



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ

PATRICIA NEY MATTOSO

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A REPERCUSSÃO
INFRACONSTITUCIONAL DO CUMPRIMENTO
ANTECIPADO DA PENA**

PONTA PORÃ – MS
2017

PATRICIA NEY MATTOSO

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A REPERCUSSÃO
INFRACONSTITUCIONAL DO CUMPRIMENTO
ANTECIPADO DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a.Me.Lysian Carolina Valdes Silva

PATRÍCIA NEY MATTOSO

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A REPERCUSSÃO
INFRACONSTITUCIONAL DO CUMPRIMENTO
ANTECIPADO DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora das
Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS,
como exigência parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Me. Lysian Carolina Valdes Silva
Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS

Prof, Me. Fabrício Braun Componente da Banca
Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS

Ponta Porã, 28 de Fevereiro de 2018.

Dedico aos meus pais, Edemilson e Tania,
Pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Sinto-me extremamente feliz por alcançar um passo importante que irá contribuir para o meu futuro profissional e, isso só foi possível por acreditar que nada é impossível perante os olhos de Deus.

À minha família por acreditar em mim, pelo amor incondicional, pela confiança, paciência e admiração, sem vocês eu não sou nada!

À minha orientadora, Lysian, pela qual tenho imensa admiração e respeito, por todos os ensinamentos e pela dedicação com que me auxiliou na construção deste trabalho.

À minha irmã do coração, Maiara Marques de Matos, pela amizade verdadeira e por ter caminhado ao meu lado por esses anos de faculdade, você é a minha parceira e confidente que levaria pela vida toda. Aos meus amigos André Ferreira, Antônio Neto e Adriana Arguelho, agradeço do fundo do meu coração pela amizade e companheirismo diário.

A todos os colegas e companheiros com os quais já trabalhei, em especial, Liliane de Almeida, Paula Mayumi e Dixie Croskey, obrigada pela amizade, pelos conselhos e por me ensinarem muitas coisas que irão contribuir para o meu crescimento profissional, obrigada por fazerem parte da minha vida, as levarei sempre em meu coração. Ao Dr. Marcelo Guimarães Marques, Juiz de Direito, obrigada pelos ensinamentos e pela amizade.

Desde já, deixo meus sinceros agradecimentos a todos os citados e aos demais familiares, amigos e colegas de trabalho, os quais fizeram parte dessa caminhada e que de alguma forma contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional.

MATTOSO, Patrícia Ney. **O Princípio da Presunção de Inocência e a Repercussão Infraconstitucional do Cumprimento Antecipado da Pena.** Número total de 57 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito – Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS, 2017.

RESUMO

O princípio da presunção de inocência foi positivado em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo incorporado pelo Direito Brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII, o qual dispõe o cumprimento da pena após o trânsito em julgado, presumindo-se, portanto a inocência. Nesse sentido, a execução penal corresponde ao cumprimento da sentença condenatória, seja definitiva ao estabelecer o trânsito em julgado, ou provisória quando ainda não houver o julgamento definitivo. Portanto, a execução provisória da pena era vedada no Ordenamento Jurídico, diante do entendimento do HC nº 84.078/MG, firmado pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, o STF passou a rever esse posicionamento no HC nº 126.292/SP, em 16 de fevereiro de 2016, entendendo que é possível o cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado, independentemente de haver recursos pendentes de apreciação. Sendo assim, o presente estudo visa analisar o atual posicionamento adotado pelo STF, abordando os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, em especial o princípio da presunção de inocência, frente à repercussão infraconstitucional devido a (i) legalidade do cumprimento do acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição. Assim, o objetivo é discutir esse novo entendimento em virtude dos aspectos práticos decorrente da atualidade judiciária, bem como a influência na superlotação carcerária, haja vista que a partir desse atual posicionamento do STF houve uma reviravolta jurisprudencial, ocorrendo a mudança em diversos processos criminais em curso, corroborando com a expedição de mandados de prisão em todos os tribunais. Por fim, serão abordados posicionamentos contrários e favoráveis, fundamentados pelos Ministros. Diante do atual entendimento do STF, o qual buscou verificar a efetividade nas decisões condenatórias, determinando o seu imediato cumprimento, conclui-se que, a decisão contrariou uma Cláusula Pétrea ante ao Princípio da Presunção da Inocência expresso no art.5º, LVII, da CF/88.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Cumprimento Antecipado da Pena. Repercussão Infraconstitucional.

MATTOSO, Patrícia Ney. **The Principle of Presumption of Innocence and the Unconstitutional Repercussion of Early Complying with the Penalty.** Total number 57. Conclusion of the Law Course - Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS, 2017.

ABSTRACT

The principle of the presumption of innocence was affirmed in 1789, with the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, being incorporated by the Brazilian Law with the advent of the Federal Constitution of 1988, in his art. 5, LVII, which provides for the fulfillment of the sentence after the final and final decision, thus presuming innocence. In this sense, the criminal execution corresponds to the fulfillment of the condemnatory sentence, is definitive in establishing the final or final decision, when there is no final judgment. Therefore, the provisional execution of the sentence was prohibited in the Legal Order, before the understanding of HC nº 84.078 / MG, signed by the Supreme Federal Court. However, STF began to review this position in HC nº 126.292 / SP, on February 16, 2016, understanding that it is possible to pre-comply with the sentence before *res judicata*, regardless of whether there are appeals pending appraisal. Thus, the present study aims to analyze the current position adopted by the STF, addressing the constitutional principles applicable to criminal proceedings, in particular the principle of presumption of innocence, against infraconstitutional repercussions due to (i) legality of compliance with the conviction handed down in second degree of jurisdiction. Thus, the objective is to discuss this new understanding due to the practical aspects arising from the current judicial situation, as well as the influence on prison overcrowding, given that from this current position of the STF there was a turnaround in jurisprudence, occurring the change in several criminal cases in corroborating with the issuance of arrest warrants in all courts. Finally, opposing and favorable positions will be addressed, supported by Ministers. In view of the current understanding of the STF, which sought to verify the effectiveness of the conviction decisions, determining its immediate compliance, it is concluded that the decision contradicted a Petty Clause before the Principle of Presumption of Innocence expressed in article 5, LVII, of CF / 88.

Keywords: Presumption of Innocence. Early Fulfillment of Penalty. Unconstitutional repercussion.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART: Artigo

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

HC: Habeas Corpus

LEP: Lei de Execuções Penais

MIN: Ministro

TJ/SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJ/MG: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

STF: Superior Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO	12
2.1 Incorporação do Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Jurídico	15
3. TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS	
3.1 Conceito	17
3.2 Força Normativa	19
3.3 Distinção entre Texto e Norma	19
3.4 Distinção entre Princípios e Regras	20
3.5 A Mitigação do Princípio da Presunção de inocência	21
4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL	23
5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CUPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA	25
5.1 O uso das algemas	28
5.2 Dos Efeitos dos Recursos e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	29
6. ESTUDO DE CASO	
6.1 O Princípio da Presunção de Inocência e o Entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 84.078/MG)	33
6.2 O Atual Entendimento do STF Frente à Execução Provisória da Pena (HC nº 126.292/SP)	37
6.3 Questões Práticas em Relação ao Cumprimento Antecipado de Pena	39
6.3.1 Superlotação Carcerária	39
6.3.2 Falibilidade do Judiciário e o Acúmulo de Processos na Vara de Execução Penal	42

6.3.3 Efeitos da Condenação	43
6.3.4. Da Reparação Civil Frente ao Cumprimento Antecipado da Pena	45
6.3.5 Novos entendimentos do STF acerca da execução provisória da pena	47
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	51
ANEXOS	54

1. INTRODUÇÃO

A Carta Magna é a norma que organiza o Estado e protege os direitos dos cidadãos, além de dar apoio a sua formação. Nesse sentido, tem-se que a Constituição prevê que o réu só poderá cumprir sua pena quando sua condenação não for mais recorrível, de acordo com o art. 5º, inciso LVII, da CF/88.¹

É notório que parte dos cidadãos entendem que a forma correta de punição é tão somente a prisão, ou seja, a privação da liberdade. No entanto, é necessário compreender que o réu, ainda que tenha cometido eventual delito e condenado por tal prática, também possui direitos fundamentais, entre os quais se insere a norma jurídica que prevê o Princípio da Presunção da Inocência.

Referido princípio tem como finalidade tornar efetivo o direito à defesa, de modo a compelir o réu ao cumprimento de uma reprimenda penal quando esta for definitiva, assegurando que a pena imposta possua não só o caráter punitivo, mas também o caráter preventivo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Por muito tempo, os Tribunais pátrios aplicaram o Princípio da Não Culpabilidade, no entanto, recentemente, o STF mudou seu posicionamento, a fim de permitir que o réu comece a cumprir a pena imposta caso já tenha sido condenado em 2ª instância, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado, isto é, ainda que haja recurso para o STJ ou STF. Ressalte-se que a decisão do STF não foi unânime, havendo ministros com posicionamento totalmente contrário.

A importância do tema é altamente relevante, haja vista que, caso o STJ ou STF em sede recursal considera que o condenado é, na verdade, inocente, ele já terá sido submetido a todas as espécies de violação de seus direitos humanos dentro de um estabelecimento prisional.

