Os direitos fundamentais na Constituição brasileira

A doutrina divide os direitos fundamentais presentes na Constituição brasileira em individuais e coletivos, sociais, sócio-trabalhistas, de nacionalidade e políticos. Dentro da ordem constitucional brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, III, da CF atua como vetor de interpretação e criação de todo ordenamento jurídico e os direitos e garantias fundamentais seguem esse caminho.

Inicialmente é importante destacar a diferença que existe entre direito e garantia. Na lição de Pedro Lenza “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”. (LENZA, 2008, p. 589).

Assim, o *caput* do art. 5º enumera os direitos básicos de todo indivíduo: a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O rol de incisos que se seguem são garantias, os instrumentos, necessários para se usufruir dos direitos prescritos. A liberdade, no sentido dos limites desse trabalho, portanto, a liberdade do acusado, tem como instrumento de defesa a norma do inciso LVII, que atua como descrito acima, de forma preventiva.

É muito comum a confusão de termos entre direitos fundamentais e direitos humanos, para muitos são sinônimos, mas citando Ingo Sarlet, a diferença está que os direitos fundamentais são aqueles positivados nas constituições e os direitos humanos são aqueles presentes em tratados internacionais. O constituinte atento a essa diferença conferiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil *status* de emendas constitucionais, é a literalidade do art. 5º, § 3º.

Para compreender como os direitos fundamentais atuam em defesa do cidadão, é necessário saber que eles têm duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva. A primeira opera no plano individual onde cada indivíduo espera do Estado um comportamento ou omissão nas relações jurídicas onde este for parte, assim em matéria penal a individualização da pena, a retroatividade da lei mais benéfica para beneficiar o réu e o respeito à integridade física e moral dos presos são exemplos de

como o Estado deve agir, ou seja, é uma defesa pessoal contra abusos por parte do ente público. A segunda dimensão trata do caráter positivo que o Estado deve assumir para proteger o cidadão e a sociedade, não só de sua própria conduta (Estado), mas também de particulares, fornecendo e assegurando itens básicos para uma vida digna, a defesa da intimidade e da vida privada, o direito à jornada de trabalho legal, o direito à educação, ao meio ambiente saudável etc. Importante notar o caráter de direito subjetivo que impregna as garantias e direitos fundamentais.

A Constituição brasileira tem uma defesa contra tentativas de retirada dos direitos e garantias individuais presentes em seu texto. O art. 60, § 4º, IV, institui as chamadas cláusulas pétreas, estabelece que não deve ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Nem o próprio poder reformador constituinte derivado pode abolir tais cláusulas. Somente amplia-las.

A doutrina confere aos direitos fundamentais as seguintes características: generalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e limitabilidade. Apesar da importância e função de todos eles no presente trabalho o que mais interessa é o último, pois é de conhecimento comum que não existe direito absoluto, então estabelecer os limites deles é assunto dos mais cruciais. Principalmente quando se trata da liberdade. Assim, a presunção de inocência, tema deste trabalho, tem um limite que não é estabelecido pelo legislador ou judiciário, mas pela própria carta constitucional como se pretende demonstrar.

Com relação à característica limitabilidade, ganha relevância o princípio da proteção do núcleo essencial, porquanto não há que se admitir que a atividade de restrição aos direitos fundamentais seja incondicionada e atinja o próprio cerne de tais direitos. Caso contrário, ter-se-ia a permissão absoluta dada ao legislador – ou ao aplicador da norma – para restringir o âmbito de tutela constitucional desses preceitos, esvaziando completamente o sentido de proteção conferido pela ordem jurídica. (BARRETO, 2015, p. 217)

Assim o núcleo essencial da presunção de inocência é o direito à liberdade que as pessoas têm, essa é a regra preceituada pela Constituição, a prisão é exceção e como toda excepcionalidade, existem condicionantes para sua aplicação. O constituinte originário dotou de tamanha importância às garantias fundamentais que vedou até mesmo a possibilidade de esvaziamento da norma por via legislativa

ou interpretativa, pois deixar de aplicar é negar a sua validade.

2.1 O Princípio da Presunção de Inocência.

A Presunção de Inocência é um princípio construído ao longo dos séculos por defensores da limitação do poder estatal e da liberdade individual dos cidadãos, tendo os seus primórdios no século XVIII, na França revolucionária, onde pela primeira vez foi integrada a um documento público.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu art. 9º assim a descrevia: “Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”. Passaram-se mais de um século para que a presunção de inocência obtivesse *status* de norma constitucional, na Itália em 1948, na França em 1958, em Portugal em 1976, na Espanha em 1978 e no Brasil em 1988.

Ao mesmo tempo começaram a surgir documentos internacionais tratando do tema ao longo do sec. XX, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), este ratificado pelo Brasil em 06.11.1992, pelo decreto nº 678 passando a integrar o ordenamento jurídico brasileiro de acordo com o § 3º do art. 5º da CF como se fosse uma emenda à Constituição.

Importa destacar que a doutrina distingue regras de princípios, as regras são comandos imperativos que proíbem, permitem ou impõem determinados comportamentos ao indivíduo, seguem a lógica do tudo ou nada, sendo válida a norma e encaixando-se no caso fático, obrigatoriamente ela incide sobre ele. Diferentemente dos princípios que são normas abertas, abstratas, trazem em seu bojo um sentido de maximização ou otimização do direito previsto. Em regra a validade de um princípio não pode ser questionada, ao contrário de seu alcance, porque em geral estão todos positivados ou estão implícitos nos textos constitucionais. As regras para serem aplicadas dependem apenas de sua validade e moldura ao caso fático, os princípios além da validade dependem de uma

ponderação, se estiverem em choque com outro princípio, ou seja, nesse momento o alcance da norma deve ser definido pelo intérprete.

O Princípio da Presunção de Inocência albergado no art. 5, LVII da CF é uma garantia do cidadão contra o poder punitivo do estado e esta inter-relacionada com outras garantias constitucionais entre elas a jurisdiicionalidade prevista no inciso LIV, “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal” e o direito ao silêncio, inciso LXIII, que não pode ser interpretado em prejuízo do réu, ambos do mesmo art. 5º.

Mas as garantias mais importantes relacionam-se com a forma como o acusado deve ser tratado durante o curso do processo penal e sobre a importância da prova em matéria penal. Segundo a doutrina de Eugênio Pacelli, a função da Presunção de Inocência é garantir ao réu duas regras: uma de tratamento, outra no âmbito da prova.

A primeira regra dá ao acusado a segurança de que em nenhum momento durante o processo lhe sejam impostas restrições pessoais baseadas somente em uma possibilidade de condenação. A segunda regra, sobre a prova, implica dizer que o ônus probatório é da acusação, ao acusado cabe apenas efetuar a sua defesa em cima dos fatos alegados e de excludentes de ilicitude e culpabilidade. Assim, uma prisão antes do trânsito em julgado da sentença somente será possível se for baseada na prisão provisória e um tratamento mais restritivo a ser aplicado ao réu deve seguir o que preceitua a Lei 12.403/11 que trata de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Portanto, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença só poderá ocorrer se for de natureza cautelar para resguardar a jurisdição penal ou a efetividade do processo, sempre de forma fundamentada pelo juiz. Mesmo as cautelares diversas da prisão exigem fundamentação da parte do magistrado. A presunção de inocência alcança até o inquérito policial, já que para haver indiciamento é necessária justa causa, pois o inquérito policial impõe ao acusado uma carga de negatividade socialmente indesejável e a justa causa é condição da ação penal. Não é diferente o entendimento da doutrina:

Afirma-se frequentemente na doutrina pátria que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência (ou não culpabilidade), impõe ao poder público a observância de duas regras específicas em relação ao

acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. (OLIVEIRA, 2014, p.48).

