

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
FACULDADE DE DIREITO

Aline Aparecida Piccolotto

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDO
GRAU DE JURISDIÇÃO

Sarandi

2019

Aline Aparecida Piccolotto

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDO
GRAU DE JURISDIÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Especialista Rodrigo Graeff.

SARANDI

2019

*Dedico este trabalho à minha mãe,
pessoa que mais me inspira a tornar-me
mais forte, e a lutar pelos meus sonhos.
Desde o início da faculdade não está
presente fisicamente, mas sinto-a comigo
o tempo todo.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente vão a Deus, que é o senhor do tempo, sempre me deu forças e não me deixou desistir.

Ao meu pai Iloir, dono de todo meu amor, pessoa que mais me ajuda e acredita em mim. É por você!

As minhas irmãs, Tatiane e Cristiane, que suportam minhas angústias, aflições, que entenderam quando não pude estar presente, e que me dão forças para continuar a lutar por esse sonho, que é nosso.

Aos meus colegas do curso, que dividiram os medos, preocupações e dúvidas durante todo esse período. Especialmente a minha pessoa preferida da faculdade, aquela que vou levar para a vida, minha colega Naiani, que dividiu comigo nesses quase 5 anos todas as boas experiências, conhecimento e as aflições que só a faculdade consegue nos proporcionar. Grata a Deus por conhecer você.

Aos meus amigos, que sempre me apoiaram e entenderam a minha ausência, meus desabafos e vibraram sempre com minhas conquistas, obrigada por me motivarem a concluir mais esta fase.

Aos meus chefes do Escritório Garbin e Gregianin Advogados, Paulo e Marcelo, pela oportunidade de me permitirem aprender com eles, pelas liberações do trabalho, explicações, folgas para estudar e todo o apoio de sempre. Gratidão!

E por último e não menos importante, ao meu orientador. Grata pelos áudios de minutos, por não me deixar desistir, me motivar quando minha única vontade era trocar de tema, chorar, sair correndo (rsrs) grata por sempre me lembrar que sim, eu seria capaz de concluir esta pesquisa.

”Sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhes a própria dignidade”.

Ingo Sarlet.

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo a análise do atual entendimento e posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da decisão do Habeas Corpus 126.292, julgado em fevereiro de 2016, que passou a permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade em segundo grau de jurisdição. O método de procedimento deste trabalho se deu através de pesquisa bibliográfica, analisando livros, artigos científicos a respeito do tema bem como decisões de Cortes Internacionais e sua forma de procedimento. Também se caracterizou como pesquisa documental, pois foram examinados artigos de leis e decisões da Suprema Corte brasileira. No decorrer do trabalho foram observadas garantias constitucionais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. Também decisões de cortes internacionais e de países que executam a pena provisoriamente. Entretanto, mesmo posteriormente a essa análise, conclui-se o presente trabalho demonstrando que esses países e suas decisões estão pertinentes à sua legislação, de forma que a situação do Brasil é outra e nossa maior lei não permite que a pena privativa de liberdade seja executada em segundo grau jurisdicional. Dessa forma, é fática a inconstitucionalidade do atual entendimento da Suprema Corte.

Palavras-Chave: Cortes Internacionais. Execução Provisória da Pena. Garantias Constitucionais. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 LIMITES CONSTITUCIONAIS E ACORDOS INTERNACIONAIS EM PROTEÇÃO AO DIREITO À LIBERDADE	9
2.1 O Princípio da Presunção de Inocência	9
2.2 O Pacto De São José da Costa Rica	13
2.3 Dignidade da Pessoa Humana e demais princípios correlatos.....	17
3 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292 E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	23
3.1 Observações do atual entendimento sobre execução provisória da pena ..	23
3.2 A execução provisória da pena pelo Habeas Corpus 126.292 e os votos dos Ministros	27
3.3 Posicionamento do atual entendimento da Suprema Corte e possibilidades de mudança	32
4 CORTES INTERNACIONAIS E A EXECUÇÃO DA PENA	37
4.1 Posição majoritária dos outros países.....	37
4.2 Fundamentos relevantes à execução após o trânsito em julgado.....	41
4.3 A inconstitucionalidade da pena privativa de liberdade em segunda instância	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena privativa de liberdade em segundo grau de jurisdição é um assunto recente e discutível, presente no sistema jurídico atual, e vem gerando uma série de posicionamentos entre os mais diversos doutrinadores e juristas, pois trata-se da efetividade de direitos fundamentais estabelecidos na maior lei do país.

No ano de 2016, depois de um longo debate, o Supremo Tribunal Federal voltou a permitir que o cumprimento da pena de prisão iniciasse antes do trânsito em julgado da sentença processual penal condenatória, não esperando o julgamento de todos os recursos necessários à defesa do réu, adiantando as consequências de um resultado que carrega em si instabilidade processual e insegurança jurídica, pelo fato de a Suprema Corte novamente mudar seu entendimento a respeito de uma mesma matéria.

Diante deste panorama, o presente trabalho tem por objetivo analisar o posicionamento adotado pela Suprema Corte, levando em consideração os princípios vigentes em nosso sistema jurídico, referindo-se, principalmente, à presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, bem como fazer uma breve análise de decisões internacionais e a aplicabilidade dessas ferramentas.

O método de abordagem foi o hipotético-dedutivo, pois serão analisadas decisões de países diferentes sob vários prismas. Diante das análises, será possível no final do trabalho, concluir pela inconstitucionalidade ou não da execução provisória, de acordo com os fundamentos que serão apresentados.

O método de procedimento desta pesquisa se dera principalmente através da pesquisa bibliográfica, tendo como base diversos livros e artigos científicos tratando sobre o assunto. Também houve pesquisa documental analisando leis, como o Código de Processo Penal e a Constituição Federal.

Em face disso, no segundo capítulo serão analisados acordos que protegem e norteiam a condição do réu e o seu direito ao devido processo penal. A presunção de inocência amparada pela Constituição Federal, que assegura que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença, tem seu conteúdo ignorado quando o órgão que deveria ser seu protetor, parte a adotar entendimento divergente do que a lei diz, pondo em risco diretamente o direito à liberdade garantido ao réu.

No terceiro capítulo será realizada uma cautelosa análise do Habeas Corpus 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2016, observando os votos dos ministros e suas fundamentações, bem como as possibilidades de julgamento de novas pautas, que se vierem a ser julgadas futuramente, poderão ter como consequência um novo posicionamento da Suprema Corte sobre este assunto.

Já no último capítulo, será feita uma breve análise de decisões em relação à execução da pena em cortes internacionais, tanto em outros países, como na própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, observando as características próprias de cada país, bem como as suas legislações. Se observará os fundamentos relevantes à execução da pena após o término de todas as possibilidades de recursos.

Diante de tal perspectiva, no último tópico se mostrará fundamentadamente, com fulcro na lei brasileira, a inconstitucionalidade da pena privativa de liberdade em segundo grau jurisdicional, e a importância de essa regra principiológica ser respeitada.

2 LIMITES CONSTITUCIONAIS E ACORDOS INTERNACIONAIS EM PROTEÇÃO AO DIREITO À LIBERDADE

Nesse capítulo, serão abordados questionamentos acerca do tema, das garantias e os princípios que norteiam a condição do réu, diretamente afetados por esse atual entendimento. Vários acordos internacionais protegem esses princípios básicos, lutando para resguardar os direitos humanos que ainda buscam a sua efetivação. Conjuntamente, também positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, dispomos do princípio da presunção de inocência, que assegura que ninguém será considerado culpado e nem iniciará o cumprimento da pena, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse embate, a questão não é somente a análise curta e direta do réu, do crime que lhe está sendo imputado, ou mesmo do caso fático em si. Mas sim, o que muitos doutrinadores e constitucionalistas pretendem demonstrar: é uma questão totalmente procedimental, uma discussão de direito, de justiça, com fulcro na Constituição Federal e em vários tratados assinados internacionalmente. A importância da ordem na esfera principiológica, será tratada mais intensamente no decorrer desse capítulo.

2.1 O Princípio da Presunção de Inocência

Princípio sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro e em acordos internacionais de direitos humanos, a presunção de inocência vem sendo muito discutida por doutrinadores, juristas e ministros, em face de decisões adotadas por tribunais superiores. No sistema legal do Brasil encontra respaldo na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII¹ (BRASIL, 1988).

Essa garantia constitucional já afirmada em diversos acordos e protocolos internacionais, ratificada pela Magnífica Constituição da República Federativa do

¹Art. 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;

Brasil, o princípio de presunção de inocência que discorre no texto do art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” é colocado em pauta, diante de um momento de tanta insegurança jurídica em nosso Estado Democrático de Direito. Maurício Zanoide de Moraes, em relação à origem da presunção de inocência, se posiciona:

De toda a exposição até então centrada nos institutos processuais concebidos e na forma como eram estruturados e usados nos modelos inquisitivo e acusatório, chega-se à conclusão da impossibilidade de se dizer que no direito romano houve presunção de inocência.

Deixando-se de lado, neste instante, o exame individualizado dos institutos, para focar as razões por detrás daquela construção juspolítica dos sistemas processuais penais, pode-se verificar duas grandes vertentes que explicam o porquê da impossível convivência entre aquele direito, e a presunção de inocência: a primeira era a presunção de culpa que animava os institutos processuais e a segunda era o direito penal do inimigo que direcionava o uso do aparato punitivo.

[...] pouco importando se o modelo processual era inquisitivo ou acusatório, se havia uma maior ou menor, efetiva ou improfícua tentativa de humanização do procedimento e respeito ao imputado, o fato é que a presunção da culpa sempre orientou a concepção e estruturação dos institutos processuais. (2010, pg. 38).

Como observa-se a partir do posicionamento acima, antigamente os institutos processuais se alimentavam da presunção de culpa dos indivíduos, cuja primeira reação sempre era direcionar o indivíduo ao Estado para puni-lo. Geralmente, sem observar se o modelo de processo daquela nação era acusatório ou inquisitivo.

Muito antes de se ter como base presunção de inocência, os institutos processualistas eram na sua maioria inquisidores. As medidas eram única e exclusivamente aplicadas para impor medo à população. Crimes mais graves foram tratados com penas muito mais severas. Na sua grande maioria, eram desproporcionais.

As formas de sanção eram humilhantes, degradantes, desumanas. O único objetivo da aplicação de tal medida era o sofrimento, uma forma de castigo. Demorou muito para iniciar a aplicação de uma medida imposta pelo estado no qual o intuito, fosse ressocializar.

É necessário um processo que seja o mais justo possível, que a pena seja proporcional ao crime praticado pelo agente, e que, mesmo incorrendo em um crime grave, que o réu tenha garantido e efetivado o seu direito constitucional ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. A Declaração Universal dos Direitos

Humanos, de 1948, em seu art. XI.1, assinala a importância de serem assegurados todos os meios de defesa ao réu².