Desse modo, nota-se que o tema envolve também o estudo do sistema carcerário brasileiro, uma vez que, podendo o réu cumprir a pena sem ter ocorrido o

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

trânsito em julgado, isso aumentará o contingente penitenciário, o que exige maiores investimentos do Estado.

Nessa senda, há necessidade de aprofundamentos quanto às repercussões jurídicas, sociais e estruturais desse novo entendimento, se positivas ou negativas, buscando uma análise sob o ponto de vista do acusado e também do Estado.

Por fim, é importante lembrar que o objetivo não é prender inocentes e nem deixar livre culpados, devendo o Estado solucionar as lides em tempo hábil.

2. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Inicialmente é importante lembrar que na pré-história havia uma violação às regras de convivência, pois o ser humano se classificava por grupos e não como sociedade. As leis eram pactos entre homens livres, pois não existia uma legislação específica que reunisse as ações de todos num só ponto para aplicação de uma punição.

Diante disso, Beccaria diz que os homens se uniram em sociedade quando passou a existir leis, pois estavam “cansados de viver em um estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação”, haja vista que com a criação das leis parte dessa liberdade foi sacrificada diante da multiplicação da espécie humana.

É de se ressaltar que a multidão não adotava os princípios fundamentais, porém, Beccaria (1997, p. 42) diz que os princípios sempre existiram nos sentimentos do homem.

Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, já que não é de esperar nenhuma vantagem duradoura da política moral se ela não se alicerçar nos sentimentos indeléveis do homem. (BECCARIA, 1997, p. 42)

A trajetória do princípio da presunção de inocência iniciou-se na idade média no século XVIII, com a formação dos Estados Absolutos, quando todo o poder e autoridade estavam concentrados na mão do rei, “numa Monarquia, onde aquele que faz executar as leis se julga acima das leis, precisa-se de menos Patriotismo do que num governo popular”. (MONTESQUIEU, 2000, p. 98)

Nas monarquias, a política era fazer tudo sem a participação popular, ou seja, contra o patriotismo, posto que, considerava-se um bom cidadão aquele que amava mais o Estado do que si próprio.

Os patriotas passaram a buscar a democracia, mas com tantos abalos, choques e movimentos, esse período histórico permaneceu inerte por um determinado tempo.

“As penas possuíam caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que havia praticado. Seus olhos eram arrancados, seus membros mutilados, [...] o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso”. (GRECO, 2015, p. 23)

O sistema penal era visto pela maioria dos países como contraposição de direitos e interesses, haja vista que se presumia culpado toda pessoa que fosse ré em um processo penal, não assegurando ao acusado os direitos e garantias fundamentais.

Por esse motivo, com o passar do tempo, o princípio em comento veio como resposta do povo contra as barbaridades cometidas pelo Estado, principalmente ao poder de prisão extraprocessual que o rei possuía.

A Monarquia se perde, quando o príncipe acredita mostrar mais o seu poder mudando a ordem das coisas do que seguindo-a. Quando ele retira as funções naturais de uns para conferi-las arbitrariamente a outros, e quando prefere seus caprichos às suas vontades (MONTESQUIEU, 2000, p. 147).

No final do século XVIII, as penas corporais passaram a ser substituídas pela pena privativa de liberdade, porém, era considerada uma medida cautelar com o objetivo de o acusado aguardar preso até a aplicação de sua pena. Diante disso, é de se observar que o corpo humano não era punido, e sim a sua alma.

A sociedade era tomada pela situação de desigualdades, o processo penal era apenas inquisitivo, ou seja, o acusado não tinha conhecimento dos indícios e provas que estavam sendo produzidas contra sua pessoa. Vale ressaltar que o Estado utilizava a tortura para obter a confissão da pessoa escolhida para ocupar o lugar de culpado. Além disso, os magistrados eram parciais em seus julgamentos, a desigualdade reinava quanto aos processos que tinham ricos e pobres, ficando a cargo do julgador determinar as penas.

Com a derrubada da monarquia ocorre o nascimento da Revolução Francesa marcada pelo lema: liberdade, igualdade e fraternidade, sob influência de grandes autores iluministas, que se colocaram contra todo o sistema aplicado anteriormente.

Os princípios passaram a ser um grande alvo de discussão entre os revolucionários franceses, os quais queriam os tornar público, mesmo contrariando os interesses dos administradores despóticos. Porém, “a voz de um filósofo é

demasiado fraca contra os tumultos e os gritos dos que são guiados pela cegueira dos hábitos, mas os poucos farão eco à minha voz no fundo de seus corações”. (BECCARIA, 1997, p. 102)

O direito de castigar ainda continuava sendo necessário? Claro que sim, mas, a partir daquele momento, sem a desproporção, a crueldade e a desigualdade com que era aplicado. A teoria do pacto social nos levava a acreditar que todos nós, integrantes de determinada sociedade, havíamos acordado, tacitamente com esse pacto, que significava que abriríamos mão de uma parcela de nossos direitos para que o direito de todos pudesse prevalecer. (GRECO, 2015, p. 28)

Anteriormente, a lei possuía uma redação incerta, obscura, omissa, e era aplicada desproporcionalmente aos fatos praticados. Segundo Greco, o período iluminista foi fundamental no pensamento em relação a punição, aduzindo que a produção de provas era essencial para condenar alguém.

Beccaria (1997, p. 50) entende que deve haver uma proporção entre os delitos e as penas com o interesse comum, ressaltando-se;

Não só é interesse comum que não sejam cometidos delitos, mas também que eles sejam tanto mais raros quanto maior o mal que causam à sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. (BECCARIA, 1997, p. 50)

Podemos dizer que a finalidade das penas não é atormentar o ser humano e nem desfazer uma infração cometida, e sim impedir que reiterados atos delitivos voltem a ser praticados, e de ser uma fonte de incentivo aos concidadãos a fazer o mesmo fato criminoso.

A lei foi criada para o povo, devendo conseqüentemente compreendê-las em todos os seus sentidos e efeitos. Com isso, após a Revolução Francesa, foi reconhecido o ditado em latim *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, que significa “não há crime nem pena sem lei prévia, ou seja, sem lei anterior ao fato”.

Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte seja empregada para destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos homens do que os próprios homens. (BECCARIA, 1997, p. 131)

Nesse sentido, para criação de uma lei é necessário que o legislador observe e analise a sociedade como um todo, aplicando os princípios cabíveis para que torne a lei de forma clara e de simples compreensão, para que assim ocorra uma prevenção aos delitos e as garantias de seus direitos fundamentais.

2.1 Incorporação do Princípio da Presunção de Inocência no Ordenamento Jurídico

A partir do movimento iluminista em 1789, foi incorporado no ordenamento jurídico o princípio da presunção de inocência através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabeleceu em seu artigo 9º que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Nota-se que o dispositivo refere-se à proibição da prisão ilegal e da punição indevida, com o intuito de coibir as restrições físicas e morais do acusado. Nesse sentido, Mônica Ovinski de Camargo (2005, p. 25), diz: “juridicamente, a presunção de inocência contida na Declaração dos Direitos do homem e do cidadão referia-se primordialmente ao tratamento do acusado no curso do processo que, uma vez findo, concluiria pela sua condenação ou absolvição”.

Posteriormente, o princípio foi abordado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, o qual introduziu a necessidade da comprovação da culpabilidade para efetivar a condenação, com base em seu art. 11.

I. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

II. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido. (ONU. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>)

Não obstante, o Brasil aquiesceu a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, com a aprovação do Congresso Nacional no Decreto n. 27 de 1992, o qual foi aderido o princípio da presunção de inocência no corpo de seu texto.

Artigo. 8º, inciso II: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Sendo assim, é dizer que a garantia do princípio em comento, assumiu uma condição universal e regional, estabelecidas por meio de cartas, pactos, tratados ou convenções, a fim de proporcionar os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar o Princípio da Presunção da Inocência em seu art. 5º, inciso LVII, em que dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. É dizer que a referida constituição foi a grande pioneira do princípio supracitado.

No contexto de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais penais, não se pode perder de vista que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil também incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro. Nessa ordem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê diversos direitos relacionados à tutela da liberdade pessoal (Decreto 678/92, art. 7º), além de inúmeras garantias judiciais (Decreto 678/92, art. 8º). (LIMA, 2016, p. 17)

Conforme, observa-se no Decreto supra, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 17) comenta que foi a Constituição Federal que impulsionou vários princípios processuais penais, perante os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

3. TEORIA GERAL DO PRINCÍPIO

3.1 Conceito

Trata-se de um conjunto de normas ou padrões de conduta a serem seguidos por uma instituição ou pessoa. Para Nucci (2014, p. 19), “[...] princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação.”

A palavra princípio vem do latim *principium* do grego *arqué*, que significa primeiro, principal, origem das coisas, causa próxima, início, gênese. Segundo Luiz Feracine (1999, p. 13) “o conhecimento está alicerçado em princípios denominados primeiros porque deles o processo cognitivo tira o seu início bem como seu término”. Portanto, entende-se que princípio é simplesmente o que antecede a outro, marcando um ponto de partida. Feracine (1999, p. 14) entende que “os princípios estão fundados e radicados no conceito de ser (*prima principia fundantur superens*) e revelam-se como propriedades dele”, isso porque o princípio do processo dialético enquadra-se no substrato analógico de toda realidade social.