Assim, sendo a prisão efeito da condenação, esta só deverá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, que ocorre quando não há mais possibilidade da causa ser discutida e o processo se encerra, podendo acontecer tanto na primeira instância ou nos tribunais superiores.

Em outras palavras, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. (OLIVEIRA, 2014, p.48).

A doutrina tem discutido a possibilidade de separação do dispositivo da sentença em capítulos e se seria possível ocorrer o trânsito em momentos distintos dentro do mesmo processo. Por exemplo, um cidadão responde por homicídio e lesão corporal é condenado pelos dois crimes, à sentença tem dois capítulos, mas só recorre de um, o que autorizaria a execução imediata do outro, mesmo pendente recurso em relação a parte da sentença, o capítulo recorrido.

O STF aplicou este entendimento no julgamento da Ação Penal 470, caso que ficou conhecido como Mensalão. Um trecho do julgamento é citado por Dinamarco: “disse o Min. Joaquim Barbosa”: ‘quanto aos capítulos do acórdão transitados em julgado, contra os quais não foram opostos embargos infringentes, autorizou-se o início imediato da execução das penas’ (Dinamarco, 2014, pag. 32). Assim, o STF determinou o cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado, reconhecendo que o início da execução é determinado pelo trânsito em julgado.

Esse entendimento, apesar de não ser unânime, se adequa melhor ao princípio estudado e às leis ordinárias que tratam do assunto. No caso da Lei de Execuções Penais, esta prevê em seu art. 105 que, transitando em julgado a sentença, a guia de recolhimento para o início da execução devera ser expedida. O pressuposto do trânsito em julgado terá ocorrido e, caso sobrevenha nova condenação, o juiz da execução é competente para somar as penas conforme art. 66, III, a da LEP.

Então, o princípio da presunção de inocência é válido, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal devendo ser observado pelo poder público, desde o inquérito policial e durante o processo penal. As regras visualizadas pela doutrina, quanto ao tratamento dispensado ao réu e ao ônus da prova, devem ser respeitadas pelos aplicadores do direito, garantindo aos acusados a efetiva proteção prevista na Constituição.

2.1.1 A interpretação constitucional

Os limites para os direitos fundamentais devem ser descobertos a partir de fundamentos contidos na própria Constituição e na forma de se interpretá-la. Então estabelecer o âmbito de proteção do direito fundamental – o que está sendo protegido – contra que tipo de restrição e se existe reserva legal limitativa desse direito são pontos nevrálgicos neste trabalho.

A reserva legal de caráter geral está no art. 5º, inciso II, e ao longo do texto da Constituição espalhados com termos diversos: nos termos da lei, salvo hipóteses previstas em lei e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Ou com termos indeterminados como quando trata da propriedade que deve atender a sua função social. A reserva legal então tem o papel de restringir e definir os limites do direito fundamental.

Existem assim dois tipos de reserva legal, a simples e a qualificada. Na primeira, o constituinte incumbe ao legislador a formulação de uma lei, na segunda além de atribuir a edição de uma lei estabelece condições, fins a serem alcançados ou meios para tanto. Há também direitos fundamentais não contemplados com a reserva legal, a presunção de inocência é um deles e as limitações devem estar amparadas no texto constitucional.

A questão tratada agora é saber até que ponto as restrições podem chegar sem esvaziar a garantia constitucional. A Constituição brasileira não trata literalmente do tema, mas a proteção do núcleo essencial da norma constitucional pode ser depreendida no art. 60, § 4º, IV, que veda a abolição dos direitos e garantias fundamentais por emenda constitucional. Assim, as restrições não podem ser de tal monta que atinjam o núcleo essencial da garantia. Nesse ponto, é necessário utilizar o princípio da proporcionalidade, se atender aos requisitos de necessidade e adequação

e mantendo intacto o núcleo da norma a restrição será constitucional.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- a) A identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) A verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva. (MENDES, 2010, p. 375).

No caso em estudo, a liberdade é o bem jurídico protegido e as restrições impostas a ela são as formas de prisão estabelecidas pela própria Carta Magna, contidas no mesmo art. 5º, a prisão em flagrante, a prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, as militares por transgressão ou crime militar. Além da determinada pelo trânsito em julgado. Na legislação infraconstitucional o art. 283 do CPP é uma reprodução dos incisos LVII e LXI do art. 5 da Constituição, o legislador seguiu a determinação constitucional, não extrapolou o limite definido. É dessa forma também tratado pela doutrina.

No caso de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não prevê a Constituição, explicitamente, a possibilidade de intervenção legislativa. Também nesses direitos vislumbra-se o perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados ou de desenvolvimento de situações singulares. Todavia, no caso dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção. (MENDES, 2010, p. 392)

É claro então que a restrição existe e o limite dela também, não podendo o legislador ou juízes e tribunais extrapolar esses limites. O trânsito em julgado torna-se o ponto que não pode ser ultrapassado. Torna-se a proteção do núcleo essencial – liberdade - da norma constitucional. A defesa do núcleo essencial da norma constitucional é admitida de forma implícita pela constituição. Na lição de Gilmar Mendes:

A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV). (MENDES, 2010, p.398).

Os direitos e garantias fundamentais encontram seus limites por meio da própria Constituição. Às vezes de forma expressa, outras vezes através de uma interpretação sistemática que preserve a harmonia e unidade do texto. Ao interpretar, o exegeta deve atentar-se para a vontade do constituinte e ter em mente termos e conceitos trabalhados pela doutrina, como a ideia de proteção ao núcleo essencial da norma, o âmbito de proteção, a reserva simples e qualificada, os limites impostos pelo próprio texto etc.

2.1.2 A eficácia das normas constitucionais

Toda Constituição possui força normativa, mas o constituinte brasileiro decidiu dar aos direitos e garantias fundamentais presentes em todo o corpo da Carta Magna um reforço, através de uma expressão, determinando a sua imperatividade e força cogente sobre os seus jurisdicionados. Assim foi inserido o parágrafo § 1º do art. 5º, estabelecendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A partir dessa determinação expressa do texto constitucional é imperativo discutir as consequências dele sobre a ação do Poder Judiciário. Estabelecer os limites a serem observados é dar aos direitos fundamentais eficácia. Até que ponto as decisões judiciais podem ser aplicadas sem ferir a garantia da presunção de inocência. A eficácia procura evitar o esvaziamento total da norma, como se sabe não existe letra morta na Constituição.

Então, além da aplicação imediata, ela tem que ser eficaz. Para entender como o aplicador do direito pode dar aos princípios e regras constitucionais eficácia, é necessário saber como a doutrina divide esses direitos, a divisão essencial é entre direitos de defesa e direitos prestacionais. Sendo o primeiro um direito subjetivo dos jurisdicionados e para os quais se exige um comportamento de abstenção da parte do estado e de particulares. Assim ensina a doutrina:

Neste sentido, cumpre lembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais- e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional). Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações (SARLET, 2006, pag. 270).

Sendo assim os chamados direitos de defesa – onde se amolda a presunção de inocência – é um direito subjetivo expresso na Carta constitucional e a sua observância pelo poder judiciário não suscitaria maiores discussões, controvérsias. Haja vista o texto possuir densidade normativa suficiente para ser auto-aplicável.