O processo penal deve ser amplo. Os direitos de quem se encontra em situação de vulnerabilidade, naquele momento de julgamento respondendo há um processo devem sim ser concretizados de maneira plena. Conforme leciona Nereu José Giacomolli (2016, p. 144),

A obrigatoriedade da defesa não abarca somente o aspecto externo ou formal, ou seja, de mera citação para responder, da simples nomeação de defensor para apresentar resposta à acusação, mas também o aspecto substancial, o conteúdo do ato obrigatório, ou seja, examina-se se houve, efetivamente preservação do direito de defesa, deficiência ou ausência desta” (GIACOMOLLI, 2016, p. 144).

Toda pessoa tem o direito de ter reconhecida a sua inocência, até que o processo tenha sido transitado em julgado. Novamente, a respeito desse entendimento, e da supremacia dos acordos internacionais, leciona Moraes,

Assim, a partir dessa declaração de 1948, elaborada e promulgada pela Organização das Nações Unidas, a presunção de inocência foi re colocada como direito essencial da universalidade humana, a ser seguido e respeitado por todos os Estados-membros tanto em sua regulamentação interna, como em sua regulamentação com outros Estados. (MORAES, 2018, p. 178).

A partir do momento em que alguém passa a responder no polo passivo de um processo, na condição de réu, não significa dizer que essa pessoa é culpada. Mesmo sendo condenada em primeira instância, sempre deverá ser oferecida e assegurada a ela o duplo grau de jurisdição, constitucionalmente previsto, onde é assegurado o direito a análise da decisão primária e uma possível reforma, de acordo com o entendimento do novo julgador.

Ainda que o processo não transite em julgado, haverá recursos e haverá o direito de recorrer, e a espera por esta decisão, deveria ser em liberdade. O princípio da presunção de inocência, conforme voto do ministro Celso de Mello, como norma de tratamento, diz respeito a forma de procedimento para com o acusado, que nesse

² Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

caso não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado (BRASIL 2016, p.05).

A forma que está sendo entendida a execução da pena atualmente fere preceitos constitucionais, internacionais, princípios básicos e norteadores dos direitos humanos. O acusado tem o direito de ter o mínimo devido de respeito e consideração, ainda possuindo o pleno direito de ser tratado como não participante ou como inocente, em relação ao fato imputado (BRASIL, 2016, p. 05).

Até fevereiro de 2016, o entendimento era de proceder ao devido processo legal, aguardando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O réu poderia réu recorrer em liberdade. Em fevereiro de 2016, em um julgamento histórico de um recurso de Habeas Corpus (126.292), o Supremo Tribunal Federal - Corte Suprema do nosso ordenamento jurídico, responsável por resguardar a Constituição Federal – mudou o entendimento, superando a espera do trânsito em julgado para início de execução de pena privativa de liberdade, passando a permitir a sua execução ainda em segundo grau de jurisdição.

A partir de tal fato, todas as decisões se baseiam nessa. Dessa forma, todo o réu que é condenado a uma pena privativa de liberdade em segunda instância, inicia a partir daí o cumprimento da sanção, ainda antes do trânsito em julgado (HC 126.292). Maurício Zanoide de Moraes, em sua obra “Presunção de inocência no processo penal brasileiro”, nos ensina que:

O dever de proteção estatal, como desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, nasceu da constatação irrefragável de que para a consecução desses direitos não basta uma abstenção do Estado, é necessária sua atuação. Não uma atuação invasiva ou leiva ao âmbito de liberdade dos indivíduos e que os direitos fundamentais de primeira geração (direitos de defesa) vieram para evitar, porquanto tal atuação não garante ou promove os direitos fundamentais, mas os destrói. A ação positiva que se espera do Estado com a concepção de “deveres de proteção” deve ser no sentido de não apenas garantir, mas também de atuar para prevenir eventuais lesões ou reduções inconstitucionais dos direitos fundamentais. (2010, p. 252).

Os Direitos Fundamentais demasiadamente vêm sendo debatidos, em virtude da direção em que as decisões estão sendo tomadas. Outro fato que isso é observado com clareza é no momento da execução de uma pena pecuniária. Segundo entendimento do Ministro Celso de Mello coloca em discussão a supremacia da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, pois tem um momento da Constituição Federal que descaracteriza a presunção de inocência, que consiste

ser a partir do trânsito em julgado. Antes disso, o Estado não pode presumir sua culpa (BRASIL, 2016, p. 13).

Se tratando da liberdade do indivíduo, de sua integralidade, a execução da pena que priva o sujeito do seu direito de ir e vir, é aceita que seja iniciada antes do trânsito em julgado. Em segundo grau de jurisdição quando confirmada pelo órgão julgador do recurso, e pior ainda, no procedimento do Tribunal do Júri, onde muitos magistrados autorizam que se inicie a execução após a sentença pela condenação dos jurados. Assim sendo, em primeiro grau de jurisdição.

Conforme Habeas Corpus 126.292, “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” (BRASIL, 2016). Nesse diapasão, é visível o quão relativizado está sendo este grandioso princípio da presunção de inocência, onde se coloca em xeque vários preceitos legais e constitucionais, sedimentados e abarcados em nosso ordenamento jurídico vigente.

2.2 O Pacto De São José da Costa Rica

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, foi uma Conferência realizada em São José da Costa Rica, em 1969, no qual teve como principal objetivo, o estudo e a ratificação por diversos países de determinar a verdadeira efetivação dos direitos humanos e fundamentais das pessoas, dentre eles o direito à vida, à liberdade, à dignidade humana, à educação, entre outros presentes no documento (VANINI, 2016, p. 21).

Ainda nesse mesmo panorama, fazem parte da Convenção a Comissão/Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem por objetivo primário o controle e punição às denúncias de violação dos direitos humanos dos países signatários, para que nesses mesmos casos, o judiciário do determinado país permanece estático, dando oportunidade de a vítima tratar diretamente junto à corte, para que ali seja devidamente processado e julgado pelo ato cometido (VANINI, p. 22, 2016).

O Brasil é signatário desta Convenção desde o ano de 1992, no qual ratificou o acordo. Conforme Priscila da Silva Aleixo e Aline Marques Marino, o STF passou por uma severa votação para assinalar a posição hierárquica desses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

Segundo esses autores, antes da EC 45/2004 havia três correntes. Uma dizia que os acordos tinham status supraconstitucional, a segunda mitigava que teriam o mesmo patamar constitucional, de acordo com a CF/88, e a terceira corrente mostrava-se favorável ao status infraconstitucional, igualmente as leis ordinárias, independentemente da matéria sob a qual versava (ALEIXO, MARINO, p. 04).

Ainda de acordo com Priscila da Silva Aleixo e Aline Marques Marino, a partir de 2008, o STF estabeleceu que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, se aprovados por Emenda Constitucional terão status constitucional. Se versarem sobre Direitos humanos, mas não sendo aprovados terão status supralegal. Desse modo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, será tratada como norma supralegal, não tendo aprovação por Emenda Constitucional (ALEIXO, MARINO, p.04).

A respeitosa Magna Carta, legisla em seu art. 5º à respeito do que fora acima mencionado³. Dessa forma, conforme atual entendimento de nossa Corte Suprema, mesmo não sendo aprovado por Emenda Constitucional, o Pacto de São José da Costa Rica segue possuindo status supralegal de norma, ou seja, mantém-se abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis ordinárias.

Mesmo assim, ainda tem-se muita dificuldade de ser efetivado no meio jurídico brasileiro. Pode ser devido à ausência de instrumentos capazes de garantir integralmente o proposto no tratado, de fato que não consegue frear com os seguidos abusos e violações à direitos humanos que infelizmente podem ser acompanhados no dia-a-dia.

O processo penal brasileiro também vem passando por severas mudanças. Houve uma drástica virada de entendimento acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade, que novamente veio a ser permitida ainda em segundo grau de

³Art. 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:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º 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.

jurisdição, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não condizendo com artigos constitucionais, como já analisados no item anterior deste trabalho, e igualmente não está em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário (CALEFFI, 2017, p. 04).

Notadamente, atropelando princípios constitucionais e preceitos firmados e ratificados pelo Estado Democrático de Direito, em julgamento histórico de recurso de habeas corpus (126.292), o Supremo Tribunal Federal voltou a permitir que o réu seja privado da sua liberdade ainda lhe cabendo recursos (CALEFFI, 2017, p. 103).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu texto legal, deixa claro que devem ser respeitadas as garantias judiciais, muitas delas estão em consonância com a Constituição Federal, porém não estão sendo efetivadas em nenhuma das legislações (GIACOMOLLI, 2016, p. 08). O item 2, do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, estabelece algumas diretrizes a serem aplicadas ao acusado no decorrer do processo⁴.

Essa afirmação deixa clara a ampla proteção aos direitos humanos no qual fora acordada neste Pacto, no que se refere ao trâmite processual. Está mais do que previsto, pois é direito de quem responde a um processo ter seus direitos plenamente efetivados neste momento em que o réu está submetido a constrição do Estado. Se o processo ainda não transitou em julgado, deve o indivíduo ser considerado inocente. Mesmo quando provado em primeiro ou segundo grau de jurisdição a sua culpa, tem ele o pleno direito de recorrer em liberdade, até que se esgote os recursos disponíveis.

Não se trata de protelação, embora venha sendo interpretada dessa forma por alguns juristas, mas sim do uso e gozo dos direitos e garantias fundamentais, que o

⁴². Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. Comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. Concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. Direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam/ lançar luz sobre os fatos;
- g. Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. Direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

acusado passa a ter a seu favor a partir do momento em que responde a um processo criminal. São acordos internacionais dos quais o país faz parte, está previsto na própria Constituição da República, são direitos humanos, sempre, em qualquer hipótese eles deverão ser efetivados. Esse mesmo artigo 8º do Pacto conversa diretamente com a magnífica Magna Carta⁵.

Resta claro nesse diploma legal que não se pode admitir a presunção de culpa de alguém. O princípio do *in dubio pro reo* é claro e específico que, em caso de dúvida sempre deve-se decidir em favor do réu. Nessa onda de permitir a execução da pena privativa de liberdade em segunda instância, atropela-se esse saudoso princípio, onde é tristemente preferível colocar uma pessoa que não tem sua culpa comprovada ou pelo menos transitada em julgado, ainda com possibilidade de defesa, a mercê do sistema carcerário brasileiro.

Conforme o Habeas Corpus 126.292, a decisão do STF em permitir o início precoce da execução da pena privativa de liberdade, conforme relatório salienta “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” (BRASIL, 2016).

Haja visto o trâmite processual em relação à liberdade do indivíduo, se mostra incoerente, que conforme o próprio Código de Processo Penal quando da execução da pena pecuniária/execução patrimonial na esfera cível, se faz indispensável o trânsito em julgado do mesmo processo. Importante serem analisados os artigos no CPP, relevantes à esfera cível⁶.

Como se fosse menos importante, a liberdade é colocada em segundo plano, tendo o patrimônio sendo efetivamente respeitado, aguardado assim o término de todos os recursos de defesa e tempo legal para isso. Mas falando da liberdade de alguém que ainda tem recursos pendentes e esperança de mudar a decisão ora embargada, ainda em segunda instância poderá ser iniciada.