É dizer que a atuação do princípio é dada como primeiro passo para o conhecimento ou como critério de inspiração às leis ou normas do Direito positivo. Nesse sentido, Miguel Reale (2002, p. 304), diz que os princípios possuem um valor genérico normativo, que de certa forma irá orientar a compreensão e a aplicação do ordenamento jurídico na sociedade, além de também contribuir para a integração e elaboração de novas normas ou leis.

Para Mirabete (2003, p. 55), os princípios são premissas éticas extraídas da legislação conforme a consciência ética do povo, para suprir lacunas na lei. Dessa forma, podemos dizer que os princípios gerais não seriam apenas lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência.

Os princípios são regras nem sempre escritas de caráter geral, que têm a função de inspirar e orientar o legislador ao escrever os textos das leis processuais e que nos possibilitam compreender o contexto histórico, ético/moral, que influenciou a

elaboração da norma processual, devendo servir, portanto, de vetores orientativos para o interprete, no que concerne à aplicação da norma ao caso concreto. (SCHLICHTING, 2007, p. 44)

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 fundou-se como um conjunto de regras e princípios, com a definição de Plácido e Silva (1993), o qual afirma que os princípios jurídicos são pontos básicos para certos atos, porém, podem ser elementos fundamentais ao próprio direito.

3.2 Força Normativa

Os princípios possuem valores extremamente importantes para a sociedade em virtude de uma nova lei e normas com o intuito de proteger o ser humano nas relações sociais de forma harmônica e objetiva.

Segundo Humberto Ávila (2005, p. 15-16), para a devida aplicação do ordenamento constitucional é de suma importância sobrepor os princípios jurídicos. Diante disso, se convencionou a chamar de *Estado Principio Lógico*, causando uma perplexidade ao realizar a interpretação de princípios, em razão de se verificar uma distinção entre princípios e regras e texto e normas.

A primeira delas é própria distinção entre princípios e regras. De um lado, as distinções que separam os princípios das regras em virtude de estrutura e dos modos de aplicação e de colisão entendem como necessárias qualidades que são meramente contingentes nas referidas espécies normativas.[...] A segunda questão provoca a tonicidade é a falta da desejável clareza conceitual a manipulação das espécies normativas. [...] O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade. (ÁVILA, 2005, p. 15-16)

Portanto, os textos normativos e normas jurídicas se transformam em uma construção de conteúdos diante da hermenêutica do próprio intérprete. Para Ávila (p. 18), "normas ou são princípios ou são regras", o objeto dos princípios é o fenômeno da ponderação e depende das possibilidades fáticas normativas, enquanto que em regras não podem ter o objeto da ponderação, pois possuem deveres definitivos e independente de qualquer possibilidade normativa fática.

Há varias teorias sobre os princípios, e as teorias que foram incorporadas pelo Brasil, e que estão ainda hoje em mais evidências, são aquelas normas que dizem que os princípios são normas que podem ser ponderadas umas com as outras, em razão disso, as normas possuem uma característica que as regras não teriam, os princípios teriam uma dimensão de peso devendo ser sobrepesados para que o aplicador tenha a função de manejar o peso maior ou menor aos princípios colidentes.

3.3 Distinção entre Texto e Norma

Segundo Ávila (2005, p. 22), “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. [...] os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. Contudo, vale ressaltar que ambos nem sempre vão se corresponder, pois há casos em que há norma, mas não há dispositivo.

Posto isso, não há necessidade de norma e texto (dispositivo) caminharem obrigatoriamente juntos. Porém existem casos em que a simples interpretação de um texto ensejará em uma norma, a qual se faz necessária à realização de extração de uma regra ou princípio.

O ideal do Estado de Direito é mais respeitado e se distingue claramente entre aquilo que o legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação que por meio de uma fidelidade à lei construída a partir de uma dada definição do conceito de norma. (ALEXY, 2015, p. 82)

As normas se diferenciam em duas vertentes, normas-princípios e normas-regras. As normas-princípios são aquelas que prestigiam valores ou apontam para determinados fins, sem, no entanto prescrever qual o caminho que deve ser adotado para a promoção desse fim, seja para proteger a igualdade ou liberdade, sem que o legislador aponte como fazer. Já as normas-regras, são as que descrevem aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório, ou seja, podem ser localizadas em qualquer dispositivo legal.

3.4 Distinção entre Princípios e Regras

Robert Alexy (2015, p. 87) ensina que as normas jurídicas se dividem em princípios e regras, havendo inúmeras distinções entre ambos.

Regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. (ALEXY, 2015, p. 87)

De acordo com o autor supracitado, há diversos critérios para realizar a distinção entre princípios e regras. Os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade.

Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem direito de converter outros presos à sua crença. (ALEXY, 2015, p. 88)

Os princípios para Alexy (2015, p. 91) corresponde a diferença entre princípios e regras, demonstrando que vai muito além do aspecto da generalidade, possuindo dessa forma buscar a solução para a colisão de princípios. Por conseguinte, princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também possibilidades jurídicas”.

Por outro lado, as regras são normas que correspondem à satisfação quanto às determinações exigidas, podendo ser ou não satisfeitas. As regras sempre irão ser criadas em virtude do que é fático e juridicamente possível. “Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. (ALEXY, 2015, p. 91).

Humberto Ávila (2015, p. 31) avalia outros dois critérios para a realização da distinção de princípios e regras. O primeiro trata sobre o caráter hipotético-condicional, que se baseia na hipótese de incidência e consequência, ou seja, esses elementos devem estar presentes nas regras, por outro lado, os princípios irão direcionar o fundamento para a aplicação da regra ao caso concreto. O segundo trata-se da aplicação dos princípios e das regras ao caso concreto, “sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos”, essa corrente é a defendida por Dworkin. E, por fim o terceiro é embasado no critério do relacionamento normativo, que irá tratar sobre a colisão entre as espécies normativas.

3.5 A Mitigação do Princípio da Presunção de Inocência

Os direitos fundamentais, em regra, são passíveis de ponderação, porém pode haver a colisão com outro direito fundamental, e isso faz com que esse princípio sofra o chamado de mitigação.

Diante do entendimento do STF que julgou o HC nº 126.292², é fundamental que façamos uma análise confrontando o Princípio da Presunção de Inocência que evidentemente é uma garantia de todos os indivíduos com a própria efetividade da função jurisdicional penal. Logo, é necessário que haja a ponderação de interesses, para dizer até que ponto vai à presunção de inocência e até que ponto vai a efetivação da função jurisdicional.

Diante disso, um exemplo clássico é a prisão preventiva, que é uma modalidade que se dá quando atendidos alguns requisitos constantes no CPP, em que a prisão deve ser dar antes do trânsito em julgado, ora, havendo de certa forma uma mitigação ao princípio da presunção de inocência, já que alguém é conduzido ao cárcere antes do resultado final do processo penal.

Nesse sentido, as prisões provisórias, entre elas a prisão preventiva há outras como, prisão temporária, flagrante, em que exatamente essa proteção do princípio da presunção de inocência é afastada.

² Atual entendimento do STF em relação ao cumprimento antecipado da pena antes do Trânsito em Julgado, que permite a prisão em segunda instância jurisdicional.

No entanto, o julgamento do HC 72.663-1-SP, o STF firmou orientação no sentido que “a prisão provisória não viola o princípio constitucional da presunção da inocência”, com a finalidade de garantir a instrução processual.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A Constituição Federal é um instituto que visa organizar a sociedade, é a lei superior na qual todas as demais buscam a validade, eficácia, consagrando a e dignidade da pessoa humana de uma sociedade que vive de forma politicamente organizada. Os ramos do direito positivo quando compatível com os princípios e normas descritos na Carta Magna, adquirem conseqüentemente a eficácia plena.

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas. (BONAVIDES, 2014, p. 264)

É dizer que, o direito processual penal, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico se fundamentam em determinados princípios, os quais são baseados em nossa Constituição, sendo eles explícitos ou implícitos. Ademais, os valores constitucionais têm como se direcionar a aplicação do Direito Penal com a finalidade eficaz da ressocialização, observando as garantias e direitos fundamentais da pessoa humana.

Os princípios não estão no sistema em um rol taxativo. Em verdade, diante da atividade do jurista para a construção da norma jurídica, serão possíveis aplicações que evidenciem tanto princípios constitucionais expressos como princípios constitucionais decorrentes do sistema constitucional. (TÁVORA, 2016, p. 44)

Desse modo, percebe-se que não há razão para que haja diferenciação em tratamento diferenciado em relação à matéria do direito processual penal, pois a Constituição regula os princípios básicos tangentes à formação do Estado Democrático de Direito.

Os princípios setoriais do Direito Processual são assertivas que devem direcionar o pensamento de alguns doutrinadores no sentido de considerar o Direito Processual como uma ciência autônoma, apesar de seu caráter instrumental como meio de se alcançar a efetiva proteção ao Direito Material lesado, ameaçado ou permitido. (SCHLICHTING, 2007, p. 45)

No ordenamento jurídico temos o direito penal, que é a norma material que forma a convicção aos cidadãos sobre o que é crime. Posto isso, a partir do momento em que alguém pratica um crime, este será processado criminalmente em juízo competente, e com base nos princípios estabelecidos, irá proporcionar ao autor o direito de se defender e de contraditar, embora esta seja uma garantia do devido processo legal.

