

FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

POLLYANA RANGEL DE SOUZA

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE PRISÃO: MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL.**

Recife
2016

POLLYANA RANGEL DE SOUZA

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DE PRISÃO: MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade Damas de Instrução Cristã, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Área de Concentração: Ciências criminais

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardoso.

Recife
2016

Souza, Pollyana Rangel de

A execução provisória da pena de prisão: mitigação do princípio constitucional da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal. / Pollyana Rangel de Souza. – Recife: O Autor, 2016.

70 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Execução provisória da pena. 3. Princípio de presunção da inocência. 4. Prisão processual. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-423

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Pai Celestial por sua benignidade para comigo. Nas noites em que me senti cansada fui regozijada com ânimo e perseverança. Sem a tua permissão, jamais conseguiria ter subido mais um degrau em minha trajetória. Como é bom sonhar teus sonhos e vê o quão maravilhoso és pra mim.

In memoriam ao meu pai Waldeck Menezes Rangel, que me ensinou a olhar o mundo através das lentes do amor, da ética, da moral e da justiça. Eis meu grande inspirador.

A minha mãe Alda Vanderley Rangel que me acompanhou nesses cinco anos de graduação, dando-me o suporte necessário para que eu chegasse até aqui.

Ao meu marido Marinaldo, meu maior incentivador e companheiro de todas as aventuras. Como sou grata por seu empenho e apoio nas noites mal dormidas. Pelo seu jeito quando fala em meu nome e demonstra todo afeto. Pelo carinho e atenção transmitidos durante essa jornada.

Ao longo desses anos tive a oportunidade de esbarrar com pessoas maravilhosas que conquistaram o meu respeito e admiração, em especial as minhas amigas Isabelly Assis e Lucia Barreto, embora não tenhamos terminado a graduação juntas, a amizade continua para além das formalidades, porque o que é verdadeiro permanece com o tempo.

Não posso me esquecer de minha amiga Adjavânia Isabella que me apoiou em todo momento, principalmente nessa fase final corrigindo os meus erros de formatação da ABNT, e me acalmando quando o medo queria me vencer.

Ao queridíssimo Arthur Cabral, que com toda sua força me brindou com seu exemplo de vida. E aos demais amigos, independente de não tê-los citado, segue o meu muito obrigado por terem dado cor aos meus dias cinzentos.

Durante essa pequena trajetória, obtive grandes conquistas, e em uma delas tive a oportunidade de passar pelo Ministério Público de Pernambuco, e pude conhecer grandes exemplos de profissionais que me presentearam com um pouco de suas experiências. Ao queridíssimo Promotor Nivaldo Machado a quem tive o privilégio de debater posicionamentos e obter grandes conhecimentos, segue o meu muito obrigado.

Não posso deixar de agradecer ao Dr. Adelson José da Silva por todo carinho e a sua filha e grande amiga Dra. Vanessa Andrade da Silva, que acompanha os meus passos desde o colégio.

Por fim, agradeço ao meu orientador Prof. Teodomiro Noronha Cardozo, pelos ensinamentos e aos ilustres mestres Leonardo Siqueira, Clarissa Marques, Paulo Roberto Cerqueira, André Carneiro Leão, Aurélio Bôaviagem, Simone de Sá, Ricardo de Brito, José Rafael Fonseca, Ricardo Silva, Bruna Borba, Danielle Spencer e Renata Andrade. A vocês todo o meu respeito e admiração.

“Nunca deixe que lhe digam: que não vale a pena acreditar no sonho que se tem. Ou que os seus planos nunca vão dar certo. Ou que você nunca vai ser alguém... Se você quiser alguém em quem confiar. Confie em si mesmo... Quem acredita sempre alcança”.

(Renato Russo)

RESUMO

O presente trabalho debruça-se sobre a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que, o princípio da presunção de inocência, é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, cujo teor dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A presente pesquisa objetiva analisar a possibilidade da execução da pena em segunda instância, tomando-se por base o princípio da presunção de inocência e os posicionamentos jurisprudenciais adotados por um Estado Democrático de Direito. Tecem-se considerações acerca dos princípios constitucionais no processo penal, em especial ao princípio da presunção de inocência, diante de nossa Constituição que possui um viés garantista. Posteriormente, aborda sobre as prisões processuais diferenciando-as da prisão para o efetivo cumprimento da pena. Por fim, discorre-se o conceito e os efeitos dos recursos excepcionais (especial e extraordinário), demonstrando a mudança jurisprudencial sobre a temática abordada sob uma perspectiva crítica aos argumentos favoráveis proferidos no dia 17 de fevereiro de 2016, pelo Pleno do STF, face ao Habeas Corpus nº 126.292, cujo entendimento assenta que a execução provisória da pena ainda que haja pendência de recursos não mitiga o princípio da presunção de inocência. Com base nas pesquisas bibliográficas, site e jurisprudência, e utilizando-se do método hipotético-dedutivo, entende-se que o princípio da presunção de inocência, como princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, e por ser um direito e garantia fundamental expresso como cláusula pétrea em nossa Carta Magna, não pode ser mitigado antes do trânsito em julgado.