⁵Art. 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;

⁶Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

2.3 Dignidade da Pessoa Humana e demais princípios correlatos

Fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana⁷ é um princípio fundamental constitucional positivado e assegurado nas constituições da maioria dos países do planeta. Se não o mais importante, esse princípio tem grandioso estima legal por doutrinadores em suas obras e ministros dos tribunais superiores nos momentos de proferir decisões.

Além disso, no art. 5º também da Constituição Federal, estão previstas em diversos incisos, uma série de garantias e preceitos fundamentais básicos, que se somam ao artigo 1º, demonstrando ainda mais a importância desse grandioso preceito.

Em análise ao artigo 5º⁸, que abarca dos direitos e deveres individuais e coletivos, é salientado em cada inciso o quão essencial são todos os aspectos nele abordados, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (BRASIL, 1988), traz claramente todas as garantias fundamentais.

Deve-se partir do entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios norteadores dos direitos e das relações internacionais, visto que a normatividade e a posição hierárquica que consta nesses diplomas ratificados

⁷Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

⁸Art. 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:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

pelo Brasil, também encontra base no artigo 5º, § 2º, da CF, pois os nela expressos não excluem os demais adotados de tratados ou acordos que faz parte (GIACOMOLLI, 2016, p. 17).

O processo penal ideal, é aquele que protege os direitos humanos e defende a liberdade do cidadão, proporcionando uma decisão mais justa o possível. Portanto, quando aplicam-se as regras processuais, as constitucionais e legais que asseguram os direitos fundamentais, não quer dizer que o Estado está permitindo a impunidade, postergando o resultado do processo ou permitindo a possibilidade de este prescrever, mas sim, está lutando e aperfeiçoando cada vez mais seu Estado Democrático de Direito, para que a causa seja julgada da melhor maneira possível (GIACOMOLLI, 2016, p. 106). Em julgamento de Recurso Especial no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes leciona em seu voto:

A observância dos Direitos Fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do judiciário garantir que o *ius puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819, rel. Min Gilmar Mendes, de 2006).

Esse é um importante aspecto que vem crescendo muito. Graças à luta pela efetivação dos princípios básicos constitucionais, eles vêm ganhando força, sendo proferidos em decisões e posicionamentos, tomando cada vez mais o seu espaço, e principalmente, efetivando a dignidade à vida das pessoas, independentemente do sexo, raça, cor ou ideologias. A respeito da dignidade humana, já se posiciona Daniel Sarmiento:

Pessoas continuam morrendo vitimadas pela fome ou por doenças facilmente evitáveis; seres humanos são barbaramente torturados; presos são submetidos a situações de encarceramento absolutamente degradantes; indivíduos são discriminados, humilhados e até assassinados em razão de fatores como a sua raça, nacionalidade, gênero, religião, deficiência ou orientação sexual; pessoas são impedidas de seguir seus projetos de vida porque estes contrariam preceitos religiosos ou preceitos enraizados. Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado com pompa e circunstância nos preceitos constitucionais e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, continua sendo delegado na vida cotidiana de legiões de pessoas, especialmente dos excluídos. Infelizmente, é assim praticamente no mundo inteiro e também no Brasil. (SARMENTO, 2016, p. 15-16).

A proteção dos direitos e garantias fundamentais, não se dá somente no aspecto negativo, de abstenção, mas também no positivo, no sentido de atuar, reconhecer, respeitar e efetivar, essa exigência foi reconhecida na qualidade de norma exclusiva vinculada a agentes, onde se vê através de uma perspectiva objetiva, e colocando-os como exigíveis e de pleno exercício de direitos no momento da outorga de proteção, numa visão mais subjetiva (GIACOMOLLI, 2016, P. 101)

Nereu Giacomolli, a respeito da positivação da dignidade humana, continua a enaltecer sua posição, deixando claro a funcionalidade dos mecanismos internacionais em relação à liberdade e também à proteção dos direitos humanos, doutrinando:

A previsão jurídica de proteção dos direitos humanos não é suficiente; faz-se mister estabelecer mecanismos internacionais e internos para garantir e dar efetividade aos direitos humanos e fundamentais. (...) em um país como o Brasil, onde se atribui maior valor, na práxis forense, à lei ordinária que as normas constitucionais, a um longo processo conscientizatório e construtivo até chegarmos à convencionalidade internacional (GIACOMOLLI, 2016, p. 09).

Conforme visto anteriormente, no sistema jurídico do Brasil estão positivados os direitos e garantias fundamentais. Porém, ocorre uma deficiência em relação aos mecanismos que se fazem necessários para a verdadeira e completa efetivação destes. Deste modo, infelizmente, por vários motivos acaba por se deixar para trás o que se está constitucionalmente previsto e ratificado por acordos exteriores, e termina por se fazer executar o que está positivado em lei ordinária, mesmo atropelando uma vasta porção de garantias.

Mais uma vez a Carta Magna foi saudosa em colocar no rol do seu artigo 5º, intitulado dos direitos e garantias fundamentais, no qual se mantém afirmados os direitos e deveres individuais e coletivos, dois importantes princípios para um correto andamento do devido processo legal. O contraditório e a ampla defesa⁹.

⁹Art. 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:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O contraditório, como afirma Giacomolli, “também referido como princípio da audiência, abarca a possibilidade de ciência bilateral às partes dos atos e termos do processo, reação, resposta, contradição de teses. Está é sua composição clássica” (GIACOMOLLI, 2016, p.183).

A garantia constitucional do contraditório consente que as duas partes do processo, tanto a acusação quanto a defesa, possam programar os fatos e aspectos aplicáveis ou excludentes, com as mesmas chances, sem desvantagens, de modo que se realize um processo penal mais igualado e equitativo, numa situação de paridade (GIACOMOLLI, 2016, p. 185).

Além de ser uma garantia fundamental prevista na Constituição Brasileira, o princípio do contraditório também possui respaldo jurídico na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, que não deixa dúvidas sobre a necessidade de ela ser indispensável para a efetivação dos direitos de todos os seres humanos.

Da mesma forma que a dignidade da pessoa humana luta para adquirir efetividade em seus casos práticos de julgamento, o princípio do contraditório, também vem nesse mesmo raciocínio, buscando sua realização em cada processo. Diante disso, é mais um aparato judicial encontrado que busca o devido processo legal. Nesse entendimento, ressalta-se a necessidade de que o contraditório esteja presente desde a fase preliminar de investigação policial, até o momento em que um processo transite em julgado.

Em relação à execução da pena privativa de liberdade ainda em segundo grau de jurisdição é observado que o princípio vem sendo ferido, pelo fato de permitir que uma pena comece a ser executada ainda cabendo recursos ao réu, afligindo as regras do jogo.

É cético afirmar que não há ferimento às regras do jogo quando um indivíduo que deveria aguardar o julgamento de todos os recursos, vem a ter sua liberdade privada ainda em segundo grau de jurisdição. Não se pode deixar a mercê do sistema

¹⁰Art. 11:

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

carcerário brasileiro, um indivíduo que ainda resta dúvida sobre sua culpabilidade, pois este ainda goza da sua inocência.

O princípio do *in dubio pro reo* é claro ao afirmar que em caso de dúvida, deverá ser decidido em favor do réu. Somente em caso de certeza, e depois de terem-se esgotados todos os recursos que o réu poderá iniciar o cumprimento da pena.

Já a ampla defesa, por ser direito fundamental já positivado em nosso ordenamento jurídico, princípio este que inclusive é uma garantia fundamental, também possui respaldo na magnífica Constituição Federal elencada no rol do artigo 5º, inciso LV¹¹, juntamente com o princípio do contraditório.

A partir da garantia da defesa ampla e plena, surgem diversos outros direitos e garantias, como o direito de ser informado da acusação, o direito à prova, de ser ouvido, de permanecer calado se essa for a sua escolha e da igualdade de armas (GIACOMOLLI, 2016, p. 144).

A obrigatoriedade e importância desse princípio, não só se posiciona quando necessário ao andamento de um processo, que se nomeie um defensor público, por exemplo. Ela é muito maior que isso, abrange em um todo o direito à defesa. Atua desde verificar se efetivamente a ampla defesa lhe foi aplicada no transcurso do processo, e se foram respeitados todos os trâmites legais (GIACOMOLLI, 2016, p. 144). Em relação ao acesso aos procedimentos, leciona Nereu Giacomolli:

O exercício da ampla defesa somente será possível quando o suspeito ou o acusado, bem como o defensor, tiverem acesso à documentação dos atos de investigação e dos atos processuais. O acesso ao imputado, como regra, se dá através do direito à informação, o que não é suficiente à defesa técnica, aplicando-se desde a fase preliminar até o julgamento final, abrangendo também a execução penal. (GIACOMOLLI, 2016, p.146)

Através desse posicionamento, é clara e majoritária a posição que, a ampla defesa e o contraditório devem sempre estar presentes junto com o réu, seja qual for a parte processual em que se encontra. Pois o que deve ser compreendido é que, nesse momento esse indivíduo se encontra à mercê do Estado, à sua punição e dos

¹¹Art. 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:

[...]

LV – Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

juízos perante leigos, fazendo com que ele ocupe uma posição de vulnerabilidade/inferioridade. A súmula vinculante n 14, pacifica que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (STF, 2009).

Diante do exposto, notamos o quão fundamental é a efetivação das normas, dos princípios e dos pactos internacionais para um bom andamento de um devido processo penal/legal. As últimas decisões vêm advertindo a soberania desses princípios. Porém, a Constituição Federal não deixa dúvidas em relação às garantias que são oferecidas ao réu, no trâmite de uma ação penal.

3 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292 E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente capítulo tem por objetivo a análise do Habeas Corpus 126.292, julgado em fevereiro de 2016, onde o mesmo serviu para um novo marco histórico no que tange ao processo penal brasileiro, bem como à nova forma de tratamento a essas prerrogativas no trâmite processual, quando conferidos à aplicação dos direitos e garantias constitucionalmente e internacionalmente previstos.

Conjuntamente com os fundamentos usados pelos ministros para alterar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, será analisado profundamente o voto de cada magistrado, a fim de que se entenda os reais motivos, os quais fizeram a Suprema Corte Brasileira, por maioria dos votos, mudar drasticamente o entendimento que ora vinha sendo efetuado.

3.1 Observações do atual entendimento sobre execução provisória da pena

Nesse item, com muita cautela será analisado profundamente o atual entendimento da Suprema Corte em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade em segunda instância, que passou a ser dessa forma depois da mudança de entendimento em 2016, com o julgamento do HC 126.292.

Desde então, as decisões de segunda instância já passam a ser executadas a partir dali, antes mesmo da condenação ter sido transitada em julgado. Neste tópico serão abordados os argumentos e fundamentos que levaram o Tribunal a mudar este entendimento e a aplicar em todos os casos semelhantes desde então.

O ministro Edson Fachin, em seu voto no acordão constitucional que mudou o entendimento da suprema corte, refere-se à regra principiológica da presunção de inocência, observando que a mesma não deve ser vista em caráter absoluto, mas sim fazendo um paradigma com os demais princípios constitucionais, para que se defina o *quantum* da sua aplicação, e que não seja aplicada de uma forma desproporcional (BRASIL, 2016, p. 22).