Além disso, aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, alias, já sustentava a clássica concepção das normas auto executáveis. Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando à plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em juízo. (SARLET, 2006, pag.288).

A segunda categoria de direitos fundamentais é a dos direitos prestacionais. Estes preveem uma participação ativa do Estado visando proporcionar aos cidadãos certos direitos indispensáveis e por sua importância não devem ser oferecidos unicamente por particulares, a exemplo de educação, art. 205, saúde, art. 206, entre outros, como não estão ligados ao tema do trabalho não receberam maiores comentários.

3 HISTÓRICO DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292

Este é o histórico do julgamento do HC 126.292, nele além da breve descrição do caso, consta o voto do relator Min. Teori Zavascki e o voto do Min. Luís Roberto Barroso, os outros membros da corte que votaram a favor da tese defendida pelo relator utilizam argumentos semelhantes.

Além do ministro Luís Roberto Barroso seguiram o voto do relator os ministros Edson Fachin, Luís Fux, Carmém Lucia e Gilmar Ferreira Mendes. Contra o entendimento do relator se posicionaram os ministros Marco Aurélio Melo, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

O paciente daquele *habeas corpus* foi condenado em primeira instância (processo nº 0009715-92.2010.8.26.0268, TJ-SP) pelo crime de roubo majorado com o direito de recorrer em liberdade. Apenas o réu recorreu. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação e determinou o recolhimento do réu à prisão. O paciente então impetrou o HC 313.021/SP junto ao Superior Tribunal de Justiça que manteve a decisão do TJ/SP negando o pedido de liminar. Assim o réu impetrou no STF o Habeas Corpus alegando entre outros motivos de que a sentença condenatória não transitou em julgado e que não houve qualquer fato novo justificando uma prisão preventiva.

Em seu voto, o relator reconhece que a decisão do Superior Tribunal de Justiça contraria o atual entendimento do STF consagrado desde 2010 no julgamento do HC 84.078/MG, mas lembra, que o entendimento anterior a este permitia a execução provisória baseado em uma decisão no julgamento do HC 68.726/1991 da relatoria do Min. Néri da Silveira.

Nesse contexto, começa a construir sua decisão em cima da falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e impossibilidade de reexame de provas.

Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (Brasil, 2016, p. 6-7).

Em outro trecho de seu voto diz o Ministro Relator que o juízo de culpa se forma nas instâncias ordinárias, sendo os tribunais superiores incapazes de realizar reexame de prova e de mudar a situação do acusado, e por isso o direito de recorrer em liberdade seria limitado a segunda instância:

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. (BRASIL, 2016, p. 6).

Ao final de seu voto o Min. Teori Zavascki conclui que não ofende o Princípio da Presunção de Inocência a execução antecipada da pena, ainda que pendente Recurso Especial ou Extraordinário porque o juízo de culpabilidade é formado nas instâncias ordinárias e nos tribunais superiores não há apreciação de fatos e provas, apenas de direito, limitando o sucesso desses recursos em favor do réu. Isso favoreceria apenas a interposição de recursos com sentido protelatório, prejudicando a efetividade da jurisdição penal, defendeu o julgador.

Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado (BRASIL, 2016, p.13).

O ministro restringe muito seu voto ao alcance dos recursos extraordinários, e não trata de questões de controle de constitucionalidade de artigos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, que literalmente preceituam a necessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

O *caput* do art. 283 do CPP diz ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A Lei de Execução Penal preceitua, em seu art. 105, 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.

Acompanhando o voto do relator, o Min. Luís Roberto Barroso divide o voto em três partes: delineamento da controvérsia, fundamentos jurídicos e fundamentos pragmáticos da decisão. A primeira parte o ministro divide em outras três: a hipótese, que nada mais é que a descrição resumida do caso concreto, o entendimento do STF sobre o assunto e a terceira trata da ocorrência de mutação constitucional.

Os fundamentos jurídicos da decisão partem do seguinte pressuposto: não é necessário o trânsito em julgado para a prisão, apenas o requisito da decisão escrita e fundamentada do juiz. A partir desse ponto começa a desenvolver seus argumentos colocando que os princípios não são absolutos, sendo que para aplicá-los quando há conflito de princípios, o juiz deve utilizar a ponderação e a proporcionalidade. O conflito se estabelece entre a presunção de inocência e outros dois princípios: o da duração razoável do processo e da efetividade da lei penal.

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. (Brasil, 2016, p.15).

Para o ministro Barroso existem argumentos constitucionais e infraconstitucionais legitimando a execução provisória. O art. 312 do Código de Processo Penal permitiria baseado na conveniência da instrução criminal, na garantia da aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública. Além disso, o uso de recursos considerados procrastinatórios faz com que a sociedade conviva com uma sensação de impunidade. Portanto, sob sua ótica processos longos estimulam aqueles que querem cometer atos ilícitos e deixam desacreditados na justiça criminal os que não pretendem cometer.

Novamente o ministro apela à proporcionalidade para justificar a limitação da Presunção de Inocência, alegando a existência de outros direitos abrigados na Constituição também merecedores de tutela efetiva, assim pontuando:

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação de excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o estado também viola a constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem tutela deficiente de preceitos constitucionais. (BRASIL, 2016, p.16).

A última parte do voto trata dos fundamentos pragmáticos da decisão. Para decidir, o Min. Barroso leva em consideração dois pontos: a contextualização das decisões com o cenário real e as consequências da decisão. Segundo Barroso o entendimento anterior do Supremo gerou consequências negativas. A grande quantidade de recursos considerados protelatórios, a seletividade da jurisdição penal, onde só é preso quem é pobre e, por fim, o descrédito da justiça.

Assim, a reversão desse quadro é possível com a mudança da jurisprudência do Supremo autorizando a execução provisória da pena, o que traria equilíbrio – entre ricos e pobres – e diminuição da seletividade do sistema penal, além de esvaziar a sensação de impunidade.

Segundo o Min. Luís Roberto Barroso, não é inconstitucional a execução antecipada da pena após a condenação em segundo grau. Para ele, existem argumentos constitucionais, aos quais se chega através de uma interpretação sistemática e pragmática da Constituição e argumentos infraconstitucionais no Código de Processo Penal justificando esse entendimento. Assim, ele vota pela mudança na orientação jurisprudencial do STF.

A leitura que faz da Constituição e do Código de Processo Penal, além do que ele denomina interpretação pragmática, podem ter ultrapassado os limites do sentido da norma. A Constituição estabelece a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, mas ela tem natureza cautelar, diferente da permitida após o trânsito em julgado.

Onde o texto é claro não se pode ignorar a literalidade da norma, sob o risco de desvirtuar o mandamento constitucional.

Dentre os votos vencidos a defesa mais enfática da Presunção de Inocência

coube ao Ministro Celso de Mello que em consonância com a doutrina reconhece que uma regra de tratamento é estabelecida pelo princípio, juntamente com o ônus probatório que recai sobre o órgão acusador.

Assim o decano da corte ressalta clareza do texto constitucional que impede que se trate como culpado o acusado antes do trânsito em julgado e cita julgados seus onde antes mesmo do julgamento do HC 126.292 já defendia essa posição:

O postulado constitucional da Presunção de inocência impede que o estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível.

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 96.095/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

O ministro Celso de Mello aceita a possibilidade de prisão no curso do processo, mas não entende que ocorra um esvaziamento do princípio à medida que as condenações ocorram no primeiro e segundo grau.