A finalidade do processo penal se equipara ao direito penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a convivência harmônica, a defesa dos interesses jurídicos, entre outros.

Ressalta-se que o direito é uno, ou seja, indivisível, e está dividido em segmentos, mas possui a mesma finalidade, para isso o intérprete deverá observar os princípios gerais e específicos do direito.

Por fim, observe-se que entre os princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual penal, tem-se como principais para devida aplicação da execução da pena, os princípios da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e o princípio da razoável duração do processo.

Por derreio, tem-se também o Princípio da Presunção de Inocência, o qual apesar de fazer parte do rol de princípios aplicáveis ao processo penal será tratado em capítulo próprio.

5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CUMPRIMENTO ANTECIPADA DA PENA

Esse princípio é conhecido como estado de inocência (ou da não culpabilidade). Trata-se de uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal. Essa garantia está prevista no art. 5º, inciso LVII, Constituição Federal, nesses termos veja-se o teor dispositivo constitucional.

Art. 5º, da CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ressalta-se Alexandre de Moraes (2016, p. 201) que, “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo o odioso afastamento de direitos e garantias individuais”. Trata-se da atuação do poder do Estado em que incide no direito de não ser declarado culpado, senão mediante sentença penal condenatória transitada em julgado, portanto, é só um limite ao poder punitivo do Estado, ou seja, uma proteção ao próprio particular.

Segundo Nucci (2012, p. 91), as pessoas possuem um juízo natural, sendo indispensável a realização de provas cabíveis ao processo, com o intuito do Estado-acusação evidenciar, e o Estado-juiz julgar a culpa ou a inocência do acusado com base nas provas suficientes.

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal. (NUCCI, 2012, p. 92)

Nesse sentido, havendo a questão da dúvida razoável, o julgador deverá decidir em favor do acusado, diante do princípio *in dubio pro reo* ou *favor innocentiae*, ou seja, em se tratando de dúvida, deve-se optar pela versão mais favorável ao suposto acusado, que é presumido inocente até que se prove o contrário.

Portanto, cabe ao órgão acusador comprovar a culpa do réu, diante disso o magistrado ao proferir a sentença deve ter a convicção que o réu realmente é culpado pelo delito, na dúvida da culpa, basta a absolvição, conforme o artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Quando cuidamos do princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar o princípio da prevalência do interesse do réu, que com o primeiro se interliga, afinal, justamente porque o estado natural do indivíduo é de inocência que seu interesse está acima da dúvida; logo, *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, é melhor decidir em favor do acusado. (NUCCI, 2012, p. 89)

Nesses termos, Távora ressalta a necessidade do ônus da prova, conferido ao órgão acusador, devendo a defesa permanecer inerte.

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. (TÁVORA, 2016, p. 866)

Ademais, em decorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, verifica-se a conjunção com o princípio da presunção de inocência no desenvolver do processo, em virtude do princípio do devido processo legal, bem como o direito do réu manter-se calado.

Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. (NUCCI, 2012, p. 92)

O princípio do devido processo legal possui alta relevância em nosso ordenamento jurídico, haja vista que para aplicação de uma norma é imprescindível o zelo ao processo jurisdicional, devendo ser encerrado em tempo hábil, observando-se os requisitos processuais com o intuito de não haver excessos do Estado contra o direito à liberdade “*jus libertatis*” do acusado, diante de sua possível inocência.

Diante disso, podemos dizer que a privação da liberdade antes da sentença definitiva, poderá ser admitida a título de medida cautelar, quando conveniente, segundo a lei processual.

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juristantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Dessa forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas. (MORAES, 2016, p. 201)

Portanto, é necessário o respeito à dignidade da pessoa humana, sendo necessário entender que o cidadão não deve ser tratado apenas como um sujeito de direitos, mas também como um ser humano. No que diz respeito ao preso, mesmo que esteja restringida a privação temporária da liberdade, esse fato não retira o direito a dignidade, devendo o Estado dar suporte e respeito aos detentos.

Assim, por exemplo, condenado o réu, seja ele primário, seja ele reincidente, tenha ou não tenha bons antecedentes, se estiver se desfazendo de seus bens, numa evidente demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica-se sua prisão provisória. Do contrário, não. Se o réu estiver perturbando a instrução criminal, justifica-se a prisão, senão, não. Esse é o real sentido do princípio. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 28)

Nesse diapasão, o texto constitucional não declara a inocência do agente, porém demonstra o fato de ele não ser necessariamente o possuidor pela prática do fato que lhe é imputado, estando dessa forma protegido contra uma provável sanção penal de forma antecipada.

Ademais, além do cumprimento antecipado da pena, o princípio em comento influenciou diversas demandas, principalmente a questão do uso de algemas, no qual o uso deverá ser excepcional, como veremos a seguir.

5.1 O Uso de Algemas e o Princípio da Presunção de Inocência

O Código de Processo Penal disciplina o uso de algemas no art. 284 “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”. A autoridade policial tem o dever de garantir a segurança pública efetivando a prisão em flagrante, ou o cumprimento do mandado de prisão. Para a realização da segurança pública é necessário que o procedimento seja correto, assegurando o número de policiais necessário, devendo evitar o uso de força, salvo quando necessário, e a contenção por meio de algemas é necessária quando houver resistência ou perigo de fuga por parte do preso.

Diante disso, Nestor Távora (2016, p. 1209) realiza uma excelente dissertação em relação ao uso de algemas, afirmando que o uso inapropriado pode dar ensejo ao crime de abuso de autoridade.

O art. 199 da LEP remete a disciplina do uso de algemas a decreto federal, ainda inexistente, restando a advertência que estas só podem ser utilizadas quando estritamente necessárias pelas circunstâncias, não podendo simbolizar verdadeiras pulseiras de prata para desmoralizar aqueles que são presos, principalmente quando em trânsito perante as câmeras ou nas audiências, dando ensejo à caracterização do abuso de autoridade. (TÁVORA, 2016, p. 1209)

Nesse sentido, houve uma alteração no Código de Processo Penal em relação ao rito do Tribunal do Júri, diante da Lei nº 11.689/2008, introduzindo essa modificação no artigo 474, §3º, o qual disciplina.

Art. 474-A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
§ 3º. Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Desse modo, foi aprovado, por unanimidade, na sessão plenária do STF, em 13 de agosto de 2018, as hipóteses cabíveis para o uso de algemas. A súmula vinculante disciplina:

Súmula vinculante nº 11. Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

De acordo com a súmula supracitada, Paulo Rangel, citado por Rogério Greco (2015, p. 588), dispõe:

Cria-se, com a súmula vinculante, um novo vício jurídico: o vício do uso de algemas que acarreta a sanção de nulidade do ato prisional. A autoridade policial deverá justificar, por escrito, o uso de algemas no preso, sob pena da responsabilidade dita na lei. O problema será a justificação da autoridade policial convencerá a autoridade judiciária que é quem exercerá o papel fiscalizador da legalidade ou não do seu uso. (GRECO, 2015, p. 588)

Neste prisma, ressalta-se que a Constituição assegura os princípios como estrutura democrática, tais como, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana. O uso abusivo e desnecessário de algemas pode caracterizar ameaças a esses princípios, em especial ao princípio da inocência presumida e o respeito à integridade física e moral do preso, conforme o art 5º, XLIX, da CF/88.

5.2 Dos Efeitos dos Recursos e o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Trata-se de um direito de ação dentro do mesmo processo, no qual Ministério Público e o suposto condenado podem recorrer perante instância superior, ou seja, os recursos são instrumentos que visam a impugnação das decisões judiciais ou sentença prolatada perante o juiz de 1º grau, antes do trânsito em julgado, devendo ter previsão legal para tanto.

Segundo Rocha, Castelo e Lépure (2017, p. 175), os efeitos dos recursos podem ser:

- a) Efeito devolutivo – devolve ao Tribunal a possibilidade de reapreciar a matéria decidida;
- b) Efeito suspensivo – ocorrerá o devido efeito quando se tratar de sentença condenatória, sendo, portanto, obrigatória, devido ao princípio da presunção de inocência. Os autores supracitados aduzem que “se for condenado e estiver solto, o recurso da defesa terá efeito suspensivo e o réu não poderá ser preso por força da decisão condenatória recorrível; se estiver preso e for condenado, o recurso surtirá efeito suspensivo”;

Diante disso, a Súmula 267 do STJ aduz que “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Para isso os requisitos para a decretação da prisão devem estar presentes.

A execução provisória contra o réu que aguardava o julgamento em liberdade ofende o princípio da presunção de inocência, e dessa forma a expedição de mandado de prisão deverá aguardar, necessariamente, o trânsito em julgado da sentença condenatória. (ROCHA; CASTELO; LÉPORE, 2017, p. 175)

Nesse interim, a execução provisória é cabível, quando o réu está preso, desde que não haja majoração da pena, ante a interposição de recurso, do contrário deverá aguardar em liberdade até o trânsito em julgado. Assim, as súmulas do STF dispõem o teor:

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Portanto, a decisão controvertida provocou o afrontamento ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o indivíduo tem a garantia de recorrer de uma sentença que poderá ocasionar a sua retificação ou ratificação, devendo ocorrer o seu cumprimento quando for caracterizada a existência da coisa julgada,

ou seja, não havendo mais possibilidade de recorrer, em virtude do esgotamento dos meios recursais, ou, quando acarretar a perda do prazo.