A presunção de inocência é importantíssima no que concerne um bom andamento processual, para a confirmação das garantias processuais e um andamento justo e digno, tanto para parte ré quanto à sociedade. A presunção de inocência deve ser encarada como regra de tratamento, a mesma serve para “vedar

formas de tratamento como se o sujeito já tivesse condenado (GIACOMOLLI, 2016, p. 125)”. Sobre a execução antecipada da pena, Giacomolli prossegue:

Além do retrocesso jurídico, a decisão relativiza direitos e garantias historicamente conquistados, produz danos irreversíveis ao *status libertatis*, ao direito de propriedade, ao estudo e ao trabalho, por exemplo. Mais grave, o *decisum* do Tribunal, que possui a missão de proteger a CF, nega vigência ao artigo 5º, LIV, LV, LVII, CF (devido processo penal, ampla defesa e a preservação do estado de inocência). A necessidade de recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado, sempre foi assegurada pela prisão preventiva (processual). A culpa se torna indiscutível após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e não após a confirmação de condenação pelo segunda grau jurisdicional. Neste, poderá esgotar-se o exame da materialidade, da autoria e das provas acerca da responsabilidade criminal. Contudo, o ordenamento jurídico permite a utilização do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, com reais possibilidades de modificação do julgado (GIACOMOLLI, 2016, p. 139).

Nesse diapasão, o autor acima também aduz a importância de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao fato de que se considera discutível e passível de recursos, mesmo quando confirmada em segundo grau jurisdicional. Pois, nessa fase mesmo esvaindo-se exames do tipo probatórios que constatem autoria, provas e responsabilidade criminal, havendo possibilidades de recursos para Cortes Superiores, é pleno e total o direito do réu de usufruí-los, conforme denota a majestosa Constituição Federal. Continua Nereu Giacomolli, a respeito da antecipação da prisão provisória:

É de ser sublinhado que os efeitos desse *decisum* se limitam ao caso concreto, não vinculando juízes e Tribunais. A necessidade de execução provisória há de estar fundamentada no acórdão confirmatório da condenação, com exigência de duplo grau. A execução provisória desvirtua o sistema impugnativo, incrementa o número de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, mergulhando num inconsciente senso comum cartesiano, desprezando a complexidade do mundo contemporâneo e o caótico sistema penitenciário. Com isso, o STF vai perdendo a legitimidade de tribunal Constitucional e avança nas competências do Poder Constituinte e do Poder Legislativo (GIACOMOLLI, 2016, p. 139-140).

É válido ter-se em mente que o Supremo Tribunal Federal, como órgão exordial na defesa e amparo direto à Constituição Federal, tem sobre si uma expectativa de que não vai infringir o que a carta suprema garante. Dessa forma, é complicado lidar com situações em que a mesma Corte, use seu poder de decisão, mudando severamente um entendimento já firmado e consolidado, passa a relativizar um

princípio tão importantíssimo no sistema jurídico, somente para iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do legalmente previsto.

A respeito da execução antecipada da pena, do impacto dela em relação ao sistema prisional brasileiro, como consequência, é importante ressaltar os efeitos diretos que essa decisão trouxe à sociedade. O grande índice de encarceramento, infelizmente, não diminuiu os índices de criminalidade, somente serviu para contribuir com o problema já sabido pela corte suprema do Superior Tribunal Federal. (CALEFFI, 2017, p. 146,147 e 148).

A ministra Rosa Weber, em relação à Constituição Federal e ao julgamento que mudou o posicionamento da suprema corte, em seu voto no *Habeas Corpus 126.292*, demonstra sua intensa e relevante preocupação frente ao princípio da segurança jurídica, pois a mesma descreve que opta pela manutenção da jurisprudência da Corte quando a mesma não vislumbra uma grande necessidade da mudança,

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem. (BRASIL, 2016, p. 55).

É vislumbrável a preocupação da ministra diante do trecho mencionado, onde a mesma cita o alto custo que essa decisão vem trazendo à sociedade. Admite que a questão em tela tem problemas, porém, deixa explicitamente claro que a solução, ao menos por ora, não passa pela alteração jurisprudencial. Essa seria/foi de certa forma, uma drástica medida. Diante disso, posicionou-se favoravelmente à presunção de inocência (BRASIL, 2016, p. 57).

Galtieno da Cruz Paulino, em sua obra “A Execução provisória da Pena e o Princípio da Presunção de Inocência”, ressalta que não procura discutir se a decisão atribuída pelo Supremo Tribunal Federal é cabível ou não, se é a mais justa ou se poderia ser de outra maneira. Mas sim, procura esclarecer se a decisão realmente alcança a ideia preliminar a que se alveja. Em suas palavras “demonstrar os possíveis reflexos comportamentais do novo posicionamento do STF e se esse entendimento é capaz de atingir a meta social a que se propõe (PAULINO, 2018, p. 118)”. Paulino, em sua obra prossegue:

O aguardo no trânsito em julgado e a conseqüente demora na punição do autor de um crime ou mesmo a possibilidade de não punição por razões como a prescrição, por exemplo, macula as metas sociais imediatas e mediatas visadas. Além disso, reforça na sociedade o sentimento de impunidade, a ideia de que o crime compensa ou mesmo estimula a busca pela “justiça com as próprias mãos”. A demora na punição ou mesmo a não punição incentiva a prática de novos crimes, resulta em um padrão comportamental socialmente indesejado e burla a meta social mediata da persecução criminal. Cria-se uma situação contrária ao próprio Direito que, por meio das sanções jurídicas, objetiva controlar comportamentos que não são aceitos pela sociedade e não os incentivar. Ela retira grande parte do papel da sanção penal de reforçador condicionado generalizado (2018, p. 120-121).

Na menção acima, o autor demonstra argumentos favoráveis à execução provisória da pena em segunda instância, constatando muitas vezes razões apresentadas pela nossa própria sociedade, no que tange à questão da impunidade. Não deixa o autor de estar correto, pois no tempo concernente à análise de recurso especial e extraordinário, corre-se o risco da pretensão punitiva do Estado ser prescrita e, dessa forma, mais indivíduos acharão que não pagariam por crime algum, caso condenados.

Galtieno da Cruz Paulino, concluindo sua análise em questão, não adentrando no mérito do princípio da presunção de inocência, somente na análise comportamental, vê resultados positivos perante à execução em segundo grau de jurisdição. Ressalta que essa forma da execução da pena privativa de liberdade “contribui para a formação de padrões comportamentais socialmente desejados e pare que se atinjam as metas sociais da persecução criminal (PAULINO, 2018, p. 121)”.

Ressalta-se que, esse posicionamento do autor, não condiz com os tratados e com a própria Constituição Federal. No trecho citado, ele se quer faz menção à previsão legal do artigo referente ao devido processo legal, à presunção de inocência ou a qualquer outra garantia fundamental. Portanto, o que o autor anterior mencionou, foi uma análise prática e superficial à nova decisão.

Partindo de uma análise econômica do crime, Galtieno da Cruz Paulino buscou demonstrar às custas de um processo para a sociedade (benefícios para o réu, sendo inclusos por exemplo, ser preso apenas após o trânsito em julgado, ter a pena extinta, poder praticar outros crimes) e também os prejuízos para o réu (caso em que trariam menos prejuízos à sociedade, como por exemplo em hipótese de ser preso em segunda instância, ter altas custas com advogados), para julgar economicamente as vantagens e desvantagens de executar-se a pena segundo grau de jurisdição (PAULINO, 2018, p. 133-134). Prossegue:

Observa-se claramente que é mais vantajoso para o autor de um crime que o início da execução da pena demore o máximo possível. Com o entendimento adotado pelo STF, aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória, incentivava-se o condenado a interpor sucessivos recursos, muitas vezes procrastinatórios, visando, exclusivamente, evitar que o processo chegasse ao seu final, com o início do cumprimento da pena (PAULINO, 2018, p. 134).

Nessa mesma linha de pesquisa, ressalta que quando interpretado juridicamente, “devem-se sustentar-se em uma perspectiva individual e social” sempre analisando economicamente a execução provisória e a punição do réu. Segundo Galtênio, quando o réu é punido de uma forma mais rápida, “resulta em política criminal eficiente, que contribui para a diminuição da criminalidade, por meio do efeito dissuasório do direito penal. Quanto mais demorar a incidência da punição, menos dissuasão haverá” (PAULINO, 2018, p. 135).

3.2 A execução provisória da pena pelo Habeas Corpus 126.292 e os votos dos Ministros

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em relação a execução provisória da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória durou até meados de 2016, quando em julgamento histórico do HC 126.292/SP, por maioria dos votos, os ministros optaram por voltar ao antigo posicionamento, levando em conta a decisão condenatória firmada em segunda grau de jurisdição para iniciar o cumprimento da pena (BRASIL, 2016).

O princípio da presunção de inocência é claro ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em seu voto, o ministro Luiz Roberto Barroso fala que a presunção de inocência não é regra, e sim princípio. Dessa forma, pode-se variar a forma que será aplicada, sempre em consonância com outros dispositivos legais. Nesse caso, referiu-se ao princípio sendo aplicado com menor peso (BRASIL, 2016). Moraes, em sua obra sobre presunção de inocência,

Nesse âmbito, deverá o julgador examinar a proporcionalidade da aplicação de uma lei, sobre a qual já se tenha feito o primeiro controle (em nível abstrato). Assim, mesmo uma lei com justificação constitucional correta no plano abstrato de norma poderá, no caso concreto, mostrar-se desproporcional devido a sua aplicação ser abusiva ou excessiva. Por essa

razão a proporcionalidade também é denominada “proibição de excesso” (MORAES, 2010, pg. 312).

Sobre o sopesamento dos princípios e regras no ordenamento jurídico, Maurício Zanoide de Moraes, claramente escreve em sua obra sobre presunção de inocência e ressalta a importância em ser observada detalhadamente no momento de julgamento. O contrário é uma atitude que fere gravemente o dispositivo, pois o mesmo possui extrema importância e relevância, e não pode passar com simples observância pelo sistema julgador.

Já a ministra Carmem Lucia, em seu parecer no HC 126.292, também votou pela mudança de entendimento, ressaltando que “as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio (BRASIL, 2016, pg. 61-62) ”.

Gilmar Mendes, posiciona-se afirmando que a presunção de não culpabilidade, antes de ser transitada em julgado, obsta o réu de alguns direitos, como por exemplo, de ser eleito. Dessa forma, ele frisa que não parece ser incompatível com a presunção de inocência que a pena inicie o seu cumprimento antes do trânsito em julgado, ainda cabendo recursos a serem apreciados (BRASIL, 2016, p. 68-69).

Continuando a mesma linha de raciocínio, o Sr. Ministro Edson Fachin, em seu voto disse não se adentrar ao literal significado do texto constitucional consagrado no art. 5º, LVII, ao se referir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, acreditando ser possível iniciar a execução da pena antes do veredito final dos tribunais superiores, em relação à culpabilidade do réu (BRASIL, 2016, p. 20-21-22).