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular. (Brasil, 2016, p.89)

Além disso, enfatiza que a legislação está em conformidade com a constituição lembrando que a LEP preconiza a necessidade do trânsito em julgado para o início da execução em dois artigos o 105, que trata da pena privativa de liberdade e o 147 que regula a restritiva de direitos. Então, diz o ministro, que nem sequer uma pena de multa pode ter sua execução antecipada.

Outro voto divergente do relator e que também prestigia a clareza do texto constitucional é o prolatado pelo Ministro Marco Aurélio Melo. Citando a máxima da hermenêutica jurídica, que diz onde o texto é claro não cabe interpretação, o ministro vê a possibilidade de se reescrever o texto através da interpretação.

Para o ministro o tempo de prisão é irrecuperável em caso de reversão da decisão nas instâncias superiores e devido a isso o judiciário deve se abster de conferir legitimidade a execução antecipada da pena pois, “ pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.”(pag. 78). No processo civil esse retorno é possível, no processo penal, para o ministro, é impossível.

3.1 O entendimento anterior quanto à possibilidade de execução provisória da pena após julgamento pela segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal já havia tratado da Presunção de Inocência no julgamento do HC 84.078-7/MG que teve como relator o ministro Eros Grau. Neste julgamento, por sete votos a quatro, a Corte decidiu que era possível recorrer em liberdade até o julgamento do último recurso.

Dentre os votos vencedores, destaca-se o voto do relator Eros Grau. O caso versa sobre um réu condenado pela prática do tipo penal agasalhado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, ambos do Código Penal. Na ocasião votaram a favor: os ministros Eros Grau, Celso de Melo, Cezar Peluso, Carlos Brito, Ricardo Lewandovisk, Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Este último o único a mudar de posição no HC 126.292.

Em seu voto, o relator deixa claro que a literalidade do texto constitucional é cristalina e que interpretá-la de forma diferente seria um equívoco. Lembra que leis publicadas nos anos oitenta e noventa tinham caráter repressivo, exemplo das leis 7.960/89, que trata da prisão temporária e a 8.072/90 a conhecida Lei dos Crimes

Hediondos. A época existia uma pressão exercida sobre o legislativo e o judiciário por causa da repercussão de casos como dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina vítimas de sequestro mediante extorsão.

Assim, em seu voto, o relator chama atenção para três pontos principais: a chamada jurisprudência defensiva, a necessidade do respeito à ampla defesa e o argumento de que a impunidade reina no Brasil.

Sobre o primeiro ponto dessa forma se pronunciou o ministro:

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 recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis aí 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 desta corte não pode ser lograda a esse preço (BRASIL, 2009, p.11).

Fica evidente a crítica a estrutura do judiciário e a conveniência dos magistrados em tentar reduzir o volume de recursos e sua carga de trabalho. O número de ministros das Cortes Superiores é o mesmo desde 1988, ano da promulgação da Constituição, sendo que a realidade demográfica hoje é muito diferente, atualmente somos mais de duzentos milhões de habitantes, portanto é natural que a procura ao judiciário tenha aumentado.

Sobre a sensação de impunidade existente no país, argumento largamente utilizado pelos defensores da necessidade de prisão após a segunda instância, o ministro se pronunciou:

Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode generalizar o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso, diz o argumento, porque a casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade inventada, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele consegue evitar a execução. Situações como estas consubstanciarium um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso, eis o fecho de ouro do argumento, porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados habeas corpus, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora, digo eu agora, a prevalecerem essas razões contra o texto da

constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significado ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes... (BRASIL, 2009, p.11).

O voto deixa claro a posição do relator, de que a literalidade do texto constitucional esta sendo violada, de que mesmo quem ultrapassa os limites da lei continua sendo sujeito de direitos, e que a prisão após a decisão de segunda instância é um atalho criado pela interpretação do texto constitucional, para ser possível esse entendimento se faz necessário uma reforma processual.

Os direitos de defesa funcionam como proteção do cidadão contra excessos do Estado. A eficácia desses direitos depende de um comportamento omissivo por parte do estado, não considerar culpado até o trânsito em julgado, não deveria existir maiores complicações para a sua aplicação, pois mesmo por omissão legislativa o direito pode ser exercido.

3.1.2. A prisão por sentença irrecorrível, à prisão preventiva e as outras medidas cautelares.

A restrição à liberdade esta inserida na Constituição Federal no inciso LXI, onde consta a prisão em flagrante, as militares e de forma aberta, a determinada por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciaria, cabendo a legislação infraconstitucional delimitar ordem escrita e fundamentada, no inciso LVII esta a prisão baseada no trânsito em julgado da sentença penal.

A prisão baseada em flagrante não merecera comentários neste trabalho, pois não é objeto dele, assim como as militares e a temporária que apesar de ser decretada por ordem judicial ocorre na fase de inquérito policial e sendo assim não interessa ao estudo. Então somente serão abordadas a preventiva e a decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível. A prisão preventiva é baseada no art. 5º, LXI, CF e tem natureza cautelar. A baseada em sentença condenatória transitada em julgado baseia-se no mesmo inciso que abriga o principio da presunção de inocência. Sendo assim explicar as formas de restrição de liberdade contidas na constituição e a forma como são reguladas na legislação ordinária torna-se crucial, para que não ocorra confusão entre os institutos. Porque ambas

tem a mesma finalidade, mas com fundamentos diferentes.

A preventiva pode ser decretada pelo rol de motivos escritos no art. 312 do código de processo penal: garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, tudo isso se houver prova do crime e indícios de autoria.

Nesse rol de motivos descritos acima a garantia da ordem pública é o que gera maiores controvérsias. Por ser um termo aberto, muito vago, abre espaço para todo o tipo de discricionariedade por parte dos juízes e tribunais por isso a crítica da doutrina.

Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de 'clamor público', de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua 'tranquilidade'. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a 'gravidade' ou 'brutalidade' do delito como fundamento da prisão preventiva. Também a quem recorra à 'credibilidade das instituições' como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a 'crença' no aparelho estatal repressor. (JUNIOR, 2016, p.651).

A conveniência da instrução criminal é outro termo bastante amplo utilizado como pressuposto da prisão preventiva sendo utilizado para a proteção da prova. O acusado pode estar destruindo provas, ameaçando testemunhas ou o próprio juiz e membros do MP, além de tentar alterar o local do crime. Assim a instrumentalidade desse requisito visa assegurar a tutela da prova.

O último requisito da prisão preventiva, estabelecido no art. 312 do CPP é assegurar a aplicação da lei penal. Como se sabe o processo penal contém um único pedido que é a condenação do acusado. Dessa forma se faz necessário proteger através de algum meio a finalidade do processo, a possível condenação e sua posterior execução. Dessa forma sempre que houver risco de fuga do acusado para eximir-se do cumprimento da sentença penal este meio pode ser utilizado. Mas é imprescindível prova inequívoca do risco, não bastando a simples alegação da condição econômica do acusado.

A garantia da ordem econômica provavelmente é o requisito menos alegado pelos magistrados para decretar a preventiva, porque não se enquadra na

realidade carcerária brasileira onde grande parte dos detentos estão presos por tráfico de drogas e outros delitos como furto e roubo e esse requisito foi incluído no CPP para proteger o sistema financeiro e o mercado de ações por meio da Lei Antitruste nº 8.884/94.