Palavras chaves: Execução provisória da pena. Trânsito em julgado. Princípio da presunção de inocência.

ABSTRACT

This paper focuses on the provisional execution of the sentence before the final and unappealable criminal sentence, since the principle of presumption of innocence is a fundamental guarantee provided for in Article 5, paragraph LVII of the Federal Constitution, which content provides that "no one shall be considered guilty until the final and unappealable penal sentence." This research aims to examine the possibility of execution of the sentence on appeal, taking based on the principle of presumption of innocence and the jurisprudential positions adopted by a democratic state. Weave to considerations of constitutional principles in criminal proceedings, in particular the principle of presumption of innocence in front of our Constitution that has a garantista bias. Later, it talks about the procedural prisons differentiating them from prison to the effective execution of the sentence. Finally, the concept and the effects of exceptional resources (special and extraordinary) it elaborates, demonstrating the jurisprudential change on the theme approached from a critical perspective to the favorable delivered arguments on February 17, 2016, by the Supreme Court Plenum, face the Habeas Corpus No. 126,292, whose understanding is based on the provisional execution of the sentence although there pending features not mitigates the principle of presumption of innocence. Based on literature searches, site and jurisprudence, and using the hypothetical-deductive method, it is understood that the principle of presumption of innocence as a fundamental principle of a democratic state, and to be a fundamental right and guarantee Express as entrenchment clause in our Constitution, can not mitigate it before the final judgment.

Key words: Provisional execution of the sentence. Unappealable. the presumption of innocence principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.....	14
2.1 Da supremacia das normas constitucionais.....	15
2.2 Dos princípios constitucionais processuais.....	16
2.2.1 <i>Princípio do devido processo legal</i>	16
2.2.2 <i>Princípio do contraditório e da ampla defesa</i>	18
2.2.2.1 <u>Do contraditório</u>	18
2.2.2.2 <u>Da ampla defesa</u>	19
2.2.3 <i>Princípio do duplo grau de jurisdição</i>	20
2.2.4 <i>Princípio do juiz natural</i>	21
2.2.5 <i>Princípio da publicidade</i>	22
2.2.6 <i>Princípio da verdade real</i>	23
2.2.7 <i>Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos</i>	24
2.3 Princípio da presunção de inocência.....	25
2.3.1 <i>Aspectos históricos sobre o princípio da presunção de inocência</i>	25
2.3.2 <i>O embate jurídico das escolas penais italianas sobre a presunção de inocência ou de não culpabilidade</i>	28
2.3.3 <i>O Princípio da presunção de inocência no Brasil</i>	29
2.4 Considerações sobre a natureza jurídica do princípio da presunção de inocência.....	32
3 DA PRISÃO PROCESSUAL	34
3.1 Conceito de prisão.....	34
3.1.1 <i>Fundamento constitucional da prisão</i>	34
3.2 Espécies de prisão processual.....	34
3.2.1 <i>Prisão temporária</i>	35
3.2.2 <i>Prisão em flagrante</i>	36
3.2.2.1 <u>Espécies de flagrante</u>	37
3.2.3 <i>Prisão preventiva</i>	39
3.2.3.1 <u>Requisitos para a decretação da prisão preventiva</u>	39
3.2.4 <i>Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível</i>	41
3.3 Liberdade provisória.....	42
3.3.1 <i>Liberdade provisória com fiança</i>	42
3.3.2 <i>Liberdade provisória sem fiança</i>	43
4. DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NA PENDÊNCIA DE RECURSOS: ANÁLISE CRÍTICA AO HC 126.292 (MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA).....	45
4.1. Dos recursos.....	45
4.1.1. <i>Conceito e natureza jurídica</i>	45
4.2. Efeitos dos recursos.....	46
4.2.1. <i>Efeito devolutivo</i>	46
4.2.2. <i>Efeito suspensivo</i>	47
4.3. Dos recursos de natureza extraordinária.....	48
4.3.1. <i>Recurso extraordinário</i>	49
4.3.2. <i>Recurso especial</i>	49
4.3.3. <i>Reexame da matéria de fato</i>	49
4.4. Considerações acerca da Execução Penal.....	50
4.5 Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	52

4.5.1 <i>Análise crítica aos argumentos favoráveis a execução provisória da pena, mitigando o princípio da presunção de inocência quando da apreciação do HC 126.292</i>	56
4.5.1.1 <u>Primeiro argumento: diferença quanto aos termos “ser preso” e “ser culpado”</u>	57
4.5.1.2 <u>Segundo argumento: hermenêutica do termo “trânsito em julgado”</u>	58
4.5.1.3 <u>Terceiro argumento: necessidade de ponderação do princípio da presunção de inocência</u>	59
4.5.1.4 <u>Quarto argumento: em outros países a pena pode ser executada depois de observado o duplo grau de jurisdição</u>	60
4.5.2 <i>Presunção de inocência: cláusula pétrea</i>	60
4.5.3 <i>Riscos da relativização adotada pelo Poder Judiciário em face dos Direitos Fundamentais</i>	61
4.5.4 <i>Realidade ou ilusão: indenização pecuniária nos casos de reforma da sentença condenatória</i>	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 marca uma revolução na teoria constitucional, visto que rompe com o Estado de Direito exclusivamente baseado na produção jurídica do Poder Legislativo, passando a se alicerçar nos princípios e garantias constitucionais. Ou seja, a nossa Carta Magna passa a representar um conjunto de princípios e garantias, reconhecidas em favor dos indivíduos ante o poder de punir do Estado – *jus puniendi*.