O ministro Luiz Fux, por sua vez, através do seguinte trecho extraído da decisão do habeas corpus em discussão “o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016, p. 58) ” refere-se a avançada esfera condenatória julgadora que o processo se encontra e ainda assim considera-se presumida a sua inocência.

Relata a expectativa da sociedade para que seja feita a justiça com celeridade processual, pelo fato dos julgamentos nas instâncias superiores serem muito tardios, relacionando o que temos e entendemos por presunção de inocência, ao não corresponder ao que a coletividade presume, esvaindo-se do antes era entendido por

“sentimento constitucional” quando analisada a culpabilidade do agente (BRASIL, 2016, p.60).

O eminente relator deste caso, Teori Zavascki, votou favorável à mudança de entendimento, permitindo que fosse executada a pena privativa de liberdade ainda em segunda instância, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No Habeas Corpus 126.292, o mesmo afirma e fundamenta a sua respectiva posição¹² (BRASIL, 2016, p.19).

Dando prosseguimento em seu voto, fez um levantamento geral dos julgamentos nos diversos países do mundo, onde não se espera o veredito de tribunal superior para iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual será analisado minuciosamente no próximo capítulo (BRASIL, 2016, p. 12-13). Afirma que as novas ideologias deram ao processo penal brasileiro uma série de parâmetros para a execução de uma justiça criminal de cunho garantista, racional e democrático, como a questão envolvendo a produção de provas apenas de origem lícita, a possibilidade de contraditá-las, a defesa plena, o devido processo legal, a igualdade das partes, e a possível ilegitimidade de condenação que não se enquadram em fundamentos legais ou que não respeitaram o crivo do contraditório (BRASIL, 2016, p. 8).

Diferentemente dos demais votos até agora mencionados, o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello falou a respeito da relevante luta e da importância da conquista histórica da presunção de inocência, que veio frontalmente contra o poder e o abuso estatal ao longo de todos esses anos. Em seu voto refere-se que a mesma “constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico¹³ (BRASIL, 2016, p. 80)”.

¹²Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos

¹³Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo

Nessa mesma linha de raciocínio, o mesmo enfatiza que os limites que devem ser respeitados pelo Estado foram estabelecidos pela própria lei e criados pela própria nação. Portanto, é a própria Constituição Federal de 1988 que fixou o critério de aguardar o trânsito em julgado para início da execução de pena privativa de liberdade, não admitindo que comece seu cumprimento provisório anterior a essa fase, devendo essa regra ser respeitada por todos os agentes (BRASIL, 2016, p. 88).

Celso de Mello relembra que o direito de ser considerado inocente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é garantido constitucionalmente e afasta quaisquer possibilidades de a pena ser executada antes dessa fase em condenação criminal. A mesma condição é fruto de um direito fundamental que é garantido a todo e qualquer cidadão que se encontra respondendo a um processo, e quando o STF o garante “nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão (BRASIL, 2016, p. 88)”. O ministro prossegue enaltecendo seu voto a respeito da decisão¹⁴

Os artigos 105¹⁵ e 147¹⁶ da Lei de Execução Penal explicitamente condicionam o trânsito em julgado da sentença para que a pena possa ser executada. Importante foi salientar que, em seu voto o ministro Celso de Mello enalteceu que a Lei de Execuções Penais (LEP) exige essa garantia mesmo a condenação tratando-se de pena restritiva de direito ou de uma simples multa, quando “nenhuma execução de

representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.(BRASIL, 2016, p. 83).

¹⁴ Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades (BRASIL, 2016, p. 92).

¹⁵Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

¹⁶Art. 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.

condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo” demonstrando quanto, infelizmente, o valioso princípio da presunção de inocência vem sendo relativizado (BRASIL, 2016, p. 95).

Seguindo a mesma linha do entendimento anterior, o ministro Ricardo Lewandowski diz que entende a presunção de inocência como algo totalmente taxativo e categórico, não vendo como possa ser interpretado com a ideia de admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade. Prosseguindo seu voto argumenta “atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, e vou elaborar um pouco sobre esse argumento, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade” (BRASIL, 2016, p. 97 - 98). Lewandowski, ainda sobre o HC 126.292 fundamenta e justifica seu voto¹⁷.

Ora, no Código de Processo Civil, conforme menção no voto do Ministro Ricardo, é necessário caução¹⁸ para poder ser executada dívida ou multa antes da sentença ter transitado em julgado. Porém, quando o assunto em questão é referente à liberdade, integralidade e dignidade do indivíduo, essa regra essencial que está prevista constitucionalmente é “atropelada”, sabendo que de nenhuma forma poderá ser substituído ou restituído para o indivíduo o tempo que ficou preso provisoriamente sob custódia do Estado em condições péssimas, em caso de posterior absolvição (BRASIL, 2016, p. 101).

¹⁷ Eu estava aqui folheando alguns dispositivos penais, alguns tipos penais, e nós verificamos que ofensa à propriedade, o crime de furto, o crime de roubo, são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa. O crime de furto e o crime de roubo são muitíssimo mais apenados ou apenados com penas bem maiores do que o crime de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. São penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

(...)

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte do Tribunais Superiores. (BRASIL, 2016, p. 99 - 100).

¹⁸Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

(...)

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

A ministra Rosa Weber posicionou-se pela permanência do entendimento de se respeitar o trânsito em julgado, referindo-se ao princípio da segurança jurídica, do seu preço e sua importância para a sociedade. Diante desses argumentos, salienta que o mesmo deve ser prestigiado e a solução para algumas questões referentes ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória não necessariamente será a mudança de entendimento (BRASIL, 2016. p. 55 – 57).

Por sua vez, Marco Aurélio em seu voto, relaciona a sua posição afirmando se tratar de norma com fundamento em interpretação hermenêutica, onde faz entender que, quando a norma jurídica se encontra clara e precisa não é necessária nova interpretação (BRASIL, 2016, p. 78 -79). Dessa forma, estaria já explícito o entendimento da lei no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ao descrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), que deve ser esperado o trânsito em julgado para dar início a execução da pena, acompanhando desta forma, os ministros Celso de Melo, Rosa Weber e Ricardo Lewandowisck.

3.3 Posicionamento do atual entendimento da Suprema Corte e possibilidades de mudança

A Suprema corte brasileira mudou seu entendimento a respeito da execução provisória da pena privativa de liberdade em segundo grau de jurisdição, passando a mesma ser permitida. Porém, o direito é uma ciência que está em constante evolução e todos os dias sofre atualizações nas suas mais diversas áreas. Dito isso, a respeito do tema em tela, atualmente os sujeitos processados respondem ao processo de acordo com a decisão ora mencionada. Não obstante, sabemos que o conteúdo debatido tem opiniões muito divergentes, logo poderá ser passível de uma nova decisão/ súmula/ emenda constitucional ou um novo fundamento que passe a gerenciar a demanda analisada.

Neste item serão analisados alguns critérios processuais e procedimentais, que por vezes vem à tona gerando conflitos por serem contrários à nova orientação do Supremo Tribunal Federal. Artigos previstos no próprio Código de Processo Penal, e Ações Declaratórias de Constitucionalidade que possivelmente serão julgadas, farão parte desta breve análise.

O Código de Processo penal, em seu artigo 283¹⁹, preconiza conforme a Constituição Federal, salientando o devido trânsito em julgado da decisão para que seja iniciado o cumprimento da pena privativa de liberdade. Isso gerou uma série de questionamentos, inclusive o ajuizamento de Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) de números 43 e 44, cujo objetivo das mesmas era assimilar o conteúdo admitido no Código Processual Penal, com o que está legalmente previsto em nossa Magna Carta, tornando-o constitucional, e automaticamente renunciando a decisão de 2016 (CALEFFI, 2017, p. 124). Paulo Saint Pastous Caleffi salienta:

Por força disso, acabaram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, buscando que fosse acertada a harmonia do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988. Assim, os Ministros da Suprema Corte tinham as seguintes opções: a) decretar que a decisão proferida no Habeas Corpus 126.292 violou frontalmente o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, necessitando, por consequência, ser reformada; b) declarar expressamente que o declarado dispositivo legal é inconstitucional. [...] Como visto, os ministros da Suprema Corte, em sua maioria, não fizeram nem um, nem outro. Optaram por declarar a constitucionalidade do dispositivo processual penal e não reconhecer como absoluta a regra “em decorrência da sentença condenatória transitada em julgado” (CALEFFI, 2017, p. 124).

Desde fevereiro de 2016, e após disso, com os julgamentos das ADCs, a Suprema Corte vem tratando com cautela os documentos em respeito à decisão do STF na qual mudou o entendimento. Do senso de entendimento da execução provisória, segue-se a análise por meio do qual demonstra-se a real relativização que vêm sofrendo a Magna Carta, ao ser ressaltado que “o princípio da presunção de inocência é garantia diretamente vinculada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja por determinação expressa na CF/88 ou no artigo. 283 do Código de Processo Penal (CALEFFI, 2017, p. 124-125) “.

Posteriormente, ao ser declarado constitucional o art. 283 do CPP, cujo conteúdo não foi efetivado, outros artigos também foram igualmente contemplados

¹⁹Art. 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.

com a violação de algumas disposições comuns à Lei de Execução Penal²⁰. Ressalta-se que, essa norma limita-se às penas privativas de liberdade, as quais afetam diretamente a autonomia do cidadão. No que concerne as demais penas, a execução provisória não é realizada, sendo que o réu, sem nenhum prejuízo, aguarda o seu trânsito em julgado para ser realmente efetivada (CALEFFI, 2017, p. 156).

Com relação à soberania dos vereditos e a execução da pena em primeira instância, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, está previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: c) a soberania dos veredictos” (BRASIL, 1988), onde ainda é muito discutível as possibilidades de mudança, as formas e os recursos cabíveis quando se tem uma sentença a partir de sete jurados leigos.

Esta discussão está direta e intimamente ligada às possibilidades de recursos em casos de julgamento por esse tribunal. Correntes doutrinárias afirmam que é possível sim ser reformulada a decisão através do recurso de apelação, tendo em vista a possibilidade do respeito ao duplo grau de jurisdição, que permite ao réu buscar em um tribunal superior uma decisão que lhe seja mais favorável, desde que respeitados os requisitos de admissibilidade para interposição desde recurso.

Porém, neste diapasão versa a questão que defende inteiramente a soberania dos vereditos, onde a decisão do tribunal do júri, em hipótese alguma deverá ser reformulada. O duplo grau de jurisdição, neste caso, serviria apenas para uma possível invalidação ou cancelamento da sessão que sobreveio a decisão, e o recurso de apelação, quando julgado, serviria apenas para conduzir diante de um novo julgamento (GAUTÉRIO, 2012, p. 27). Conforme a autora Anna Paula Trento Gautério,

Evidencia-se, portanto, que o Tribunal Superior não pode designar novo julgamento quando da interposição de uma apelação, senão pelo fato de os jurados terem decidido contrariamente à prova coligida aos autos ou em face de alguma nulidade. Assim, é defeso à instância superior anular a decisão do

²⁰Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

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.

Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas.

júri por entender que esta está em desconformidade com a doutrina ou a jurisprudência dominante, pois os jurados não têm obrigação de conhecer ou julgar conforme tais posicionamentos. Tanto é assim que a Constituição Federal de 1988 garantiu ao Tribunal do júri o julgamento por íntima convicção, não sendo necessária a motivação de seus votos, presumindo-se que o conselho de sentença seria integrado por pessoas leigas, sem conhecimento técnico em relação ao direito (GAUTÉRIO, 2012, p. 27).

No julgamento do Habeas Corpus 118.770 de São Paulo, em março de 2017, o STF posicionou-se sendo favorável à soberania dos veredictos, e determinou que “a prisão de réu condenado por decisão do tribunal do júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade” (BRASIL, 2017, p. 2) e permitindo desde então que a pena já possa ser executada, imediatamente a partir da decisão desde tribunal, ainda em primeira instância. Gautério procede sua análise, expondo o atual entendimento e o que realmente costuma acontecer, de fato que a questão relacionada a execução imediata após a sentença do tribunal do júri, e o aguardo a recursos do tribunal de justiça ainda é muito discutível e gera uma série de debates, posicionando-se:

A soberania dos vereditos, portanto, não é um princípio absoluto, permitindo a revisão dos julgados do tribunal popular pela segunda instância. O que não pode ocorrer, entretanto, sob pena de afronta ao princípio constitucional, é a modificação da decisão dos jurados por tribunal que não o do júri. Em suma, significa dizer que, havendo nulidade posterior à pronúncia ou sendo o julgamento dos jurados manifestamente contrário à prova dos autos, cabe reforma da decisão, porém, com a ressalva de que esse novo julgamento deve ser proferido pelo conselho de sentença, não cabendo ao Tribunal Superior o julgamento do mérito (GAUTÉRIO, 2012, p. 28-29).

O que de fato costuma acontecer, é a pena ser executada logo após a condenação ser confirmada, ainda em primeiro grau jurisdicional. Os motivos que podem levar a novo júri, ou a reforma da decisão, somente dizem respeito às nulidades na questão processual, por exemplo se a sentença for diversa da decisão dos jurados, ou ao veredito ser contrário a prova dos autos (BRASIL, 1988).

Algumas mudanças são possíveis de virem a acontecer. A execução provisória da pena em segundo grau de jurisdição é o atual entendimento da Suprema Corte Brasileira. O indivíduo é condenado, e assim que é confirmada a pena em segunda instância, já se inicia seu cumprimento, antes do trânsito em julgado. Porém, em face da decisão que mudou o entendimento em 17/02/2016, algumas entidades ajuizaram Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), para que se estabeleça a declaração de

constitucionalidade (ou não) do artigo 283²¹ do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O mesmo é claro ao acompanhar o artigo 5^o, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que prescreve: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988)”, não deixando margens para mal interpretação do artigo. Foram ajuizadas três ações com o mesmo objetivo. Sendo elas de número 43 (ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional – PEN/PATRIOTA), 44 (ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) e 54 (ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – Pcdob).

No momento as ADCs não estão na pauta para julgamento no Supremo Tribunal Federal. Porém, a qualquer momento elas podem ser inseridas e devidamente processadas para o julgamento. Com esse julgamento, se forem declaradas constitucionais, ao que tudo indica a execução provisória não se fará mais nos moldes que atualmente está sendo executada, vindo assim a serem cumpridas apenas as penas advindas de condenação já transitadas em julgado, com exceção às prisões cautelares.

²¹ 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.

4 CORTES INTERNACIONAIS E A EXECUÇÃO DA PENA

Neste capítulo serão apreciados assuntos e decisões que analisam a execução da pena e demais aspectos processuais junto às cortes internacionais. Serão observados alguns julgados que vão ao encontro do que fora analisado até o presente momento deste trabalho, mostrando que o conteúdo decisório tem sua fundamentação de acordo com a legislação de cada nação, procurando amparo diante dos pactos internacionais.

Neste dilema, finalmente será possível analisar minuciosamente os fundamentos relevantes à execução após o trânsito em julgado. A partir da análise já desenvolvida, a seguir serão explicitados fundamentos da visível inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, no processo penal brasileiro.

4.1 Posição majoritária dos outros países

No cenário internacional, são vistas as mais diversas possibilidades em relação à execução da pena, levando em consideração que cada país possui sua própria legislação, e nem todos eles são signatários dos pactos sobre direitos humanos em que o Brasil faz parte, deduzindo assim, que podem se chegar a resultados diversos por se tratar de normas e casos específicos.

No julgamento do Habeas Corpus 126.292, em seu voto, o ministro Teori Zavaski, foi favorável a mudança de entendimento (BRASIL, 2016, p. 12), e passou a comparar com o Brasil e demonstrar que a maioria dos demais países não espera o trânsito em julgado para iniciar o cumprimento da pena, fato que passamos a analisar.

Na Inglaterra, de acordo com o processo penal inglês, a pena começa a ser cumprida, em regra, antes do trânsito em julgado. A lei local prevê, em alguns casos, que mediante fiança a execução poderá ser suspensa até que seja analisado e julgado o conteúdo do recurso. Porém, esta garantia não é absoluta, e dependerá das possibilidades que a legislação permite para cada caso concreto que será analisado pela suprema corte inglesa (BRASIL, 2016, p. 12).

Nos Estados Unidos da América, primeiramente, o princípio da presunção de inocência não está nem previsto na constituição, sendo esta norma estabelecida no código processual, de forma que considera inocente o réu até ter uma decisão efetiva, não precisando ser esta transitada em julgado. Vale ressaltar que nesse mesmo país,

as decisões proferidas em comarcas equivalentes as primeiras instâncias brasileiras, possuem valorosa força, e a lei instrui que as sejam cumpridas o mais rápido possível (BRASIL, 2016, p. 13).

Já no Canadá, a legislação do país trabalha para a imediata execução da pena a partir de confirmada a culpabilidade do agente. Isso interpreta-se que ainda em primeiro grau a sanção deve ser imposta. Há ressalvas, em algumas possibilidades o código prevê que, se cumpridos os severos requisitos do código canadense, o réu pode recorrer em liberdade sob pagamento de fiança. Mas não é a regra, e deve observar-se todos os requisitos (BRASIL, 2016, p. 13).

A França adotou, desde sua Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, qual foi um marco para a positivação dos direitos humanos e direitos fundamentais da história. Porém, mesmo tendo aplicado essa carta em seu sistema de justiça, o Código de Processo Penal Francês, em seu artigo 465, permite em algumas hipóteses que o tribunal expede o mandado de prisão para que se inicie o cumprimento da pena, mesmo o réu estando apto a interpor recursos (BRASIL, 2016, p. 14).

Portugal tem adotado o princípio da presunção de inocência com severas restrições. O seu entendimento a respeito deste princípio, deixa a cargo da lei ordinária do país editar como vai proceder sua aplicabilidade. Em suma, para a corte portuguesa, se fosse conduzido o princípio como norma absoluta, dificilmente qualquer pena privativa de liberdade seria executada (BRASIL, 2016, p. 14).

A nação espanhola possui uma cultura extremamente punitivista, pois mesmo a sua constituição garantindo a presunção de inocência, a mesma não é efetivada. Visto que tem presente em sua cultura jurídica, a ocorrência do princípio da “efetividade das decisões condenatórias” (BRASIL, 2016, p. 15), que basicamente refere-se ao efetivo e imediato cumprimento da decisão judicial condenatória, mesmo havendo recursos cabíveis para instâncias superiores com efeito suspensivo.

A Constituição da Argentina, também contempla em seu texto o princípio da presunção de inocência. Porém, no seu Código de processo está contemplado que penas privativas de liberdade deverão ser imediatamente executadas, com ressalva a algumas circunstâncias, como por exemplo mulheres grávidas, se o réu estiver enfermo e o seu cumprimento possa colocar em risco a sua vida (BRASIL, 2016, p. 15).

Nesse diapasão, observamos que há muita diversidade na aplicação do princípio da presunção de inocência, sendo que algumas cortes internacionais nem mesmo o tem positivado em sua legislação/constituição, fato que leva a cada país concluir o processo penal de uma maneira particular, interpretando o princípio da forma que melhor lhe cabe.

Diferentemente do que podemos observar com sistema jurídico local, onde o país adere e faz jus à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como ao que está positivado na Constituição acerca do referido princípio. O que de fato, leva a interpretá-lo de maneira diversa do que comparado com os demais países supracitados, tornando mais objetiva a forma de compreensão, sendo dirigida estreitamente aos trâmites da Constituição brasileira.

Em sua obra sobre Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr., expressa-se afirmando que é possível verificar a qualidade de um sistema processual através do seu grau de eficácia das normas jurídicas, sendo a presunção de inocência reconhecida como princípio reitor do processo penal, podendo a partir disso analisar o nível de observância que são remetidas as legislações (LOPES JR., 2018, p. 581).

Nesse mesmo contexto, o próprio entende que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente” (LOPES JR., 2018, p. 582), remete essa análise tendo em vista as sérias possíveis consequências que serão fruto caso algum inocente seja preso injustamente, mediante o deplorável sistema carcerário brasileiro.

O referido autor percebe dimensões distintas a respeito deste princípio, sendo uma interna ao processo, de modo que compreende como um dever de tratamento, preliminarmente por parte da figura julgadora constatando que o ônus probatório é único e exclusivo do órgão acusatório, e que sempre em caso de dúvida, dever-se-á o réu ser considerado inocente, não tendo ele que precisar comprovar sua inocência (LOPES JR., 2018, p. 582).

No que se refere ao âmbito processual externo, há uma luta contra o julgamento precoce que contorna o fato criminoso que na grande maioria das vezes é montado pela mídia. Nesse sentido, o autor compreende que a presunção de inocência deve ser eficaz para prevenir esse tipo de situação, de modo que deve ser utilizada como um efetivo limite à essa abusada e deplorável atitude, de forma que seria possível a sua extinção através da consumação deste digníssimo princípio (LOPES JR., 2018, p. 582).

A tramitação penal tem profundas raízes inquisitórias, tendo o processo ao passar dos anos se tornado minimamente acusatório, dando oportunidade a parte submetida a sanção do Estado ao seu direito de defesa. A partir deste momento, quando o indivíduo é colocado à mercê do estado, surge essa necessidade dos princípios basilares da Constituição Federal e do Processo Penal se ainda não observados, se efetivarem, buscando a ampla proteção das normas jurídicas. Divan, em sua obra sobre política criminal:

Ao se verificar a base constitucional-democrática estabelecida como diretriz para o processo penal pátrio, percebe-se que o processo e suas regras circunstanciais devem opor à pretensão acusatória, que busca satisfação jurisdicional, uma plataforma para que o réu, presumidamente inocente, defenda esse estado “natural” em detrimento do estado “excepcional” de culpa. Isso fica evidente ao se ver com que tipo de premissas (ou, “verdades”) iniciais o processo penal trabalha (DIVAN, 2015, p. 122).