As cautelares possuem as seguintes características de acordo com a doutrina: jurisdicionalidade, acessoriedade, instrumentalidade hipotética, provisoriedade e homogeneidade. Todas com forte cunho processual. Só podem ser decretadas por ordem judicial, existem apenas para auxiliar e tentar garantir a efetividade de outros instrumentos, inquérito policial e processo judicial, e sua provisoriedade demonstra que não tem caráter definitivo, como prescrito no CPP, art. 282, I, § 5º.

Para que uma medida cautelar seja decretada pela autoridade judiciária dois pressupostos devem estar presentes o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, a doutrina assim os apresenta:

Entretanto, não só de características como as anteriormente mencionadas vive a medida cautelar, pois mister se faz, também, que preexistam dois requisitos, ou, como se diz: dois pressupostos. São eles: o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) e o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) que, analisados por Aury Lopes Jr., em sua obra, chama de *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti* (Sistema de investigação preliminar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001). Para o autor, mister se faz que haja um perigo na liberdade do réu a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional. Da mesma forma que a fumaça deve ser do cometimento do delito e não do bom direito, pois bom direito pode ser para condenar ou absolver o acusado, ou ainda, para declarar extinta a punibilidade. Até porque a demora na investigação preliminar, a autorizar a prisão temporária, ou no curso do processo, a autorizar a prisão preventiva, nem sempre é imputada ao indiciado ou ao réu, não havendo razão para 'puni-lo' pela demora do Estado em cumprir com seu papel na persecução penal. Nesse caso, devemos mostrar que há perigo social se o réu permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo e, ainda, que há provas do cometimento do delito. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito. Direito, por si só, já é bom, incluindo aqui o conceito de direito justo (RANGEL, 2014, p. 770).

Visualizar a diferença para a outra modalidade de detenção inserida na Constituição não oferece maiores dificuldades, pois como está escrito de forma literal na Carta da República, ninguém será considerado culpado até o trânsito em

julgado de sentença penal condenatória, sendo a prisão um dos efeitos da condenação, esta somente poderá ocorrer depois do trânsito em julgado. Logo, o único tipo de prisão que pode ocorrer no curso do processo é de natureza cautelar, a prisão preventiva. Assim, antecipação da execução da pena não é permitida pela Constituição, nem pelo Código de Processo Penal. Aqui, a máxima do direito que diz onde o texto é claro não cabe interpretação não pode deixar de ser citada.

3.1.3 Os recursos no processo penal brasileiro e o reexame de provas em matéria recursal.

Os recursos em processo penal têm duas perspectivas segundo a doutrina de Pacelli: a do estado preocupado com a qualidade de suas decisões e outra da parte, que sofre os efeitos da decisão. Então, um sistema recursal deve procurar atender as duas, mas importa observar que de certa forma ambas beneficiam o acusado, já que não interessa ao estado condenar um inocente.

Todo sistema jurídico possui princípios, os dos recursos em processo penal são: o duplo grau, a voluntariedade, a unirrrecorribilidade, a fungibilidade e por último a proibição a reformatio in pejus. O efeito pode ser devolutivo ou suspensivo, este quando previsto.

Para que o recurso seja apreciado é preciso que certos requisitos sejam preenchidos, podem ser objetivos: cabimento, tempestividade, inexistência de fatos impeditivos e motivação. Subjetivos: legitimidade, interesse e sucumbência. Em espécie os recursos são: apelação, recurso em sentido estrito, embargos infringentes, embargos declaratórios, embargos de divergência, carta testemunhável, agravo em execução, correição parcial, ordinário, especial e extraordinário.

Existem ainda as ações autônomas que funcionam como sucedâneos recursais que são o mandado de segurança, a revisão criminal e o *Habeas Corpus*.

Notar que os recursos, seus efeitos e requisitos de admissibilidade devem ser observados e servem a ambas as partes é dizer que os mesmos não

favorecem a nenhuma delas. Então dizer que o excesso de recursos manejados pela defesa durante o processo tem caráter protelatório é querer que o sistema recursal favoreça apenas uma das partes. O que seria inadmissível no processo penal diante do que se pede: a condenação do réu e a perda de sua liberdade. Então

Quanto maior o numero de recursos, por exemplo, maior a possibilidade de um amplo exercício do direito ao processo, do direito á proteção da justiça, da tutela do direito, enfim. Em contrapartida, muito mais morosa será a atividade jurisdicional, com a ampliação dos riscos inerentes a uma justiça ineficiente. Em matéria processual penal, então, a necessidade de sopesamento dos interesses de uma e outra direção é ainda mais relevante, diante da natureza dos valores postos em disputa. Nesse campo, segundo nos parece, a liberdade individual ameaçada pela sanção penal deve prevalecer sobre a busca da realização de uma justiça célere e ágil (OLIVEIRA, 2014, pg. 932).

Estando em jogo a liberdade do cidadão e o desejo de punir do Estado à primeira deve ser privilegiada, assim um sistema recursal garantista é necessário para dar ao acusado todos os meios possíveis de exercer a sua defesa. A importância dos recursos em matéria processual é imensa, tanto que a Constituição prevê implicitamente o direito ao duplo grau de jurisdição. Em se tratando de matéria penal, onde o que está em jogo é a liberdade do cidadão, a legislação traz recursos suficientes e funcionais para todos os atos e fases processuais.

Mesmo após o trânsito em julgado, é possível tentar reverter à decisão através da ação de revisão criminal. É fácil perceber que o processo criminal brasileiro tenta proteger o cidadão de erros judiciários e que todo o sistema recursal tem um cunho garantista. O manejo deles passa por um juízo de admissibilidade, para depois de aceito, ter o seu mérito julgado. Sendo admitido, é porque atendeu aos requisitos necessários, não podendo, em regra, ser declarados protelatórios.

A questão a ser debatida é a falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e, além disso, há um obstáculo citado pelos votos vencedores no julgamento do HC 126.292, qual seja: a impossibilidade da análise de provas pelos tribunais superiores. Limitando os recursos extraordinários a

questões de direito. Autorizando assim o início da execução da pena.

A lei nº 13.105 de 16.03.2015, o novo Código de Processo Civil trata das normas procedimentais junto aos tribunais superiores. Em seu art. 1.029, § 5º prevê que os recursos extraordinário e especial têm efeito apenas devolutivo, já que o pedido de efeito suspensivo é feito por requerimento, a mesma previsão encontra-se no Código de Processo Penal no art. 637 sobre o recurso extraordinário.

Concluir a partir do texto de norma infraconstitucional que a falta de efeito suspensivo autorizaria o início da execução é inverter a forma de interpretar as leis, sendo que essas devem ser interpretadas conforme a Constituição, e não o contrário. Uma violação clara a uma garantia constitucional se evidencia aqui, além do Princípio da Presunção de Inocência, a ampla defesa presente no art.5, LV da Carta da República, com os meios e recursos a ela inerentes também é ofendida.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal estaria inovando em termos de hermenêutica. A corte criou uma modalidade de garantia constitucional que só alcança a segunda instância. O art. 5º da Carta Magna lista uma série de direitos e garantias que devem ser observados da primeira até a última instância da justiça brasileira. Assim, o é com o inciso XXII que garante o direito de propriedade, XI que trata da inviolabilidade do lar, X a proteção da intimidade e da vida privada, XLVI que trata da individualização da pena, entre outros e todos eles devem ser conhecidos da primeira a última instância. Como pode existir então um princípio constitucional que somente alcança o segundo grau?