Os princípios são instrumentos que fundamentam a ordem jurídica a que são inseridos, posto que, a função de fundamentar a ordem jurídica faz com que todas as relações sejam alicerçadas nos princípios constitucionais inseridos em nossa Constituição.

O que se busca nessa função basilar é que a norma seja efetivamente aplicada dentro dos limites normativos previamente estipulados, excluindo, portanto, decisões de cunho particular ou de expressa vontade do operador do Direito.

Deve-se salientar que o atual modelo de Direito Penal mínimo, corresponde a um Processo Penal garantista, pois apenas um processo penal que garanta os direitos do imputado e minimize as lacunas existenciais deixadas pela discricionariedade judicial, pode oferecer solidez a independência da magistratura e seu papel no controle da legalidade do poder.

Porém, o Direito Penal é despido de coerção direta, uma vez que não tem atuação nem realidade concreta fora do processo. Nesse ensejo, é certo que para se aplicar uma pena, necessário é que exista um crime, e assim, portanto, que exista um devido processo penal, se o processo termina antes de se desenvolver ou não se desenvolve de forma válida, não se pode aplicar uma pena. Nesse ponto, surge o dever de garantir ao acusado os direitos e garantias outorgados pela Constituição Federal.

O direito de ser presumido inocente é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, consistindo em uma garantia processual penal que busca tutelar a liberdade do indivíduo.

A constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, sistematiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa presunção oportuniza a produção de prova em contrário – presunção *juris*

tantum – pressupõe, por sua vez, o devido processo legal e o respeito à ampla defesa e o contraditório, garantias também erigidas à condição de princípios constitucionais por serem direitos fundamentais.

O princípio da presunção de inocência é uma garantia ofertada contra eventuais abusos de poder por quem detém as prerrogativas legais de instauração e apuração de investigações. Ter-se as investigações pelo Estado dentro dos limites legais significa a integralidade dos direitos do acusado, não se permitindo tratamento diferenciado no nosso ordenamento jurídico.

A jurisprudência com o fim de alcançar padrões de justiça vem elencando seus entendimentos nos princípios constitucionais, não obstante, em alguns casos, diante da finalidade política ou em face da “justiça midiática”, tem relativizado os princípios basilares do nosso ordenamento supremo.

Registre-se que recentemente, o Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos entendeu a possibilidade do início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, expondo que esse fato não ofende o princípio da presunção de inocência.

A decisão indica a mudança no entendimento da Corte, haja vista que no ano de 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº. 84078, que condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas salientava a possibilidade da prisão preventiva.

Chega-se ao seguinte problema “A execução da pena em segunda instância, ainda que pendente de julgamento de recurso fere o princípio da presunção de inocência?”

A instituição constitucional garantidora do estado de não culpabilidade aquele que se encontra na posição de acusado, instituindo-o como sujeito de direitos, pressupõe, teoricamente, um impedimento ao cerceamento da liberdade do acusado, visto que, o transcurso do processo ainda não chegou ao fim, bem como, não se pode olvidar que porque a segunda instância julgou conforme a primeira, condenando o réu, não quer dizer que aquela condenação não possa ser reformada, sendo certo, o cabimento de outros recursos.

Essa visão está totalmente equivocada, além do mais, a CF/88 deixa bem claro, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas depois desse entendimento do STF, que mitigou a garantia

fundamental e relativizou o princípio da presunção de inocência, deu ensejo à antecipação da execução penal e interpôs a chamada presunção de culpabilidade.

É certo que essa jurisprudência não tem o condão vinculante, todavia, por ser um entendimento inovador, deve-se atestar presumidamente que esse entendimento será facilmente utilizado em nossos tribunais.

A presente pesquisa objetiva analisar a possibilidade da execução da pena em segunda instância, tomando-se por base o princípio da presunção de inocência e os posicionamentos jurisprudenciais adotados por um Estado Democrático de Direito.

Examinar-se-ão os princípios e garantias constitucionais estabelecidos na Constituição vigente, direcionando o estudo sobre o princípio da presunção de inocência capitulado no artigo 5º, inciso LVII da CF/88 e o seu papel desenvolvido no processo penal. Em um segundo momento, serão abordados os tipos de prisões cautelares atinentes ao processo penal. E por fim, serão analisados os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema abordado.