Desse modo, conforme transcrito acima é salientado pelo autor as diretrizes que deveriam ser devidas pelo processo penal. O réu já passa por um severo julgamento social antes mesmo de ter uma sentença condenatória contra si, conseqüente de uma cultura totalmente opressora e de uma sociedade que desconhece a própria lei e não acredita ser pertinentes normas jurídicas eficazes e protetoras a favor de quem responde uma persecução penal. Divan prossegue:

A presunção constitucional de inocência é um perfeito símbolo da ideia de um processo penal em que não apenas o status jurídico do inocente é assim imutável até o trânsito em julgado de uma condenação, como é necessário considerá-lo como tal e ofertar-lhe meios para que confirme a “verdade” inicialmente aceita de sua inocência, e mais: com isso, simboliza toda a postura processual ditada constitucionalmente, tendo o in dubio pro reo como traço marcante a ser disseminado como dogma do processo penal (DIVAN, 2015, p. 123).

É notório o quão substancial é esse valoroso e grandioso princípio, inclusive, da sua ilustre função para que não haja irregularidades no processo penal, quando da sua eficácia sublime conforme a magnífica Constituição garante. Ainda sobre a presunção de inocência, Divan salienta “basta referir que a consagração do instituto sempre fora vista como inimiga e percalço para os defensores de um sistema inquisitorial com notas de efficientismo higienista (DIVAN, 2015, p. 124) ”.

Diante desse contexto, não é plausível aparentar outra ação quando se trata da pretensão certa e punitiva do Estado, quando busca uma única finalidade que

se resume na condenação do indiciado, pouco importando ao mesmo se suas garantias foram-lhe concedidas e validadas. Por isso, é imprescindível a função primordial dos operadores do direito de assegurar a efetividade das normas constitucionais, tendo como propósito manter essas diretrizes fundamentais e protetoras.

4.2 Fundamentos relevantes à execução após o trânsito em julgado

Até o presente momento do trabalho, ficou evidenciado que cada país possui leis diversas, e que cada caso é um caso, por esse motivo merece ser tratado devidamente de acordo com suas peculiaridades. Cada situação é muito específica e merece ser analisada individualmente. Porém, em todos eles deve a culpabilidade do agente ser analisada minuciosamente, e mesmo tendo havido condenação em grau inicial, e sendo reafirmada em segunda instância, é indispensável a ocorrência do trânsito em julgado, para não restar dúvidas a respeito da condenação do réu.

É plenamente inaceitável o cometimento de erro grotesco em face da ineficácia da lei estatal, em que o indivíduo inicie o cumprimento provisório da sentença em segundo grau de jurisdição e, futuramente, venha a ser comprovada a sua inocência. A situação é extremamente complexa, o tempo de vida que esse cidadão perdeu tendo sérias consequências em função disso, não será recuperado. Pois passou à mercê da falta de estrutura do Estado, tanto durante toda a instrução criminal, trâmite processual e seu julgamento, quanto no momento de execução da pena, pela falta de infraestrutura do Estado.

Uma prova disso e que merece detalhada análise é um julgado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso 11.992, Relatório número 66/01, de 2001, do Equador (CIDH, nº 11.992, 2001). No presente caso, a ré foi detida em 1992, sendo mantida incomunicável por 39 dias, e sendo posta em liberdade somente em 1998, por meio de Habeas Corpus, que fora concedido depois de inúmeras tentativas denegadas, como denota-se no julgado²².

²²A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado. Por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada. Vale recordar que neste caso a senhora Levoyer Jiménez permaneceu privada de sua liberdade por um

Nesse interim, como observado no caso concreto da CIDH, mesmo o indivíduo tendo garantias a serem respeitadas, como o devido processo legal, o governo, através do poder judiciário, ainda assim abusa de seu poder estatal e acaba infringindo algumas normas processuais, garantidas por pactos internacionais e pelas legislações de cada país. Isso demonstra o quão inquisidora ainda é a sociedade. O mesmo caso julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ainda decide reconhecendo que a ré teve seu direito violado²³.

Nesse diapasão, além de ferir a respeitável presunção de inocência, nesse mesmo caso o país continuou a ferir conflitos e normas procedimentais, tais como descreve o artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, assegurando que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (CADH, 1969, p. 02), e no presente caso, teve a seguinte constatação “82. O petionário também alegou que o prolongado estado de incomunicabilidade ao qual foi submetida a senhora Levoyer Jiménez, constituiu um tratamento cruel e desumano nos termos do artigo 5(2) da Convenção Americana” (CIDH, nº 11.992, 2001).

A ânsia pelo efetivo cumprimento da lei penal e da execução da pena que fora aplicada, muitas vezes leva o Estado a cometer estes deslindes processuais, acarretando uma série de consequências que, por muitas vezes poderiam ter sido evitadas. A lei Internacional, no caso do Pacto de San José, é clara em relação ao procedimento de aguardar o trâmite processual até se chegar ao trânsito em julgado.

No caso em tela, o desfecho final foi que o país Equador, sendo emissor da decisão analisada, violou vários artigos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo estes “o direito à integridade pessoal (artigo 5), à liberdade pessoal (artigo 7), às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25) em conjunção com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do mesmo instrumento”. (CADH, 1969, p. 01-02).

período maior que a metade da pena máxima estabelecida para os delitos dos quais foi acusada e absolvida, e foi mantida detida depois de definitiva sua absolvição.

²³101. A Comissão, com base na análise das provas aportadas ao expediente pelas partes, conclui que, com respeito a Dayra María Levoyer Jiménez, o Estado equatoriano violou o princípio de presunção de inocência, consagrado no artigo 8(2) da Convenção Americana.

É inadmissível diante de tantas garantias, que situações como esta possam novamente virem a acontecer. O Estado em si, tem a obrigação de oferecer ao cidadão o devido processo legal e às garantias judiciais (CADH, 1969, p. 04-05), independentemente do que tenha ele dado causa para se submeter a necessária punição do Estado.

Essas situações remetem-se principalmente a esses pactos internacionais de não violação dos direitos humanos citados anteriormente. Porém, deve ser ressaltado que cada país faz jus às suas próprias leis e às suas próprias constituições, sendo de extrema importância que as mesmas estejam de acordo com os tratados internacionais, e que garantam ainda mais direitos à sua nação.

A presunção de inocência é direito supremo e merece sua guarda e seu devido tratamento. No artigo 8, (CADH, 1969, p. 04-05) a norma é clara ao dizer que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Importante ressaltar que o entendimento da mesma corte faz jus não somente a prova da culpabilidade do réu, mas influi em dizer também que esta prova tem que ter transitado em julgado, não cabendo que se inicie o cumprimento provisório da pena quando ainda cabe recursos.

Ademais, conforme já fora melhor detalhado, o Estado tem direito de julgar os indivíduos que infringirem as normas. Mas é seu dever também que essas mesmas normas e acordos sejam devidamente respeitados. Em análise ao caso 11.992, o mesmo tem proferido em sua decisão que “por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença (CIDH, nº 11.992, 2001) ”.

Diante do exposto, é observado mais um caso de que a lei é rígida e deve ser aplicada em benefício do réu. O Estado não deve usar para punir o indivíduo, o que foi feito para a sua plena defesa. Os princípios são bem francos ao regularem a execução da pena, de modo que são claramente admissíveis sua ampla proteção em favor do réu. Não deveria se admitir outra interpretação, nem se moldar diante de cada caso concreto. Aos processos necessários, as prisões provisórias já foram muito bem estabelecidas e estão devidamente regulamentadas. Aqui, nessa hipótese que vem sendo debatida e levantando uma série de posicionamentos a respeito de que se deve esperar o trânsito em julgado ou se executar a partir de segundo grau, não mereceria tanto aprofundamento, pois nesse caso a lei é ausente em lacunas para diferentes interpretações.

4.3 A inconstitucionalidade da pena privativa de liberdade em segunda instância

Neste tópico que aborda a parte conclusiva do presente trabalho será feita uma breve análise de toda a fundamentação já apresentada, remetendo o exposto para a parte final, mostrando os fundamentos plausíveis a concernir a inconstitucionalidade da pena privativa de liberdade em segundo grau de jurisdição.

No primeiro capítulo se demonstrou analisado os principais princípios pertinentes a condição que o réu é submetido ao responder por um processo penal. É necessário a preservação do direito de defesa do réu, indiscutivelmente assim, se faz necessário o aguardo efetivo ao trânsito em julgado da sentença processual penal condenatória, a fim de que o sujeito não seja vítima de possíveis ilegalidades que possa vir a ocorrerem.

Conforme voto do Ministro Celso de Mello, já citado no tópico 2.1 do presente trabalho, antes de o processo transitar em julgado, haverá recursos e o direito de o réu recorrer em liberdade. Entendimento este que leva à conclusão de que a presunção age como uma forma de norma de tratamento, fazendo interpretar que não pode ser tratado como se condenado fosse, sem antes ter uma decisão imutável.

É desanimador ver preceitos da magnífica constituição, tratados internacionais, pactos e princípios sendo desvalorizados de uma forma tão leviana, como se os mesmos nada fossem, importando-lhe pouco se o processo está cumprindo com seus devidos trâmites, e se a legislação e as devidas garantias realmente estão sendo aplicadas.

Em seu voto, Celso de Mello salienta que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, cabendo algumas possibilidades que já estão devidamente regulamentadas, como por exemplo as prisões cautelares. Tem-se também um momento que a Constituição descaracteriza esse princípio, sendo que a partir desse estágio não fere mais os seus preceitos constitucionais, na qual é entendido ser a partir do trânsito em julgado. Antes disso o Estado não poderia presumir a culpa executando antecipadamente a pena de alguém.

Embora por muitos é interpretada com ares de impunidade quando também de cunho protelatório, o tardar da execução da pena é consequência das garantias constitucionais que merecem ser apreciadas. A partir do momento que o indivíduo passa a estar à mercê do julgamento do Estado, na mesma ocasião se torna legítimo usuário desses direitos e das garantias.

Não é admissível que por requisitos infundamentados a Suprema Corte mude todo um entendimento consagrado com embasamento na maior legislação do país, a fim de que adiante uma execução incerta, onde há possibilidades concretas da decisão ser alterada quando pendente julgamento de recursos. Numa situação hipotética (dotada de possibilidades reais) em caso de o réu ser inocente, o sujeito teria sofrido à mercê do Estado traumatizado por abalos físicos, mas principalmente pelo desgaste psicológico de ter sido preso em vão.

Conforme já salientado no segundo capítulo, haja vista sua extrema importância, o princípio do *in dubio pro réu* é claro e não contempla margens para discussão ao regulamentar que, em caso de dúvida deve-se decidir favoravelmente ao réu. Dito isso, é incompreensível o atual entendimento do STF, que restando dúvidas na sentença já condenatória, o mínimo que deveria ser garantido pelo Estado é esperar o trânsito em julgado, ou seja, esperar o julgamento de todos os recursos que o réu achar necessários à sua defesa, e não executar a pena muito antecipadamente, ainda cabendo recursos, como se culpado fosse.