As regras que tratam dos recursos aos tribunais superiores não tem esse condão de limitar a Constituição. O próprio acesso às instâncias superiores já é difícil, pois se faz necessário o preenchimento de requisitos contidos no art. 105, III da CF, para o Recurso Especial, contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal e dar a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Em se tratando de Recurso Extraordinário para o supremo, art. 102, III quando a decisão contrariar dispositivo da constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo

local contestado em face desta constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Assim, a falta de efeito suspensivo desses recursos não pode prejudicar o réu já que lei não está acima da Constituição. A demora nos julgamentos não é culpa do acusado, mas sim da falta de estrutura do judiciário.

No art. 1.029 do CPC previsto que os recursos especial e extraordinário conterão: a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto, que nada mais é que o preenchimento dos requisitos do art. 102, III em se tratando do RE e do art. 105, III do REsp, além dos requisitos objetivos e subjetivos do recurso e as razões do pedido de reforma ou invalidação da decisão anterior. Estando em ordem a admissibilidade do recurso será deferida e o mesmo subira ao tribunal superior.

Assim, as provas produzidas durante a instrução também subirão, porque logicamente elas fazem parte do processo. O art. 155 do Código de Processo Penal diz que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Logo, deduz-se que o ministro terá acesso as provas, não poderá pedir a produção delas pelas partes, em processo que não seja de sua competência originaria, mas ele as verá!

Existem duas súmulas tratando do tema, a de nº 7 do STJ diz que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. A de nº 279 do STF assim esta redigida “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Na letra fria da súmula parece simples, mas não é.

Nem sempre a distinção entre questões de fato e questões de direito é tão cartesiana; na realidade é uma distinção tênue e complexa. O que ambas as Súmulas vedam é o ‘simples’ reexame de prova, o que não impede, portanto, a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos, ou seja, o juízo de tipicidade realizado pelo tribunal a quo no caso concreto. A discussão situa-se na incidência ou não da norma penal no caso em julgamento, a interpretação dada e os limites semânticos do tipo. É claro que a prova(questão de fato) é o pano de fundo da discussão, mas não o objeto dela. Portanto, admissível o recurso especial. Exemplo desta situação se dá no recurso especial do acórdão que manteve a pronuncia por homicídio doloso (eventual) em um crime de trânsito, quando a tese defensiva é de crime culposo. A distinção entre questão de fato e questão de direito, nesse caso, é bastante tênue, pois não há como circunscrever a discussão ao conceito jurídico de dolo e culpa sem incursionar na prova

do fato. (JUNIOR, 2016, p.1075).

As provas em matéria processual penal devem seguir uma série de regras sobre a sua forma de utilização, como a vedação de provas obtidas de maneira ilícita, o ônus da prova que recai sobre a acusação, o livre convencimento do juiz ao analisá-las, entre outras, nessa esfera os tribunais superiores podem atuar emitindo juízo de valor sobre elas, estarão assim reexaminando as provas.

Os meios de prova admitidos no processo penal brasileiro são o interrogatório, a confissão, a testemunhal, a prova pericial além dos resultados de acareação, do reconhecimento de pessoas e coisas, documentos e indícios que ajudam o magistrado a decidir. Todos esses itens entrarão em contato com o ministro e como prevê o caput do art.155 ajudaram na formação de sua convicção. Pensar de forma diferente é supor que os tribunais superiores só existem para verificar prazos e divergência de interpretação. Quando o acusado alegar que não houve por parte do juízo a quo a apreciação de uma prova produzida legalmente ou a decisão é contrária as provas dos autos, gerando uma formação de culpa viciada, o ministro terá que se debruçar sobre ela.

4 DA IM(POSSIBILIDADE) DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. A DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO NO STJ.

Logo no início de seu voto, o Ministro Luiz Edson Fachin cita uma frase de um ministro da Suprema Corte americana, Robert Jackson que ocupou o cargo de 1941 a 1954, que descreve de forma simples como a última instância decide em qualquer país do mundo.

Nela fica claro que a composição do tribunal e a forma como cada um dos membros interpreta a Carta da República não está acima de críticas dentro do próprio Poder Judiciário. Assim, disse o ministro da mais alta corte americana “não há dúvida de que se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra”. Ou seja, a decisão da mais alta corte de um país vale não porque esteja sempre certa, mas porque é a última.

Na jurisprudência do STJ é possível encontrar entendimentos diferentes sobre o mesmo assunto, a possibilidade de execução antecipada da pena restritiva de direitos, entre a 5° e 6° turma.

Em decisão proferida no Agravo regimental no agravo em Recurso Especial nº 998.641-SP, julgado pela 5° turma do STJ de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas foi decidido pela impossibilidade da execução antecipada da pena restritiva de direitos. O voto do relator foi acompanhado pelo dos ministros Joel Irlan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.

O Ministério Público Federal requereu baseado no julgamento do HC 126.292 e na Ação Direta de Constitucionalidade 43 e 44, que mantiveram o entendimento do HC 126.292, o início da execução antes do trânsito em julgado para o agravante do Resp, mas o pedido foi negado, da ementa do julgamento extrai-se o seguinte resumo da decisão:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP EM VIGÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obsta a execução da decisão penal condenatória. E, ainda, em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, o referido entendimento foi confirmado. 2. A Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito. Precedentes. 3. Encontra-se em pleno vigor, o disposto no art. 147 da Lei das Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11.07.1984). Não há notícia de que o STF ou a Corte Especial do STJ, no âmbito de suas respectivas competências, tenham declarado a inconstitucionalidade de aludida norma. Nem mesmo no já referido HC 126.292/SP fez-se menção a tal possibilidade. Por conseguinte, este órgão turmário não poderia recusar a aplicação do art. 147 da LEP sem ferir a CF ou desconsiderar a orientação da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AREsp 998.641/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 05/04/2017). Grifos nossos.

Em outros julgados da mesma turma encontramos o mesmo entendimento, este da lavra do Min. Reynaldo Soares da Fonseca:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da privativa

de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito. 2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016). 3. Em suma, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF e do STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.618.434 / MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017). Original sem grifos.

Aqui, outra decisão do Min. Ribeiro Dantas

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Diante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP e das ADC 43 e 44, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de Recurso Especial não obsta a execução da decisão penal condenatória. 2. O STF, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito. No mesmo sentido decidiu a eg. Quinta Turma desta Corte Superior (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 28/9/2016). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/02/2017). Grifamos.

O primeiro fundamento é o de que nem o STF ou o STJ declararam a inconstitucionalidade do art. 147 da LEP que assim está escrito:

Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicita-la a particulares.

Corroborando o argumento, é utilizada a Súmula Vinculante n. 10 do STF que alude ao art. 97 da CF, que trata da impossibilidade de órgão fracionário de tribunal declarar a inconstitucionalidade de norma vigente, assim a SV veda a possibilidade de que um órgão fracionário de tribunal declare indiretamente a inconstitucionalidade de lei, negando a sua vigência, ferindo a reserva de plenário protegida pelo supracitado artigo da Constituição. Resumindo não é possível deixar de aplicar lei que não teve sua inconstitucionalidade declarada por órgão especial de tribunal porque isso feriria a Constituição da República.

A 6º turma do STJ possui entendimento contrário sobre o tema. Vejamos

decisão abaixo:

5. A Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, adotou orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/MG, de 17/02/2016) de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio da presunção de inocência, entendimento reafirmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em 05/10/2016, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. 6. Ausente efeito suspensivo ao recurso especial, não há óbice à execução provisória de pena restritiva de direitos. 7. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.420.207/PE, REL. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 22/11/2016).