- c) Efeito regressivo – possibilidade do juízo “*a quo*” retratar-se da decisão;
- d) Efeito extensivo – conforme o art. 580, do CPP, o recurso interposto por um dos réus se estenderá aos demais, quando houver concurso de agentes.

Sabendo os efeitos dos recursos, é de suma importância ponderar sobre o princípio do duplo grau de jurisdição. Tendo em vista que esse princípio foi criado para assegurar o direito do reexame das decisões judiciais, tendo em vista que um segundo exame da relação jurídica se faz necessária para buscar a garantia da proteção ou restauração de um possível direito violado.

Todavia, interessa sublinhar que o duplo grau de jurisdição não é princípio contemplado na Constituição, haja vista que processos existem sem que esse duplo grau incida, a exemplo daqueles de competência originária do Supremo Tribunal Federal. O duplo grau de jurisdição não é um enunciado normativo que incide indistintamente em todos os processos penais. (TÁVORA, 2016, p. 61)

Segundo Mirabete (2003, p. 645), “se não houver recursos, a incerteza cessará com a decisão única, mas haverá o risco de consagrar-se uma injustiça”, ou seja, possuía finalidade de sanar os defeitos substanciais e omissos de uma decisão prolatada erroneamente pelo juízo “*a quo*”.

Por outro lado, há expressa disposição no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8, item 2, h) a respeito do direito de recurso contra sentença a juiz ou tribunal superior. Os tratados internacionais, versando sobre direitos humanos, devem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, como autorizam os §§2º e 3º do art. 5º, da Constituição Federal. (NUCCI, 2012, p. 107-108)

Ademais, a edição da emenda 45/2004, dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, expresso no art. 5º, §3º, da CF/88.

Além disso, encontramos o princípio no art. 5º, LV, da CF/88, ao ressaltar que aos litigantes são assegurados os recursos essenciais ao contraditório e a ampla defesa.

Nesse diapasão, verifica-se que o princípio em comento encontra-se inserido no princípio do devido processo legal, tendo em vista que ao ingressar com um recurso deve-se observar a lei no que couber, assegurando ao suposto condenado o direito de não ser injustiçado, eis que possui o seu direito individual quanto a presunção de não culpabilidade.

6. ESTUDO DE CASO

6.1 O Princípio da Presunção de Inocência e o Entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 84.078/MG)

A Constituição Federal assegura a todo cidadão diversos direitos e deveres, o qual se origina de princípios que possuem o intuito de associar a liberdade individual com o processo de socialização. É de se ressaltar o artigo 5º, em que expressa claramente o direito do acusado frente ao princípio da presunção da inocência, podendo dessa forma ser considerado culpado somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na construção do Estado Democrático de Direito (art.1º da CF), não se pode abrir mão de aplicar todos os princípios constitucionais inseridos pelo poder constituinte, sob pena de se questionar a supremacia do Texto Fundamental, colocando em risco a própria noção de soberania do povo. Os direitos e garantias fundamentais fazem parte desses princípios e necessitam ser eficazmente respeitados, porque foram as normas eleitas pelo constituinte para reger os rumos da sociedade brasileira. (NUCCI, 2012, p. 73)

É importante ressaltar que os princípios elencados na Constituição Federal, em especial o princípio da presunção da inocência que resguarda ao réu o direito de apelar em todas as instâncias até que a sentença transite em julgado, tornando-se a sentença imutável. Segundo o artigo 283, do código de processo penal, o qual prevê que:

Art. 283. 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.

O princípio da presunção de inocência, também chamado por alguns de princípio da não culpabilidade, pode ser conceituado como direito de não ser

declarado culpado, senão ao término do devido processo legal. É evidente que ocorre uma conjugação com os demais princípios na Constituição.

Além disso, o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, dispõe que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, as pessoas têm autonomia para fazer ou deixar de fazer algo ou a abstenção da prática de uma conduta. A lei penal deve ser clara, exata e precisa para que haja a devida interpretação da norma.

Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, no qual se pretenda adotar um modelo penal garantista, além da legalidade formal deve haver, também, aquela de cunho material. Devem ser obedecidas não somente as formas e seus procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos. (GRECO 2015, p. 148)

De acordo com o art. 637, do CPP, dispõe: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. O Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2007, tinha uma orientação que dizia:

A jurisprudência deste STF é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não tem efeito suspensivo. (...) HC 91.675/PR, REL MIN. CÁRMEN LUCIA 04/09/2007).

Porém, pouco tempo depois, nasce outra jurisprudência alterando essa orientação, até então dominante, devido ao HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009, em que resguardava o direito do preso provisório o Princípio da Presunção da Inocência, respeitando o que está escrito devidoa hermenêutica que não permite alterar o sentido do texto da CF, como veremos a seguir:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença

condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] ação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas

beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.(STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Contudo, o entendimento em tela não significa a impossibilidade de ocorrer uma prisão provisória ou cautelar, desde que estejam presentes os requisitos no caso concreto. Assim, o ministro Eros Grau proferiu em suas palavras:

Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial, pode impor ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A não ser que o julgador seja um desafeto da Constituição Federal. Caso contrário, não se admite qualquer entendimento contrário ao inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, que estabelece o princípio da presunção de inocência. (https://www.conjur.com.br/200809/nem_lei_nem_juiz_podem_impopor_execucao_antecipada_pena).

Ademais, o Ministro supracitado, reпреendeu o entendimento disciplinado na Lei nº 8.038/90, em que afirma que os recursos especial e extraordinário não tem efeito suspensivo.

(...) A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (STF, Pleno, HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j.05/02/2009)

Após o julgamento do HC 84.078, o Supremo concluiu ser inconstitucional a execução provisória da pena. No entanto, passado há cerca de seis anos desse entendimento, a corte suprema teve sua composição alterada, e alguns dos ministros voltaram a rever seus posicionamentos, como veremos em diante.

6.2 O Atual Entendimento do STF Frente à Execução Provisória da Pena (HC nº 126.292/SP)

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu rever seu posicionamento e, por 7 votos a 4, denegando o pedido do habeas corpus nº 126.292/SP, que entende que o início da execução da pena deve ser executada provisoriamente antes do trânsito em julgado, permitindo a prisão em segunda instância jurisdicional, pois para o Relator do caso, ministro Teori Zavascki, a sentença penal pela segunda instância encerra a apreciação de fatos e provas sobre o condenado, prevalecendo dessa forma a infraconstitucionalidade nos ditames constitucionais.

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

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016). **Grifo nosso**

A ementa acima trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão do STJ, tendo como paciente o condenado à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por incorrer na prática do crime de roubo majorado, com direito de recorrer em liberdade.

O HC nº 126.292, possui efeito paradigmático e transformador para a realidade subjacente, porque até então era pacífico no STF o entendimento de que a

execução provisória da pena seria vedada com uma decorrência lógica aos princípios constitucionais, bem como o da presunção de inocência.

Desse modo, podemos observar que os julgadores deixaram de apreciar o princípio constitucional, dando ensejo ao acusado o entender de que poderá ser preso pelo fato de cometer algum delito, além de relativizar o entendimento da instabilidade e o trânsito em julgado.

O voto do Ministro Barroso, ao afirmar que:

O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela de bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao se permitir que a punição seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos.

Nesse impasse, devemos observar que todo o processo tem que caminhar de acordo com o devido processo legal, de modo que a punição ocorra de acordo com a Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, assim, a sociedade deverá entender que o direito penal tem caráter preventivo e não caráter meramente punitivo.

A Constituição Federal assegura em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Diante dessa disposição constitucional, é de se concluir que cabe ao magistrado dar o devido andamento processual como estabelece o dispositivo constitucional, dando o direito à defesa ao suposto acusado. O magistrado precisa se atentar a esse princípio para que não ocorram injustiças em suas decisões, devendo realizá-las em meias-verdades, ou, na dúvida, ao favor do réu.

É certo que o retardo para a punição é algo em que a sociedade não admite, porém a morosidade na justiça criminal é certa, desde o começo da instrução processual. Posto que há presos provisórios que ainda estão aguardando audiência de instrução e julgamento, outros que mesmo estando presos, ao menos foram devidamente citados, recebendo a denúncia em seu favor, dessa forma o Estado precisa de organização para que a justiça ocorra em tempo hábil.

Os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Gilmar Mendes, votaram a favor do cumprimento da execução provisória da pena. No entanto, os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e o Ricardo Lewandowski, presidente, discordaram da maioria.

Diante disso, iremos abordar algumas questões práticas em relação a esse novo entendimento.

6.3 Questões Práticas em Relação ao Cumprimento Antecipado de Pena

Diante do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, devemos analisar as questões práticas observando a atualidade do território brasileiro, tendo em vista, que a decorrente decisão, além de gerar uma reviravolta na jurisprudência, ocasionou uma repercussão geral em diversos processos criminais.

Nesses termos, iremos abordar questões em que envolve a efetividade do judiciário diante das varas de execuções, a superlotação das penitenciárias, o acúmulo de processos, bem como ficará a respeito da reparação de danos praticados contra as vítimas em virtude da ação civil *ex delicto*.