Com o fito de desenvolver um projeto com encadeamento lógico, serão abordados em seus capítulos, comentários sobre os direitos e garantias individuais e sobre a supremacia das normas constitucionais sobre todo ordenamento jurídico, bem como, comentários sobre os princípios processuais mais relevantes à seara penal, dando ênfase ao princípio da presunção de inocência. No segundo capítulo, serão abordados o conceito de prisão, seu fundamento constitucional e as espécies de prisões processuais, haja vista o seu caráter excepcional. Por fim, em seu último capítulo serão abordados os entendimentos majoritários da Corte Suprema – Supremo Tribunal Federal - sobre a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, analisando criticamente alguns argumentos utilizados pelo Pleno diante da apreciação do *habeas corpus* nº 126.292, que relativizou o princípio da presunção de inocência.

No presente trabalho utilizou-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas e em sites, incluindo jurisprudências dispendo sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal referente à temática abordada.

Diante dos breves esclarecimentos introdutórios e em face de ser um tema proferido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, pouco abordado pela doutrina, esforçar-se-á para transmitir o verdadeiro sentido dos princípios

fundamentais constitucionais em um Estado Democrático de Direito, diante da mitigação abordada no HC nº. 126292.

2 DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 é fruto de encadeadas lutas na busca da normatização democrática. Não é sem razão que Ulysses Guimarães a intitulou de Constituição cidadã¹, visto que seus textos buscam a efetiva realização da cidadania.

Os direitos e garantias individuais estão elencados no título II, subdivididos em cinco capítulos. A distinção entre direitos e garantias consiste naquele ser a existência normativa reconhecendo os interesses individuais do cidadão, enquanto este corresponde às vedações aos atos do Poder Público que vierem a atentar contra os interesses individuais reconhecidos pela norma.²

As garantias individuais surgiram da imperiosa necessidade de proteger a liberdade individual do cidadão em face da figura do Estado, sendo então, considerada uma disposição assecuratória em prol de um interesse que necessita de proteção.

Delmanto³ descreve que as garantias individuais não admitem interpretação restritiva, nem relativização, posto que elas sequer podem ser objeto de emenda constitucional, conforme enuncia o artigo 60, §4º, da CF/88, que em face de sua relevância são denominadas cláusulas pétreas. Adverte também, os perigos proporcionados pela relativização aos direitos e garantias fundamentais sob a perspectiva argumentativa de que “nada é absoluto”, uma vez que gera riscos a própria soberania do texto constitucional.

Tanto é, que o texto constitucional remete a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias individuais, considerando o seu grau de importância em defesa da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Na visão de Ada Pellegrini Grinover, as garantias constitucionais-processuais não são apenas normas benéficas às partes, sobretudo, visam conduzir os

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, pp.89-90.

² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: atlas, 2004, p. 47.

³ DELMANTO, Roberto Júnior; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado aos acusados no processo penal. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v.835, pp.444-5, mai.2005.

interesses públicos de acordo com o devido processo legal.⁴ Logo, a violação dessas disposições são atos meramente nulos ou juridicamente inexistentes.⁵

2.1 Supremacia das normas constitucionais

Prepondera sobre todo o ordenamento jurídico a supremacia da Constituição Federal, vez que as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com o texto magno.

O Direito Processual Penal, assim como os demais diplomas legais, submete-se ao teor disposto pelo Direito Constitucional, pois, segundo Mirabete “é na Carta Magna que se institui o aparelho judiciário, se regula o exercício da atividade jurisdicional, se definem as garantias individuais, se registram os casos de imunidade, etc.”⁶

Nucci aponta que ao haver conflito entre normas constitucionais, as destacadas pelo constituinte originário como cláusulas pétreas, incluindo-se nesta colocação a garantia da presunção de inocência adiante abordada, devem prevalecer diante de quaisquer outras normas expressas pela Constituição. Transmitindo-se, portanto, a ideia de que os direitos e garantias individuais são considerados axiologicamente superiores a outras normas constitucionais. Todavia, em hipóteses que decorram antinomia entre direitos e garantias, deve-se buscar uma solução pacífica e razoável ao caso em concreto.⁷

Destaquem-se os reflexos perpassados pela Constituição ao ramo do Direito Processual Penal, em especial, as normas que regulam a liberdade individual do cidadão, levando-se em consideração o indivíduo que é criminalmente acusado e em uma desarrazoada desproporção de forças fica a mercê do Estado.

Entender-se-á, a elevada importância conferida a Lei suprema do Estado referenciando o seu caráter garantista, uma vez que suas normas conduzem o sistema jurídico como um todo, bem como, protege os cidadãos de possíveis atos arbitrários praticados pela máquina estatal e seus agentes.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no processo Penal**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.29.

⁵ Idem, pp. 27-30.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2005, p.44.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo de execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp.65-8.