A posição da 6ª turma baseia-se em dois argumentos básicos, o primeiro é o de que se o STF permitiu a execução da pena privativa de liberdade após a condenação no segundo grau, algo muito mais gravoso para o acusado, não poderá haver obstáculo à execução antecipada de pena restritiva de direitos, menos gravosa para o réu. O segundo ponto é de que a restrição de direitos também é uma sanção penal prevista no CP, portanto tem caráter punitivo para o condenado.

Insta observar que o STF tratou de um caso de pena privativa de liberdade e não restritiva de direitos. Importa saber se o silêncio do STF sobre a antecipação da execução da pena restritiva de liberdade no julgamento do HC 126.292 autorizaria uma interpretação extensiva que alcançaria a sanção restritiva de direitos. Como é de conhecimento comum, em matéria penal não há espaço para interpretação analógica ou extensiva, ainda mais em prejuízo do acusado.

A decisão da 5ª turma do STJ é a que melhor se enquadra na legislação existente sobre o assunto. O entendimento da 6ª turma é equivocado, pois parte da premissa de que se pode o mais, pode o menos, em clara confusão entre como aplicar o Direito Material e o Processual. O art. 147 da Lei de Execuções Penais é norma de Direito Material que informa o momento em que o Estado pode dar início à execução da pena restritiva de direitos de forma definitiva.

O que a 6ª turma do STJ fez foi aplicar o art. 3º do CPP onde está escrito que a lei processual penal aceita a interpretação extensiva e aplicação analógica, isso não é razoável. Ainda mais quando a interpretação não é nem de lei, mas de jurisprudência.

5 A CRÍTICA DA DOCTRINA AO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

Para a doutrina a decisão do STF é equivocada. A necessidade de punir é legítima e o Estado deve cumpri-la, mas dentro de regras preestabelecidas de forma clara pela Constituição e leis do país.

O que o Supremo Tribunal Federal fez foi permitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade de maneira pouco convincente. Uma série de questionamentos sobre a decisão foram levantadas, por críticos da decisão, entre elas: qual é o momento em que alguém é considerado culpado, sobre a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, a utilização do direito comparado, a falta de sucesso dos recursos interpostos, a sensação de impunidade na sociedade entre outros,

Incrivelmente não li no julgado qualquer menção ao artigo 283 e, principalmente, uma declaração fundamentada de sua inconstitucionalidade, pois ele é completamente incompatível com a decisão proferida pelo STF. (JUNIOR, 2016, pag. 4).

O art. 283 do Código de Processo Penal é muito semelhante aos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição. É praticamente uma junção dos dois e o tribunal simplesmente não se pronunciou sobre ele, além do art. 105, da Lei de Execuções Penais, que exige o trânsito em julgado para início da execução, lembrado apenas no voto vencido do Min. Celso de Mello.

Nesse trabalho não abordaremos todos os pontos criticados, mas apenas a impossibilidade de reexame de provas, a falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e a diferença entre as modalidades de prisão. Somado ao fato também anotado pelas críticas doutrinárias de que o principal efeito da decisão do Supremo recai sobre o réu. Sendo ela irreparável como descrito na observação:

Também devemos considerar (e assumir) que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o 'tempo' que lhe foi tomado se ao final o STJ/STF anular *ab initio* o processo, reduzir sua pena, alterar o regime de cumprimento, enfim, acolher o recurso." (JUNIOR, 2016, pg. 3).

Os pontos abertos às críticas são vários. Desde a não declaração de

inconstitucionalidade de artigo do CPP, que trata do assunto, até a confusão feita entre os tipos de prisão, o Supremo Tribunal Federal ignorou as prisões cautelares e o seus fundamentos. Também as consequências da decisão sofreram críticas, como o impacto sobre a população do falido sistema penitenciário brasileiro, destacando-se que o próprio STF já reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional.

Como a decisão é relativamente recente, ainda não existe bibliografia sobre ela. É normal que os primeiros questionamentos venham de advogados militantes na área penal através de artigos. Os pontos levantados são tanto teóricos como práticos. A decisão deve abrir um debate sobre o processo penal brasileiro e sobre a forma como o tribunal constitucional brasileiro decide.

6 A POSSIBILIDADE DO ERRO JUDICIÁRIO COMO MOTIVO DETERMINANTE PARA TORNA EFICAZ O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU A LIÇÃO DO MESTRE FRANCESCO CARNELUTTI).

Quando o italiano Francesco Carnelutti lançou o livro “As Misérias do Processo Penal”, em 1957, ele o fez propondo uma reflexão sobre o processo penal.

Como funciona, os seus efeitos, a possibilidade de erro judiciário e como mitigá-lo. Não tratou diretamente do Princípio da Presunção de Inocência, mas a obra está intimamente ligada ao tema já que o Processo Penal é o instrumento que o Estado possui para afirmar se um indivíduo, acusado de uma prática delituosa, é culpado ou inocente. O problema é que esse instrumento não é perfeito.

O resultado esperado de todo processo é uma sentença, nela, na parte dispositiva o juiz decide se o réu é inocente, culpado ou se será absolvido por falta de provas (art. 386, VII, do CPP). Este último ponto em claro confronto com o Princípio da Presunção de Inocência. Porque depois de enfrentar todo o processo penal, o que por si já causa um sofrimento, ao final não dizer se o réu é culpado ou inocente deixa sobre ele uma dúvida, uma sombra que terá que carregar frente à sociedade. Quando faltar elementos probatórios na lição do professor Carnelutti:

Aí, então, o juiz deve absolver o acusado por insuficiência de provas, é o que diz a lei, e isto quer dizer que ele não pode declará-lo, nem culpado, nem inocente. Quando o inocenta, declara que não cometeu o ato, ou que o ato cometido não se constituiu em um delito. Porém, quando, por

insuficiência de provas, o absolve, declara que nada pode dizer ou afirmar sobre ele.” (CARNELUTTI, 2012, pag. 92).

Aqui ocorre claramente um choque com o princípio vetor da Constituição pátria, qual seja, o da Dignidade da Pessoa Humana. O mínimo que os acusados devem receber durante todo o processo penal é um tratamento digno, porque os riscos, são todos do réu, para o bem ou para o mal. Os outros participantes, juiz, promotor e até mesmo o delegado que conduz o inquérito policial não sofreram consequências pela forma de conduzir os seus atos. Ou se cometerem erros de avaliação, julgamento, opinião ou do que seja, às consequências do processo não recaem sobre eles, mas sobre o acusado, e ao final ser absolvido por insuficiência de provas! O justo, prestigiando o tema desse trabalho é dizer que ele é inocente. Então fica evidente que:

Esse mecanismo terrível, imperfeito e de impossível aperfeiçoamento expõe o homem a humilhação de ser apresentado com adjetivos grosseiros diante de um juiz; de ser interrogado e, de ordinário, ser detido, arrancado do seio da sua família e dos seus afazeres diários; de ser prejudicado, para não dizer arruinado, publicamente, para depois, absolvido, não ter qualquer direito, sequer o de exigir satisfação pela culpa de lhe terem turbado, arruinado a vida, simplesmente, pelo fato de serem particularmente inculpáveis os que, injustamente, o submeteram a tais sofrimentos. (CARNELUTTI, 2012, pag. 95).