6.3.1 Superlotação Carcerária

Atualmente o Brasil enfrenta um grande problema em relação a superlotação carcerária, ocorrendo constantes violações de direitos humanos. Segundo Sarlet (2012, p. 105) o princípio isonômico encontra-se ancorado na dignidade da pessoa humana, diante disso, a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas consagrou que todos são iguais em dignidade e direitos. Desse modo, é necessária a proteção da integridade física e emocional em geral, acatando a proibição da pena de morte, tortura, ou qualquer outro tipo de violência.

É evidente que o sistema penitenciário não está cumprindo a sua finalidade diante do papel constitucional, que é garantir aos presos os direitos fundamentais, tais como higiene pessoal, uma boa alimentação, ter uma boa noite de sono, falta de cuidados médicos. O Estado não está cumprindo a função de ressocialização dos detentos, podemos dizer que a prisão não possui mais a função de sancionar, e sim de torturar.

Ademais, como podemos ver, Rogério Greco (2015, p. 150) relata fatos que ocorreram no Brasil devido a superlotação carcerária e o caos nas penitenciárias.

Não é incomum, por exemplo, que nas cadeias brasileiras, onde os presos aguardam o seu julgamento, ocorra a chamada superlotação carcerária. No Estado de Minas Gerais, na década de 90, do século passado, a situação se agravou de tal maneira que, em uma delegacia localizada na cidade de Belo Horizonte, os presos deram início àquilo que denominaram de "ciranda da morte". Assim, os presos que se encontravam naquele estabelecimento prisional, fizeram uma série de reivindicações dirigidas à melhoria do sistema. Como forma de pressionar o governo estadual a atender as referidas reivindicações, os presos elegiam um companheiro de cela e o matavam. Assim, começaram a matar os presos, um por dia, até que os pedidos fossem considerados e atendidos. Uma outra cadeia, localizada no interior da delegacia de furtos e roubos, era popularmente conhecida como "o inferno", havendo sido palco de inúmeras rebeliões. Hoje, as cadeias públicas foram quase que totalmente desativadas em Minas Gerais, embora ainda existam sistemas prisionais superlotados. (GRECO, 2015, p. 150)

Verifica-se, que há ausência de programas de reabilitação dos encarcerados, principalmente dos programas que colaboram com a reinserção social. Vale ressaltar que a grande maioria da população que se encontra privada de sua liberdade, possui pessoas jovens, com uma renda baixa, e baixa escolaridade, sendo muitas vezes vítimas da desqualificação profissional, gerando o desemprego.

Em outros Estados brasileiros, a exemplo do Rio de Janeiro, a situação não é diferente, principalmente, também, quando se trata de cadeias públicas. Estas foram criadas com a finalidade de abrigar aqueles que necessitavam ser segregados do convívio social antes do seu julgamento definitivo, ou seja, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. No entanto, devido à falta de vagas nas penitenciárias, os condenados passaram a cumprir suas penas nessas cadeias, junto àqueles presos que aguardavam o seu julgamento (assim como os presos provisórios passaram a aguardar a conclusão de seus processos em presídios comuns). (GRECO, 2015, p. 151)

Segundo o levantamento nacional de informações penitenciárias realizada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, verifica-se que entre o ano 2000 a 2016, houve um aumento da taxa de aprisionamento em 157% em todo território brasileiro. No ano 200 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil

habitantes. Já, em junho de 2016, aumentou o número para 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Ressalta-se, ainda, que o campeão de encarcerando no território brasileiro é o Estado de Mato Grosso do Sul, com 696,7 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes em todo o estado. (Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização- Junho de 2016/organização, Thandara Santos: colaboração, Marlene Inês da Rosa – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário, 2017).

Nesse interim, não é novidade que o sistema penitenciário atinge a inconstitucionalidade das garantias e princípios do preso. Após o atual julgamento do HC nº 126.292, a prisão antes do trânsito em julgado passou a ser contraditório, conforme aponta o Ministro Ricardo Lewandowski:

Queria manifestar a minha perplexidade diante desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática. Minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF347(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>) e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido, disse. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante que é o nosso sistema prisional? (<https://www.conjur.com.br/2016-set-08/prisao-antes-transito-julgado-contraditoria-decisoes-stf>).

Diante disso, o Ministro Luiz Fux argumenta:

Embora o número de presos provisórios preocupe, “nas turmas” havia uma preocupação com o fato de que muitos deles eram condenados em segundo grau, aguardando a confirmação da condenação pelos tribunais superiores. “Então, o que vai ocorrer, diante dessa modificação da jurisprudência do Supremo”, argumentou Fux, “vai ser a liberação de quem está injustamente preso, provisoriamente ou preventivamente, e o recolhimento daqueles que foram condenados em segundo grau; sai um, entra outro”. (<https://www.conjur.com.br/2016-set-08/prisao-antes-transito-julgado-contraditoria-decisoes-stf>)

Não é novidade a existência da superlotação em nosso país, porém, com o novo posicionamento do STF, em que nega a observância do Princípio da Presunção de Inocência, gera um grande transtorno em nossa Constituição, ocasionando injustiças tanto no direito individual quanto em sua dignidade humana em ter que permanecer “enjaulados” até a confirmação da sentença perante os

órgãos superiores, podendo gerar danos irreparáveis àqueles que foram presos injustamente.

Em virtude da superlotação carcerária, devemos discorrer acerca do acúmulo de processos nas varas de execução penal e a falibilidade do judiciário para cumprir todos os procedimentos. Posto isso, abordaremos no capítulo em diante.

6.3.2 A Falibilidade do Judiciário e o Acúmulo de Processos na Vara de Execução Penal

Com o passar do tempo a criminalidade vêm crescendo e, por conseguinte, aumentando o número de processos, fazendo com que o judiciário se torne cada vez mais moroso em relação a aplicação da lei, gerando transtornos na sociedade que espera uma resposta do Estado acerca da devida punição em função do cumprimento da lei.

O Conselho Nacional de Justiça elaborou a 13ª edição do relatório de Justiça em Números, que tem como objetivo dar conhecimento de dados acerca do Poder Judiciário, abrangendo o número de processos, bem como a sua movimentação, e também sobre as despesas que acarreta ao Judiciário.

O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. A demanda pelos serviços de justiça também cresceu esse ano, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% observada em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos - o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes.

A taxa de congestionamento permanece em altos patamares e quase sem variação em relação ao ano de 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Mesmo se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida é de 69,3% (3,7 pontos percentuais a menos que a taxa bruta). (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2017, p. 182)

O art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, dispõe sobre o Princípio da Razoabilidade e Duração do Processo, como garantia de celeridade processual, a fim de buscar os direitos fundamentais dos cidadãos, por meio do judiciário. Porém, a atualidade é outra, o Poder Judiciário se encontra em uma constante luta em busca do aprimoramento do processo eletrônico, todavia, vale ressaltar que há um grande déficit de servidores públicos e membros.

Desse modo, podemos entender que a prisão de um indivíduo, apenas para justificar perante a opinião pública ou até mesmo, para sanar o “mal chamado” morosidade processual, pois, a prisão é a "ultima ratio", de acordo com o legislador constitucional. Destarte, se queremos algo diferente, então, modifiquemos o ordenamento jurídico, para o fim da sua adequação a essa nova realidade, considerando que o Direito não é estático.

6.3.3 Dos Efeitos da Condenação

Após a prática de um fato considerado como crime, o Estado irá realizar o direito de punir pelo ato praticado ilicitamente, estabelecendo uma sanção ao acusado impondo o dever de reparar a vítima em relação ao dano sofrido, seja patrimonial ou extrapatrimonial.

A sentença penal condenatória transitada em julgado produz efeitos penais e efeitos extrapenais. Os efeitos penais subdividem-se em efeito penal principal ou primário e efeitos penais reflexos ou secundários. Já os efeitos extrapenais, por sua vez, classificam-se em efeitos extrapenais genéricos e efeitos extrapenais específicos. (AVENA, 2017, p. 212)

Com isso os efeitos da condenação estão previstos no art. 91, do CP, que dispõe sobre os efeitos genéricos extrapenais da condenação, e no art. 92, do CP, que irá dispor acerca dos efeitos extrapenais específicos. Vê-se o teor dos dispositivos:

Art.91, CP - São efeitos da condenação:
I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Nesse sentido, ocorrem também os efeitos penais, sendo classificada em principal, que consiste na pena declarada na sentença, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, bem como a inclusão do nome do réu no rol dos culpados. Já o efeito secundário são aqueles que refletem uma relação jurídica, produzidos em um determinado processo.

Em relação à aplicação da pena restritiva de direitos, verifica-se que o STF apenas analisou hipótese das penas privativas de liberdade no HC 126.292, ou seja, não existe nenhum posicionamento do Plenário em relação a pena que irá restringir os direitos do condenado. Diante disso, o STJ posicionou-se em um Embargos de Divergência em Recurso Especial, que a execução provisória da pena não é possível em penas restritivas de direito, fundamentando que o STF ainda não estabeleceu uma posição em relação ao assunto, e que o art. 147 da lei de execução penal estabelece o cumprimento da pena restritiva de direitos após o trânsito em julgado, seguindo, portanto, a literalidade da lei.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL.
PENAL PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR
RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.
IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO

PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos. 2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, **não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação**. 3. Embargos de divergência rejeitados. (STJ - EREsp: 1619087 SC 2016/0208949-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 14/06/2017, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 24/08/2017) **Grifo nosso**.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Por fim, com o novo posicionamento do STF, é de suma importância ressaltar sobre o cumprimento da pena em relação a reparação civil, frente a execução penal provisória do condenado antes do trânsito em julgado.