2.2 Princípios Constitucionais Processuais

A dimensão conferida aos princípios denota a revolução na teoria constitucional, visto que rompe com o Estado de Direito baseado exclusivamente na produção normativa do Poder Legislativo (positivista), para alicerçar-se em um Direito principiológico, cuja finalidade consiste em diminuir a disparidade entre a norma positivada e a justiça.

Os princípios constitucionais são parâmetros que orientam o ordenamento jurídico quando da elaboração, hermenêutica e aplicação das normas, conferindo unidade e coerência ao sistema normativo.⁸

Para Paulo Rangel “os princípios que regem o direito processual constituem o marco inicial de construção de toda dogmática jurídico-processual”⁹. Informa, ainda, que inúmeras vezes esses princípios solucionam determinados problemas que surgem no curso processual criminal.¹⁰

Os princípios constitucionais processuais mais relevantes à seara penal são: princípio do devido processo legal, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio do juiz natural, princípio da publicidade, princípio da verdade real, princípio da vedação das provas ilícitas, e por fim, o princípio da presunção de inocência.

2.2.1 *Princípio do devido processo legal*

Consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal elenca que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por ser considerada uma garantia fundamental individual inerente ao cidadão, transmite a impossibilidade de uma privação de liberdade ou de bens sem que ocorra um processo regularmente estabelecido nos termos da lei.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.10-13.

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. rev. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1.

¹⁰ Ibidem.

Nas palavras de Couture “*O due of process law* consiste no direito de a pessoa não ser privada da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que a lei estabelece”.¹¹

O processo é o instrumento pelo qual o Estado-juiz presta a tutela jurisdicional seguindo o sistema normativo e os princípios.

Na concepção de Alexandre Moraes¹² o devido processo legal possui como corolário o contraditório e a ampla defesa, que serão assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

Para Nucci¹³ o devido processo legal relaciona-se com uma série de direitos e garantias fundamentais que constitui o caminho a ser seguido pelo Estado Democrático de Direito.

Em concordância Tourinho Filho:

O devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do Julgador, direito às vias recursais, proibição de *reformatio in pejus*, respeito à coisa julgada (*ne bis in idem*), proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade.¹⁴

Considerar-se-á esse princípio como o assegurador da persecução processual penal, vez que dele decorrem outros princípios, que se forem seguidos à risca, evitarão o cometimento de irregularidades processuais, violência e constrangimento ilegal.

Para Nucci¹⁵, o devido processo legal deve ser observado sob dois aspectos, quais sejam, o aspecto material, que liga-se diretamente ao Direito Penal, posto que ninguém deve ser processado senão por crime anteriormente previsto e definido em lei, bem como, observando outros princípios penais relevantes que correspondem as garantias contra acusações infundadas por parte do Estado. E sob o aspecto processual, vincula-se diretamente, a possibilidade do acusado produzir provas,

¹¹ J. COUTURE. 1941 *apud* TOURINHO FILHO. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p.26.

¹² MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo. Atlas. 2005, p. 93.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: 2016, p. 33.

¹⁴ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 26.

¹⁵ Idem, p.96.

apresentar sua defesa, demonstrar ao juiz a sua inocência, além do órgão acusador, que representa a sociedade no geral, convencer o magistrado através de meios legais, por óbvio, a validade de sua pretensão punitiva.

O processo é a via legal, pela qual, em decorrência do princípio do devido processo legal a parte tem os seus direitos individuais resguardados frente ao Estado.

2.2.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa estão ligados, principalmente, ao aspecto probante no processo, pois, manifesta-se à medida que os litigantes apresentam e requerem as provas, inclusive, no que condiz ao resultado.

2.2.2.1 Do contraditório

Garantia fundamental da justiça e essencial ao processo penal, permite a parte tomar conhecimento dos fatos a ela imputados, bem como, a oportunidade de se defender contraditando a acusação. Evita, que o acusado seja condenado sem saber sobre a acusação e sem ser ouvido.

Corroborando esse entendimento Nery Jr:

[...]o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.¹⁶

Verifica-se que o contraditório, acolhe o direito a informação, no momento em que a parte é cientificada do processo; o direito a participação no processo, no que diz respeito a produção probatória, e por fim, o direito a argumentação, quando o acusado transmite a sua defesa.

Em determinados casos, o contraditório não pode ser exercido num primeiro momento, a exemplo da interceptação telefônica regulada pela Lei nº 9.296/96, e

¹⁶ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 122.

quando há quebra de sigilo bancário, não havendo, portanto, o prévio conhecimento por parte do acusado. Não obstante, o conhecimento das provas colhidas durante a fase investigatória, o prazo para contestar a acusação e a produção de novas provas serão garantidas ao investigado posteriormente.

2.2.2.2 Da ampla defesa

Segundo as afirmações de Moraes¹⁷, ampla defesa consiste no “[...] asseguração que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”. Logo, esse direito de defesa permite ao acusado ser ouvido perante as audiências marcadas pelo judiciário; acompanhar os atos processuais; consente o direito em ser entrevistado por um advogado e até mesmo de permanecer em silêncio, caso assim prefira.