Ao tratar como objeto o acusado um erro está sendo cometido contra um indivíduo que tem todo o direito de se defender e de receber um tratamento digno por parte dos que lhe acusam. O processo em si traz um transtorno de difícil reparação e ao ser absolvido, por erro da acusação, esse transtorno aumenta, pois não há reparação por parte do Estado. Não é diferente o entendimento do mestre italiano

Porém, um erro foi cometido e a sentença que absolve o acusado pela não comissão do ato, ou porque o ato cometido por ele não foi considerado delituoso, não inclui só a declaração da sua inocência, inclui também as confissões do erro cometido por aqueles que o arrastaram para o processo. (CARNELUTTI, 2012, pag. 93).

O maior problema do Processo Penal talvez seja o fato de que aqueles que aplicam a norma não se vejam como destinatários dela. Entender a Presunção de Inocência é descortinar um lado do processo penal que somente é conhecido por

quem já foi acusado ou faz a defesa deste.

A maioria da sociedade desconhece como tudo ocorre. A pressão sobre o judiciário por condenações, a insensibilidade dos meios de comunicação contaminando a população, a posição dos órgãos de persecução acusando quando a dúvida razoável, tudo isso impõe ao acusado um ônus muito pesado, que poderia ser evitado, bastando para isso que se trate como inocente todo o réu até a sentença condenatória. O que ocorre hoje é que os efeitos da acusação pesam tanto quanto os da condenação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral do trabalho é discutir a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da limitação do princípio constitucional da Presunção de Inocência albergado no art.5º, LVII, no *Habeas Corpus* 126.292/SP.

Para tanto, entender toda a sistemática de direitos e garantias incluídos na CF pelo constituinte originário em seu título II, capítulo I tornou-se essencial. Desta forma o estudo começa com os Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Carta da República.

Expôr a diferença de um direito e uma garantia para facilitar o entendimento de como essas normas devem ser aplicadas foi o primeiro passo para explicar o objetivo geral. Sendo as garantias instrumentos para a obtenção ou manutenção dos primeiros, que tem em nosso ordenamento caráter de direito subjetivo do cidadão.

A partir dessa diferenciação entre direito e garantia a doutrina criou duas categorias básicas de direitos: os de defesa e os prestacionais. Em que o primeiro exige do Estado uma conduta que não viole prerrogativas que todo cidadão possui, como a Presunção de Inocência, e o segundo são obrigações impostas ao Estado pela Magna Carta, como educação, saúde, etc.

Esclarecido este ponto procurou-se entender que o próprio texto constitucional impõe limites para muitos dos Direitos e Garantias Fundamentais, é a chamada reserva legal prevista no art. 5º, II, da CF. A reserva pode ser simples ou

qualificada, em sua forma simples o constituinte determina que o legislador ordinário crie uma lei para regular o direito, na qualificada a exigência da CF é maior, além da lei se faz necessário alcançar um fim, um objetivo.

A questão então é perceber que a Presunção de Inocência prevista no inciso LVII não traz uma limitação do seu alcance, não há reserva legal do tipo simples, que seria a adequada, preconizando a necessidade de uma lei regulando a matéria. Assim o âmbito de proteção da norma deve ser obtido a partir de uma interpretação geral da Constituição, levando-se em consideração outros incisos do mesmo art. 5º.

Em seu corpo a Carta contém as possibilidades de restrição à liberdade nos incisos LVII, que trata da prisão pena, quando já existindo uma sentença condenatória com trânsito em julgado o réu é considerado culpado e o LXI que aborda a prisão sem pena, onde não a sentença transitada, a exemplo da em flagrante delito e por ordem escrita e fundamentada, que é a base para a preventiva e a temporária, ambos do art. 5º.

O STF ignorou essa diferença, mesmo com a legislação infraconstitucional, no caso o Código de Processo Penal, possuindo um artigo quase que idêntico aos dois citados incisos, o art.283, sob a alegação de inexistir efeito suspensivo nos recursos extraordinários e por não ser possível reexame de provas nos tribunais superiores.

A falta de previsão do efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário a validar a antecipação da pena entra em choque aberto com a CF, já que a formação da culpa, de acordo com a Constituição, ocorre com o trânsito em definitivo da sentença, quando impossível à utilização de novo recurso. Como um dos efeitos da condenação por sentença irrecorrível é a prisão o confronto entre normas surge.

Importa notar que o embate ocorre entre o inciso LVII da Carta e o art. 637 do CPP e o art. 1029, § 5º do CPC, não sendo sequer uma antinomia jurídica, pois apesar de serem normas emanadas de autoridade competente e estarem vigentes elas não regulam a mesma matéria, uma é direito subjetivo do indivíduo, as outras tratam de questão processual, mas o STF decidiu como se fosse, utilizando uma das formas de solução de antinomias aparentes, o critério da especialidade.

Ultrapassado o ponto sobre o efeito suspensivo dos recursos extraordinários o STF se manifestou sobre a impossibilidade do reexame de provas nas instâncias superiores, alegando que a culpa se forma no primeiro e segundo grau de jurisdição, pela apreciação das provas presentes nos autos e que a Súmula 7 do STJ e a 279 do STF vedam nova apreciação de provas em matéria recursal o voto do ministro relator conclui ser inviável a reversão da formação da culpa.

O argumento não merece prosperar, pois a questão não é tão exata como uma conta de matemática. Ao receber o recurso o ministro pode se deparar com questionamentos da defesa sobre, por exemplo, a tipificação do fato. Para dirimi-la será necessário então fazer um juízo de cognição sobre as provas trazidas nos autos, o que não deixa de ser um reexame.

Por tudo que foi exposto somente uma conclusão é possível: a de que a decisão do STF no HC 126.292/SP foi equivocada. Não encontra respaldo na doutrina nem na legislação. Foi fruto de um ativismo judiciário movido por uma alegada sensação de insegurança e clamor social por justiça.

A Suprema Corte não deveria decidir assim, procurando atalhos para justificar a retirada de um direito tão importante ao cidadão.

REFERÊNCIAS

- BARRETO A. M.** Direitos fundamentais e direitos e garantias individuais. In: **Direito constitucional positivo**. 2ª. Ed. Leme-SP: Edijur, 2015. Cap. V, p. 209-271
- BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil; promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 20ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL.** Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus, Nº 84.078-7/MG. Partes: Omar Coelho Vitor, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 05/02/2009.
- BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Habeas- Corpus. Nº. 126.292. Parte(s): Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 17.02.2016.
- CARNELUTTI F.** **As misérias do processo penal**. Campinas/SP. Editora Servanda. 1ª edição, 2012.
- DINAMARCO C. R.** **Capítulos de sentença**. São Paulo/SP. Editora Malheiros. 6ª edição, 2014.
- JUNIOR. A. L.** **Prisões Cautelares e Liberdade Provisória: a (In)eficácia da Presunção de Inocência**. In: Direito processual penal. 13ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Cap. XI, p. 597-720.
- JUNIOR A. L.** **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. 4 de março 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico> >acesso em 02 de novembro de 2016.
- LENZA, P.** **Direitos e garantias fundamentais**. In: Direito Constitucional Esquematizado. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, G. F.** **Limitações dos direitos fundamentais**. In: MENDES, G. F; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 373- 439.
- OLIVEIRA, E. P.** Dos recursos. In: **Curso de Processo Penal**. 18. Ed. São Paulo: editora Atlas, 2014. Cap. 16, p. 931-1042.
- RANGEL, P.** **Da prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória**. In: Direito processual penal. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. Cap. IX, p. 762-854.
- SARLET I. W.** A eficácia dos direitos fundamentais. In: **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, 2ª parte.