Dessa forma, infelizmente, tudo leva a acreditar que o atual sistema acusatório vigente ainda tem sérios resquícios do sistema inquisidor, pois sempre é uma luta para o acusado e dificuldade mesmo para o Estado admitir que o réu faz jus às garantias processuais penais, sendo considerado inocente até que seu processo tenha fim. É importante ressaltar que qualquer pessoa pode ter contra si um crime imputado injustamente, cabendo ao Estado provar a sua culpa, e não a pessoa ter de provar que é inocente, pois é sabido que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Ninguém deve ser julgado, mesmo que fora dos ditames do Estado, simplesmente por estar respondendo a um processo judicial de cunho penal.

Diante desse patamar, é visível a cede por punição por parte do Estado. Conforme já mensurado no segundo capítulo, a discussão concentra-se no valor que o Estado concede a pessoa do réu. Por exemplo, para ser executada uma dívida pecuniária na esfera cível é aguardado o trânsito em julgado, se a execução iniciar antes é obrigatório o oferecimento de caução, para ser adentrado no patrimônio do devedor, mesmo que depois em caso de falha, possa ser lhe devolvido o bem ou o valor. Agora, tratando da liberdade do indivíduo, de modo que a mesma jamais será restabelecida em caso de erro por parte do Estado, torna-se aceita que esta seja

executada antecipadamente. Pelo exposto, aos olhos do Estado é muito mais importante a propriedade do que a própria liberdade do indivíduo.

No segundo capítulo foi contemplado minuciosamente a decisão do Supremo Tribunal Federal que mudou o entendimento a respeito da execução da pena privativa de liberdade. Tem-se uma pressão intelectual maior contra esse órgão, pois a presunção de inocência além de estar prevista em acordos internacionais, está fundamentada na referida Constituição Federal, de forma que este órgão supremo é o principal protetor da maior e mais fundamental lei do país, perfazendo assim a inconformidade pelo mesmo estar ferindo e interpretando de maneira equivocada os seus próprios institutos.

Celso de Mello em seu voto sobre a mudança de entendimento a respeito da execução provisória, conforme já devidamente citado no segundo capítulo, diz que o STF “nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão” (STF, 2016, p. 88), desse modo, é função primordial da Suprema Corte tratar esse princípio com a devida atenção que o mesmo faz jus.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto ressalta a clareza da lei que abriga o princípio, salientando que nesses casos em que já está explícito na norma não se faz necessária nova interpretação do dispositivo constitucional, sendo este claro e não permitindo espaço para interpretação diversa ao mencionar que a presunção de inocência abrange até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse diapasão, no último capítulo foi realizada uma análise que envolveu decisões de Cortes Internacionais a respeito da execução da pena, baseada no voto do Ministro Teori Zavascki. A grande maioria, senão todos os países analisados executam a condenação da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Alguns crimes possuem a possibilidade de os réus recorrerem em liberdade, sob pagamento de fiança, mas tudo isso dependerá do que diz a lei de cada um desses países. Fato que não ocorre no Brasil, pois ao analisar o Código de Processo

Penal, em seu art. 283²⁴, reafirma o que já foi estabelecido pela Constituição Federal, não abrindo margens para outro entendimento.

O fato estudado direciona a conclusão que as constituições desses países permitem esse tipo de tratamento para com a norma, pois alguns deles nem aderem ou executam o que diz a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Argentina por exemplo, aderiu o princípio com rígidas ressalvas. Em outras palavras, esses países mencionados no início deste capítulo iniciam a execução da pena ainda cabendo recursos ao réu porque as legislações permitem, não estando eles infringindo as suas normas.

Aqui demonstra-se a principal diferença do que ocorre com o Brasil. A Constituição Federal não permite outro tipo de entendimento. A lei é clara, e mesmo assim teve um julgamento que infelizmente permitiu esse novo formato de execução da pena, desconsiderando os fundamentos legais estabelecidos em nossa legislação, tampouco respeitando os ditames constitucionais que são considerados como normas basilares de todo o ordenamento jurídico.

A qualquer momento, qualquer pessoa pode ter imputado contra si um fato que não cometeu. A presunção de inocência é fundamental para garantir a integridade de quem está submetido a severas investigações do Estado, diante de uma cultura que ainda se mantém muito presente grandes “resquícios” do sistema inquisidor.

Ademais, o presente capítulo procurou deixar claro que o trabalho desenvolvido ao analisar o Habeas Corpus 126.292, não é simplesmente criticar a posição do maior tribunal do Brasil. Mas sim, demonstrar fundamentadamente que, de acordo com a nossa legislação, não é correto o atual entendimento da Suprema Corte, de forma que o mesmo justificou parte da mudança de entendimento comparando-se com legislações internacionais que provém de leis completamente diferentes das que fazem jus ao sistema do judiciário brasileiro, não fazendo sentido a exposta comparação.

Diante desse panorama, fica evidenciada a falta de confiança de pertencer a uma sociedade dotada de insegurança jurídica, onde é complicado saber até da real eficácia das normas constitucionais previstas na Magna Carta Brasileira, pois todos

²⁴ 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.

os dias são noticiadas situações de violações a direitos e garantias, resultado de entendimentos diversos do que está explícito, tornando esses indivíduos à mercê de um processo penal cada vez mais vulnerável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão que alterou o entendimento da Suprema Corte continua a trazer debates à sociedade e aos operadores do direito, tanto que ainda há possibilidades de novo posicionamento da Suprema Corte, diante do julgamento futuro das Ações Diretas de Constitucionalidade que permanecem à espera de um entendimento definitivo acerca do tema.

Ainda, a percepção para o Estado e para parte da sociedade de que quem está respondendo a um processo na esfera penal cometeu crime e está exposto a uma infinidade de julgamentos e que não merece ser tratado com as devidas garantias e prerrogativas que lhe são cabíveis, este fato merece ser ultrajado, pois quem não estuda a letra da lei não é passível de realizar esses julgamentos desconhecendo da verdade sobre os fatos e sobre as leis que regulam o trâmite processual penal.

Nesse mesmo contexto, um dos fundamentos de quem aguarda por justiça é a demora no julgamento dos recursos, ressaltando o sentimento de impunidade. Mas é interessante lembrar que a ineficácia do sistema em relação ao trâmite processual é relativa simplesmente ao Estado, ele é o responsável pelo sistema ser tão lento e ter tantos problemas. Isso tudo, porém, não é correto e não justifica o governo tratar o seu erro retirando garantias dos cidadãos que respondem ao processo, iniciando antes a execução da pena.

A outra corrente entende que a execução da pena privativa de liberdade quando ainda cabe recursos é inconstitucional, pois fere duramente o princípio da presunção de inocência, o código de processo penal e pactos internacionais que o Brasil é signatário, nesse caso interpreta a presunção de inocência como norma infraconstitucional. Ou seja, primeiro tratando e aplicando-o da forma que a Constituição prevê, após vem o que está pactuado na Convenção Americana de Direitos Humanos nesse caso, e após isso o que está regulamentado nas demais legislações, que adentra o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Ou seja, de acordo com esse entendimento o atual posicionamento fere garantias de ordem material e processual, que tem em volta todo respaldo constitucionalmente fundamentado, presentes as garantias e demais direitos que no momento não estão sendo efetivados, sendo a magnífica Constituição Federal massacrada pelo mais alto órgão jurisdicional do país, que tem o dever de mantê-la protegida.

Ademais, não se pode simplesmente atropelar esta regra e fingir que o posicionamento que está sendo efetuado não prejudica muitos princípios que são basilares em nosso ordenamento jurídico. Fere diretamente a dignidade da pessoa humana, de modo que a Constituição Federal diz que o indivíduo só é culpado após o trânsito em julgado, mas que o STF aceita que a pena se inicia antes do final do processo, tendo assim presumida culpa perante o início do cumprimento da pena a respeito do fato imputado, mesmo que ele seja inocente.

Resta entendido de acordo com o presente estudo, que a atual decisão que foi executada a partir do HC 126.292 é inconstitucional pois fere gravemente os maiores princípios constitucionais. Esses mesmos no Brasil são adotados e regulamentados direto na Constituição, não necessitando de leis infraconstitucionais para sua efetivação. Tem eles o mesmo peso de norma, ou deveriam ter, levando em conta que nesse caso, inadmissivelmente, são valorados com menor importância como se não imprescindíveis fossem ao devido processo legal.

É interessante ressaltar que são diferentes os sistemas internacionais. Cada um é específico de acordo com sua legislação, embora algumas vezes eles têm certa semelhança. Diante disso, a partir na análise feita no capítulo 4, no presente caso não merece ser comparado pois nosso país possui regras específicas a respeito da presunção de inocência, e no problema descrito no trabalho, embora o STF tenha entendido de forma diversa, o referido princípio não tem como ser interpretado de outra maneira, pois conforme já mencionado no item anterior, o mesmo é claro e não necessita de outra lei que o regulamente, já estando assim explícito na Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim sendo, a presente pesquisa é concluída entendendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Habeas Corpus 126.292 em fevereiro de 2016, é inconstitucional pois desrespeita a Constituição Federal, de modo que não observa o princípio da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Código de Processo penal e a Lei de Execução Penal, sendo uma saída para os problemas do Estado totalmente incorreta, retirando direitos e garantias na tentativa falha de tentar resolver os deslindes que o sistema jurídico enfrenta.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Priscila da Silva; MARINO, Aline Marques. *Direitos e garantias processuais penais*: breves comparações entre as normas internas brasileiras e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo Científico.

Disponível em:

https://www.academia.edu/35337701/Direitos_e_garantias_processuais_penais_breves_compara%C3%A7%C3%B5es_entre_as_normas_internas_brasileiras_e_a_Conven%C3%A7%C3%A3o_Americana_sobre_Direitos_Humanos Acesso em: 01 de jun. de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Aprova o *Código de Processo Penal*.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 25 mai. 2019a.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Aprova a *Lei de Execução Penal*.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 25 mai. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 118.770, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 7 de março de 2017. *Lex*: Jurisprudência do STF, mar, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 126.292, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. *Lex*: Jurisprudência do STF, fev, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Na Ação Declaratória De Constitucionalidade 44* Distrito Federal. Acórdão. Relator :Min. Marco Aurélio. Brasília. 2016.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. *Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 66/01. Caso 11.992. Dayra María Levoyer Jiménez. Equador. 14 jun. 2001. Disponível em: < <http://cidh.org/annualrep/2001port/Ecu11992.htm>> Acesso em 25 mai. 2019.

COSTA RICA. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 25 mai. 2019.

DIVAN. Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal, Uma Reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre, Editora Elegantia Juris, 2015.

GAUTÉRIO, Anna Paula Trento. *Aplicação do Princípio da ne Reformatio In Pejus indireta no Tribunal do Júri em face da Soberania dos Vereditos*. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. São Paulo. Editora Atlas, 2016.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo, Editora Saraiva Jur, 2018.

MORAES. Maurício Zanoide de. *A Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. *A Execução Provisória da Pena e o Princípio da Presunção de Inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª edição. Editora Fórum, 2016.

VANINI. Juliandra. *Inobservância do Pacto de San José da Costa Rica diante da Garantia do Duplo Grau de Jurisdição nos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal*. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2018.