O Estado tem o dever de oferecer ao acusado as devidas condições de defesa, além de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não têm condições de prover sem prejuízo de seu próprio sustento, conforme enuncia o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição¹⁸.

Nucci¹⁹ assevera em suas lições:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação pela força estatal.

Este princípio confere ao acusado o privilégio de agir em sua defesa, contra o que viole direta ou indiretamente seus direitos, exprimindo assim, a segurança concedida pelo Estado de trazer aos autos do processo todos os elementos que justifiquem a defesa, desde que permitidos em lei.

¹⁷ MORAES, 2005, p.93.

¹⁸ Art. 5º, [...], op. cit. LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

¹⁹ NUCCI, op. cit., p. 36.

Destaca-se a diferença trazida por alguns doutrinadores entre o princípio da ampla defesa elencado no artigo 5º, inciso LV e o princípio da plenitude de defesa previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, ambos da Constituição Federal, posto que, em processos criminais comuns assegura-se a ampla defesa, enquanto, o princípio da plenitude de defesa corresponde aos processos tramitados perante o Tribunal do júri.

Demonstrando essa linha de raciocínio as lições de Nucci²⁰:

Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurado a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e do outro uma defesa eficiente. Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do acusado, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana.

O exercício desta garantia merece destaque quando se remete aos processos do júri, visto a desvantagem do réu perante esse Tribunal, “que fará o julgamento sem a fundamentação inerente as decisões do Poder Judiciário e possuindo, contra si, a atuação do Estado-investigação (inquérito) e do Estado-acusação (instrução e plenário), sempre com maior poder e amplas possibilidades de produção de provas com o indivíduo”²¹

2.2.3 Princípio do duplo grau de jurisdição

Os homens são passíveis de erros, por isso, o Estado criou órgãos jurisdicionais superiores para reverem em grau de recurso, as decisões dos juízes de primeiro grau, pressupondo-se que a partir dessa nova apreciação, reduza a possibilidade de erro judiciário e eventuais injustiças.

A Constituição Federal não prevê expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, todavia, “Decorre ele da própria estrutura atribuída ao Poder Judiciário,

²⁰ Idem, p. 37

²¹ Ibidem.

incumbindo-se a Constituição, nos arts. 102, II, 105, II e 108, II, de outorgar competência recursal a vários órgãos da jurisdição [...]”²².

Verifica-se também, que o §2º do artigo 5º da CF/88 dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais a que o Brasil seja signatário, levando em consideração o Pacto São José da Costa Rica (art. 8, item 2, h, do Dec. nº 678/92).

2.2.4 Princípio do juiz natural

Previsto no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, dispondo que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Este dispositivo garante a existência prévia e imparcial de um órgão julgador, evitando-se os intitulados tribunais de exceção.

Garantia indispensável ao devido processo legal, de forma a constatar a imparcialidade do judiciário e a segurança jurídica diante do poder de punir do Estado.

Segundo Capez²³:

Significa dizer que todos têm a garantia constitucional de serem submetidos a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas no Texto Constitucional. Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade.

A dupla garantia, no que se refere aos tribunais de exceção e de subtração da causa ao tribunal competente, segundo Fernando Scarance²⁴, divide-se em três, senão vejamos:

[...] só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição Federal; ‘ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato’ e ‘entre juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

²³ Ibidem.

²⁴ FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 135.

exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Mister observar o artigo 564, inciso I, do CPP, que prevê a nulidade dos atos praticados por juiz incompetente. Ressalte-se que em observância ao ponto de vista de Nucci²⁵ “[...] que eventuais alterações de competência, válidas para todas as pessoas, não possam ser imediatamente incorporadas e aplicadas”, visto que consistem em juízos de exceções ao princípio do juiz natural previstos na Lei de organização judiciária e no Código de Processo Penal.

Evita-se, portanto, a criação de tribunais de exceções que não respeitem os princípios correlacionados ao devido processo legal, que a depender de seu momento histórico de constituição utilizem métodos processuais em seus julgamentos não correspondentes as normas vigentes.

2.2.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade encontra-se respaldado no art. 5º, inciso XXXIII, e art. 93, IX, ambos da Constituição Federal, senão vejamos:

Art. 5º, [...]

XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Art. 93º, [...], LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Constitui garantia individual que estabelece, em regra, a publicidade dos processos independente da área jurídica, com o fito de evitar abusos por parte dos órgãos julgadores, facilitando assim, o controle sobre o Ministério Público e o Judiciário.

Pode-se afirmar que a regra é a publicidade e a exceção o sigilo enunciado no inciso LX, do art.5º da CF, posto que, havendo interesse social ou intimidade, o acesso aos autos do processo e os atos processuais serão limitados pelo juiz, apenas, as partes envolvidas.

²⁵ NUCCI, op. cit., p. 39.

Na mesma linha, segue o art. 201, §6º do CPP, ao declarar que o juiz deverá tomar as providências necessárias a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do acusado, podendo determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos, com o fito de evitar a exposição.