6.3.4 Da Reparação Civil Frente ao Cumprimento Antecipado da Pena

De acordo com os efeitos da condenação, art. 91, I, do CP, a ação civil ex delicto poderá ser ingressada tanto pelo ofendido quanto pelo seu representante legal, devendo ser ajuizada perante o juízo cível, com a finalidade de ser ressarcido pelo prejuízo, ocasionado devido a prática criminosa.

Deve-se enfatizar, por oportuno, também a existência do interesse da(s) vítima(s) e seus familiares na duração razoável do processo, eis que diretamente interessada(s) no desfecho do processo, quer psicologicamente, quer financeiramente, eis que concluído o processo e havendo condenação, poderá requerer diretamente a reparação dos prejuízos através de ação civil *exdelicto* (art. 63, CPP), caso não tenha sido determinada a reparação mínima de que trata o art. 387, IV, do Código de Processo Penal. (BARBAGALO, 2015, p. 136)

Renato Brasileiro (2016, p. 403) ressalta que "(...) a única condição para o implemento deste efeito é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, evidentemente, a constatação de que o delito tenha efetivamente gerado um dano a

ser indenizado em favor de determinada pessoa”. Ademais, há delitos em que não colabore qualquer prejuízo para a vítima, gerando a inviabilidade da ação e a indenização em comento.

Há duas possibilidades de requerer a reparação do dano, a primeira, quando ainda tramita a ação penal, caso em que o juízo cível irá suspender a ação cível até o julgamento definitivo da ação penal. A segunda ocorrerá de acordo com o art. 387, IV, do CPP, que aduz que:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:(...)
IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Nesse sentido, o ofendido poderá requerer apenas a execução da sentença criminal no Juízo Cível, pelo valor estabelecido pelo Juízo Criminal. Importante lembrar que a sentença criminal fará coisa julgada no juízo cível, não podendo ser questionada novamente. Pois a responsabilidade civil é independente da criminal, conforme art. 935, do Código Civil.

No entanto, não irá ocorrer a coisa julgada no cível quando houver as hipóteses nos arts. 66 e 67, do CPP, possuindo o teor:

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.
Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
I o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
II a decisão que julgar extinta a punibilidade;
III a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Trata-se de título executivo a sentença penal transitada em julgado, seja esta condenatória ou absolutória, e, depois de liquidada no juízo cível, dentro do prazo prescricional de 03 (três) anos para ser executada, conforme dispõe o teor do art. 475-N, II, do CPC, “a sentença penal condenatória transitada em julgado”.

Esse dever de indenizar também pode ser exercido contra os herdeiros do acusado condenado por sentença irrecurável, desde que observados os limites do patrimônio transferido. Como se trata de efeito extrapenal da condenação, não há falar em violação ao princípio da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV). Na hipótese de a vítima pretender buscar o

ressarcimento contra eventual responsável civil (CC, art. 932), e não diretamente em face do acusado, deve ingressar com ação de conhecimento no juízo cível, já que os efeitos da coisa julgada penal não podem prejudicar terceiros que não intervieram no feito criminal, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (LIMA, 2016, p. 405)

Posto isso, é de se observar que há uma lacuna referente à reparação da vítima diante do cumprimento antecipado da pena, pois no acórdão nada diz a respeito. Portanto, devemos seguir a literalidade da lei, ou seja, a reparação irá acontecer somente após o trânsito em julgado da sentença penal.

6.3.5 Novos entendimentos do STF acerca da execução provisória da pena

Recentemente o STF retornou a discutir novamente acerca de sua própria orientação realizada já em plenário, em relação ao cumprimento da execução provisória após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, devido ao julgamento do Habeas Corpus nº 136.720, na segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. O Habeas Corpus trata do direito do réu condenado recorrer em liberdade, conforme foi assegurado em sua sentença.

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO PUBLICADO E AS NOTAS TAQUIGRÁFICAS. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE CONDICIONA O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO DO RÉU CONSUBSTANCIADO EM COISA JULGADA. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. DIREITO CONSTITUCIONAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. I – Faz coisa julgada o direito assegurado expressamente ao réu, na sentença condenatória, de somente iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado, quando tal condição não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público. II – Não é possível agravar a situação do réu quando o recurso é exclusivo da defesa, sob pena de vedada reformatio in pejus. III - A antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar. IV - O texto constitucional é expresso em afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988). V - Eventuais interpretações restritivas devem ser feitas com extrema cautela,

a fim de evitar um indesejável retrocesso quanto aos direitos e garantias fundamentais. VI – Ordem concedida em parte. (HC 136.720 MC/DF, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/10/2016, Data de Publicação: 25/10/2016, DJe- 227 DIVULG 24/10/2016)
 (<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+136720%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ybrs8yz2>)

Diante do julgamento do Habeas Corpus supracitado, o min. Ricardo Lewandowski relata que a atual orientação do STF é um retrocesso na jurisprudência, em que as decisões não teriam uma fundamentação adequada, ressalta-se também que o Princípio da Presunção de Inocência é evidente em nossa Constituição Federal.

Aliás, constata-se que, a partir da decisão do STF, a qual, por decisão majoritária, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica. (HC 136.720 MC/DF, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/10/2016, Data de Publicação: 25/10/2016, DJe- 227 DIVULG 24/10/2016)

Nesse diapasão, o Min. Ricardo Lewandowski demonstra uma dificuldade em entender a virada jurisprudencial do STF com relação ao cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado, sobretudo diante do atual estado do sistema penitenciário brasileiro, abordando, também, a violação da cláusula pétrea diante do princípio da presunção de inocência.

Lewandowski reafirmando seu posicionamento contrário disse:

Depois da nossa decisão, os absurdos começaram a se multiplicar. Prisão de ofício a partir do STJ. É MP atravessando em todos tribunais do país. Petições para pedir a imediata prisão dos acusados. Será que esses membros do MP, ou esses dignos magistrados, alguma vez já ingressaram numa prisão brasileira?! Não é possível que continuemos cegos a essa realidade, devemos temperar essa decisão de alguma forma. (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI263416,41046STF+Ministros+citam+equivocos+na+interpretacao+da+decisao+sobre>)

Desse modo, no julgamento do HC nº 126.292/SP, o Min. Gilmar Mendes foi o voto de desempate, manifestando-se favoravelmente ao cumprimento provisório da pena. Portanto, atualmente, verificou-se a possibilidade de mudança de posicionamento quanto à execução penal provisória antes do trânsito em julgado, conforme ressaltou aos jornalistas da conjur, “dissemos que, em segunda instância, é possível já autorizar a prisão. Não dissemos que se torna obrigatória, e acho que está havendo certa confusão em torno disso”.(<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>)

O Ministro Celso de Mello seguiu na mesma premissa que o ministro Ricardo Lewandowski, ressaltando que é essencial que a corte faça uma reanálise acerca do tema, pois aduz que “a mim me parece que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma antecipação ficta, arbitrária e artificial do trânsito em julgado, com gravíssimas consequências”. (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI263416,41046STF+Ministros+citam+equi+vocos+na+interpretacao+da+decisao+sobre>)

Por fim, no julgamento do HC nº 136720, Ricardo Lewandowski concedeu a ordem para garantir ao réu o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória. No entanto, o julgamento foi suspenso, pois o ministro Fachin realizou um pedido de vista. O caso já possui os votos dos ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordou-se neste trabalho um estudo sobre a história, o conceito e a força normativa dos princípios, em especial o da Presunção de Inocência (ou da não culpabilidade), e sua ponderação com os demais princípios constitucionais explícitos e implícitos, dando-se ênfase a este princípio em comento, disciplinado no art. 5º, LVII, da CF/88, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, posto ser uma garantia individual de cada cidadão que está sendo considerado culpado.

O Código de Processo Penal que foi criado em 03 de outubro de 1941 não está condizente totalmente com a realidade da sociedade atual, uma vez que há vários dispositivos incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, ora vigente.

Em 2009, o HC 84.078/MG, concedeu habeas corpus, entendendo que a execução provisória da pena era inconstitucional, e que haveria uma afronta aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, principalmente o da não culpabilidade (presunção de inocência). Passado alguns anos, esse entendimento veio à tona, havendo um novo julgamento perante o HC nº 126.292/SP, em que o STF mudou seu posicionamento, concluindo a possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

A Constituição Federal assegura ao réu o princípio da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado, com esse atual entendimento, verifica-se que seria o caso de modificar a legislação, ou alterar o momento do trânsito em julgado, e não deixar de lado o texto constitucional e a hermenêutica para reconhecer que há uma inércia do poder legislativo que não tem interesse em modificar a legislação penal para diminuir a quantidade de recursos e antecipar o trânsito em julgado, para então passar a adotar uma orientação nesse sentido.