Nucci²⁶ evidencia dois aspectos que compõem o princípio da publicidade:

A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa. A segunda situação é o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica.

A regra geral do princípio da publicidade encontra-se correlacionado a harmonia perante o sistema acusatório e aos interesses da sociedade, prestando aos cidadãos a transparência da atividade judiciária.

2.2.6 *Princípio da verdade real*

O *jus puniendi* deve ser dirigido aquele que cometeu fato criminoso, diante dessa afirmação, corresponde ao Processo Penal averiguar e descobrir a verdade real, para então fundamentar a sentença. Ou seja, trata-se de um princípio que abstrai uma verdade do fato, face a impossibilidade de extrair uma concepção exata da conduta criminosa.

Segundo Nucci:²⁷

Diante disso, jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecimento no plano real. Tem, isto sim, o magistrado uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve.

Para Tourinho Filho²⁸:

²⁶ NUCCI, op. cit., p. 42.

²⁷ Idem, pp. 56-59.

²⁸ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 17.

[...] mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de "verdade processual" ou "verdade forense", até porque, por mais que o Juiz procure fazer uma reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma "falsa verdade real"; por isso mesmo Ada P. Grinover já anotava que "verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele" (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, RF, 347/6).

Verifica-se que a verdade real é promovida mediante as provas colhidas durante a instrução criminal que proporciona o convencimento do juiz, embora, em muitas vezes não corresponda à realidade dos fatos.

2.2.7 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

No decurso do processo, autor e réu objetivam provar suas alegações para o convencimento do juiz a seu favor. Ressalte-se que em matéria criminal, o ônus da prova cabe a quem alega, considerando o princípio da presunção de inocência. Não obstante, além de a defesa constituir suas provas, pode o juiz de ofício determinar a realização de provas que assim entenda necessário, tendo como base legal o artigo 156 do Código de Processo Penal.

O princípio veda a obtenção das provas por meios ilícitos, conforme preceitua a Carta Magna em seu art. 5º, inciso LVI, da CF/88. Seu objetivo é evitar que elementos ou meios de prova vedados pelo ordenamento jurídico integrem o processo e sejam considerados pelo magistrado em seu julgamento.

Destaca Pacelli²⁹:

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura *fundante* do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

O artigo 157 do CPP determina a inadmissibilidade das provas ilícitas devendo ser desentranhadas do processo quando entendidas por violadoras do direito material ou dos princípios constitucionais.

²⁹ PACELLI, 2013, p. 52.

Além das provas ilícitas, há também as chamadas provas ilícitas por derivação, inspirada no direito norte-americano que criou a teoria dos frutos árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) teoria positivada no direito brasileiro, precisamente no art. 157,§1º, do CPP, dispõe que:

Art. 157 [...]

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das provas ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Em hipóteses como esta, as provas devem ser afastadas do processo, sem que haja prejuízos ao andamento do processo, nem que o conteúdo destas provas influenciem nas decisões.

2.3 Princípio da presunção de inocência

Para que haja melhor percepção sobre o que é presunção de inocência, no que refere a sua terminologia e seus limites dentro do processo penal, não é suficiente entender apenas o que ele significa, pois se faz imprescindível abordarmos os pontos históricos mais relevantes que foram de suma importância para desenvolver sua definição.

Assim como elucida Maurício Zanoide de Moraes³⁰, é analisando as matrizes históricas de uma norma que possibilita a extirpação das razões de sua atual relevância e obstruir conflitos sobre sua existência.

Dessa maneira será analisado no presente capítulo os principais marcos históricos que colaboraram para a construção da presunção de inocência, bem como sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.1 Aspectos históricos sobre o princípio da presunção de inocência

Alguns doutrinadores apontam o nascedouro do princípio da presunção de inocência na legislação da antiga Grécia e no Direito Romano, conforme evidencia o escrito do Imperador Trajano cujo teor dispõe “*satius esse impunitum relinqui facinus*

³⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25.

*nocentis, quam innocentem damnare*³¹, bem como, os brocardos medievais “*affirmanti non neganti incucumbit probatio*”³² e “*actore non probante reus absolvitur*”³³, de modo a afirmarem que este teve sua origem no direito romano, através da regra do *in dubio pro réu*.³⁴

Todavia, esse princípio foi seriamente atacado e teve o seu sentido invertido na baixa Idade Média, tendo em vista que a dúvida ocasionada pela falta de provas já era considerada como uma semiprova, equivalendo, portanto, a um juízo de semiculpa, ou seja, uma presunção de culpabilidade.

Entre o século XII e o final do século XVIII, o continente europeu se caracterizou pela proeminência do poder estatal frente à liberdade individual de seus cidadãos, uma vez que o poder de instrução, acusação e julgamento concentrava-se nas mãos do Estado-juiz, e não havia garantias frente aos seus excessos.