Seguindo o posicionamento dos Ministros Celso de Mello, decano da Corte, e Ricardo Lewandowski, o réu deve cumprir a pena após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Posto isso, é ideal que se cumpra a Constituição, ou seja, a literalidade da lei, e não acarretar decisões que violam a nossa Carta Maior, apenas com o fito de dar uma resposta à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- ARRUDA, Rejane Alves. **Manual de Direito Processual Penal**. Ed. 1ª, São Paulo: Saraiva, 2015.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. Revista, Malheiros Editores LTDA, 2005.
- BARGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. Escola de Administração Judiciária: Brasília: TJDF, 2015.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros editores, 2014.
- BRASIL. STF. Plenário. HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11/10/2016. Acessado em 15.11.2017
- CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/ - Brasília: CNJ, 2017.**
- FERACINE, Luiz. **Os Primeiros Princípios do Saber**. Campo Grande: Ed. Só livros/UNIDERP, 1999.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Ed. 17. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. Ed. 9. Niterói, RJ: Impetus, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. Ed. 2ª aumentada. 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. 32. São Paulo: Atlas, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo/ Montesquieu**; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Ver., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ONU. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 27/09/2017.

PRADO, Luiz Regi. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral - Ed. 11, rev., atual. e amp., 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA; CASTELO; LÉPORE. **Manual do Advogado Criminalista – Teoria e Prática**. Editora Jus Podium, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Ed. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 9. São Paulo, 1992.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SCHLICHTING, Arno Melo. **Teoria Geral do Processo: Concreta-Objetiva- Atual**. V.1. 3.ed. Florianópolis: Momento atual, 2007.

SANTOS, Thandara. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN: atualização - Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário, 2017.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. 2016.

Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena> Disponível em. Acesso em 15.11.2017.

Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-abr-09/nem_lei_nem_juiz_podem_impор_execucao_antecipada_pena. Acesso em 17.11.2017.

Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-08/prisao-antes-transito-julgado-contraditoria-decisoes-stf>. Acesso em 25.11.2017.

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI263416,41046STF+Ministros+citam+equi+vocos+na+interpretacao+da+decisao+sobre>. Acesso em 29.11.2017.

Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+136720%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ybrs8yz2>. Acesso em 11.11.2017.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em 28.11.2017.

ANEXOS

GANGORRA JURISPRUDENCIAL

STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena

8 de agosto de 2017, 21h30

No julgamento de um Habeas Corpus na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal na tarde desta terça-feira (8/8), o ministro Gilmar Mendes voltou a sinalizar que pode mudar de posição em relação à possibilidade de a execução penal se dar após condenação em segunda instância, antes do fim do processo.

O entendimento firmado pela corte ano passado por um placar apertado deve voltar a ser debatido no Plenário do STF. A tendência é que, com a mudança de opinião de Gilmar, o resultado seja 6 a 5 para mudar a jurisprudência em relação ao início da execução de pena.

O cumprimento da sentença condenatória deverá passar a ser permitido a partir de decisão do Superior Tribunal de Justiça — não mais de segundo grau, conforme decidiu o STF, nem após o trânsito em julgado, como prevê a Constituição.

A guinada deve seguir o voto do ministro Dias Toffoli, que ficou vencido no polêmico julgamento do ano passado. Em entrevistas, Gilmar Mendes demonstrou simpatia em relação à posição do colega: “Muitas vezes o sujeito foi condenado em regime fechado e consegue, no STJ, o direito de ir para o semiaberto, ou coisas do tipo. Toffoli trouxe argumentação e estamos fazendo essa análise. Me balançaria a eventualmente, na oportunidade, colocar isso no Plenário”, declarou na ocasião.

Nesta terça, Gilmar voltou a tratar do tema. Segundo ele, a decisão do Supremo foi que se poderia dar condições para execução da pena após condenação em segunda instância, “mas passou-se a entender isso como imperativo”, como se o STF estivesse autorizando prisões em segundo grau sem qualquer avaliação quanto a controvérsias, possibilidades de recursos, observância da jurisprudência de tribunais superiores.

O julgamento do HC em que se deu o debate nesta terça-feira foi suspenso após pedido de vista do ministro Luiz Edson Fachin. No recurso, a defesa de um condenado questiona decisão do STJ que determinou o início da execução da pena antes do fim do processo, mesmo que a sentença de primeiro e segundo graus tenham garantido ao réu o direito de aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Após o pedido de vista, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello anteciparam o voto no sentido de conceder o HC.

Em primeiro grau, o réu, um servidor público, havia sido condenado a 8 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por ter inserido dados falsos em sistema de informação, mais 8 meses pelo delito de usura. Na instância superior, entretanto, o Tribunal de Justiça da Paraíba reduziu as duas penas, respectivamente, para 3 anos e 9 meses de reclusão e seis meses de detenção.

No julgamento, os desembargadores do TJ-PB evoluíram o cumprimento da pena do fechado para o aberto e afirmaram a possibilidade de substituição da pena corpórea por duas restritivas de direitos. No acórdão, entretanto, constou a aplicação de pena de 5 anos de reclusão pelo crime contra a Administração Pública, diferentemente do que havia sido decidido pelos magistrados de segundo grau.

Após o TJ-PB rejeitar embargos declaratórios, a defesa recorreu ao STJ. Na corte, foi impetrado um HC, que teve liminar indeferida em dezembro de 2015 e ainda não foi analisado o mérito. O advogado também interpôs agravo em recurso especial no STJ. Este recurso ainda não teve o mérito julgado, mas o ministro Jorge Mussi proferiu decisão negando o recurso e determinando a execução da pena.

A defesa, então, entrou com HC no Supremo e o ministro Ricardo Lewandowski deu uma decisão monocrática favorável ao réu: “Verifico que estão presentes os requisitos para a concessão da medida liminar, tendo em vista que o *periculum in mora* decorre do fato de que o paciente está sujeito à ordem de prisão para iniciar o cumprimento de uma pena restritiva de liberdade que, à primeira vista, não é a que lhe foi imposta, sendo mais gravosa”, argumentou.

Para o magistrado, ficou comprovado nos autos que a publicação do acórdão, quando confrontados com as notas taquigráficas, possui “erro material gravíssimo”.

Ao votar nesta terça, Lewandowski manteve posicionamento da decisão liminar. Ele afirmou que as decisões de primeiro e segundo grau em relação à execução provisória de pena não foram respeitadas.

Ao analisar o recurso da defesa e determinar início da execução da pena, sustentou o ministro, o STJ revogou um direito concedido desde o primeiro grau, com o agravamento indevido da situação do recorrente, causando, na prática, uma verdadeira *reformatio in pejus*.

Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>. Acesso em 20.11.2017.

Terça-feira, 29 de agosto de 2017

Decano afasta execução provisória de pena decretada sem fundamentação válida

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu liminar para suspender o início da execução provisória da pena de um condenado determinada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Na decisão tomada no Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 129663, o decano do STF explicou que o ato da corte regional – que impôs a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação – não apresentou fundamentação válida e transgrediu o princípio que veda a "reformatio in pejus", segundo o qual a situação do réu não pode ser agravada quando há recurso exclusivo da defesa.

O ministro explicou que o TRF-4, ao determinar que o magistrado federal de primeira instância adotasse as medidas necessárias ao início da execução provisória da condenação penal, limitou-se a mencionar o conteúdo da Súmula 122 daquela Corte ("Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário").

Segundo enfatizou o ministro, ao proceder desta forma, o tribunal federal não fundamentou, "de modo adequado e idôneo", a ordem de prisão, transgredindo o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, o qual prevê que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Outro ponto destacado pelo decano foi violação ao princípio que proíbe a "reformatio in pejus", pois o TRF-4 ordenou a imediata execução antecipada da pena ao julgar recurso exclusivo do réu, a quem foi assegurado, em momento anterior, sem qualquer oposição do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo. Para o ministro, houve transgressão de "postulado fundamental que conforma e condiciona a atuação do Poder Judiciário".

Na decisão, o ministro Celso de Mello lembrou seu entendimento já externado ao integrar a corrente minoritária nos julgamentos em que o Plenário do Supremo analisou a matéria da execução provisória. Segundo o decano, "a execução provisória da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (artigo 5º, LVII)". No entanto, explicou que tal entendimento não afasta a possibilidade de o Judiciário decretar a prisão cautelar da pessoa sob persecução penal, desde que atendidos os pressupostos e indicados os fundamentos concretos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O ministro afirmou que a impossibilidade constitucional de execução provisória da pena não impede que o Judiciário, com apoio em seu poder geral de cautela, decrete prisão cautelar do investigado ou do réu (prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão derivada de condenação criminal recorrível) tanto no âmbito do inquérito policial quanto no curso do processo judicial, ou, ainda, após sentença condenatória recorrível, sem esquecer, segundo ele, de eventual prisão em flagrante, que independe de ordem judicial.

"O ordenamento positivo, ao instituir em favor do Estado instrumentos de tutela cautelar penal, torna admissível a utilização, pelo Poder Público e por seus agentes, de importantes meios de defesa social, cuja eficácia terá o condão de neutralizar condutas delinquentes lesivas ao interesse da coletividade, que não ficará exposta, assim, a práticas criminosas que se registrem em seu âmbito", ressaltou.

AD/EH

Processos relacionados

RHC 129663

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353984>. Acesso em 20.11.2017.