Neste período denominado inquisitorial o processo penal se reportava de forma escrita, secreta e sem a presença do contraditório e o imputado era visto como culpado. Nesta linha aponta os escritos de Bento³⁵ “esse procedimento de se presumir, mesmo antes da instrução, que o cidadão é considerado culpado, é uma das principais características da Inquisição”.

Entretanto, apesar deste *iter* percorrido, a doutrina majoritária entende que a consagração do princípio da presunção de inocência se deu em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo 9º previa em seu texto que “todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário, deve ser severamente reprimido por lei”³⁶.

Em face dessa positivação, outros diplomas jurídicos internacionais introduziram ao corpo de seu ordenamento tal garantia, posto que surge uma nova perspectiva ao processo criminal, alterando a então existente presunção de culpabilidade.

³¹ “É melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente”.

³² “Ao que afirma, não ao que nega, incumbe a prova”.

³³ “(Se) o autor não prova, o réu é absolvido”. (grifei)

³⁴ FERRAJOLI, 2006, p. 576.

³⁵ BENTO, op. cit., p. 32.

³⁶ No original: “Tout homme étant presume innocent, s’il este jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur que ne serat pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être severement reprimée par la loi”

Passado o período das guerras mundiais, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 positivou a garantia da presunção de inocência em seu artigo XI, *ipsis litteris*:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que 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.

Na Declaração da ONU foram inseridas, além da garantia da presunção de inocência, a garantia processual da publicidade, bem como, em decorrência do sistema acusatório a necessidade do acusado apresentar sua defesa. Desse modo, prevalece à inocência presumida do acusado, até o ponto de que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei.

Como o próprio nome dispõe a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, não possui força coativa, e nesse contexto, a existência de um pacto cujo teor poderia ser exigido era de grande valia. Posto isso, em 16 de dezembro de 1966, estabeleceu-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que em seu artigo 14 prevê que toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente declarada sua culpa.

Ademais a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica de 1969) também previu em seu corpo textual a garantia da Presunção de inocência dispondo em seu artigo 8, inciso II, 1ª parte: toda pessoa a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

A *posteriori*, o Congresso Nacional Brasileiro aprovou o referido Pacto através do Decreto Legislativo de nº 27 em 26 de maio de 1992, tendo sido promulgado através do Decreto de nº 678 em 06 de novembro de 1992.

Destarte, em razão do disposto no artigo 5º, §2 da Constituição Federal Brasileira, cujo teor declara o status de norma constitucional para os direitos e garantias decorrentes de “tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte”, demonstrou que a garantia da presunção de inocência passou a integrar o sistema jurídico brasileiro.

Nesse contexto afirma Bento:³⁷

³⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartir Latin, 2007, p.48.

O princípio da presunção de inocência está contemplado em toda sua amplitude em nosso Ordenamento Jurídico, ressalte-se, em nível constitucional, tendo sofrido uma contribuição fundamental pelo Pacto de São José da Costa Rica”.

Em continuação, o citado autor declara:³⁸

Inegável que a presunção de inocência passou a ter uma amplitude maior com a ratificação do Estado brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em vigência internacionalmente desde 18 de julho de 1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

As garantias dos direitos do homem decorrentes da Revolução Francesa invadiram as Constituições democráticas, o que fez evidenciar um profundo progresso quanto aos direitos fundamentais. E ainda que em algumas Constituições não se encontre expressamente a garantia da presunção de inocência é reconhecida implicitamente, posto que derivam de outras garantias processuais, a exemplo do devido processo legal, ou então, através das normas recepcionadas de direitos fundamentais reconhecidas nos diplomas internacionais em forma de Convenções e Tratados.

2.3.2 O embate jurídico das escolas penais italianas sobre presunção de inocência ou de não culpabilidade

A terminologia presunção de inocência sempre foi centro de grandes críticas, trazendo variadas interpretações conforme o entendimento de cada momento histórico.

No período do século XIX, havia enormes divergências entre os pensadores dos ideais iluministas formadores da Escola Clássica contra os pensadores da Escola Positivista que defendia um sistema criminal com maior severidade direcionado à defesa social em prejuízo dos direitos individuais.

Um dos representantes da Escola Clássica foi Francisco Carrara³⁹, que exaltou a presunção de inocência como uma garantia processual, para ele o Estado deveria dar preferência à tutela dos direitos individuais do acusado, a fim de impedir

³⁸ Idem, p.49.

³⁹ CAMARGO, Monica Ovinski de. op. cit., p. 34.

que o processo penal permanecesse sendo utilizado como mecanismo de poder dos magistrados.

Entretanto um dos pensadores da Escola Positivista Enrico Ferri⁴⁰ considerava absurda o preceito de presunção de inocência, pois eram necessárias provas contundentes sobre a inocência do acusado para que este fosse absolvido.

Uma das críticas mais destacadas sobre a presunção de inocência partiu do representante da Escola Técnico-Jurídica o pensador Vincenzo Manzini⁴¹ que achava a terminologia presunção de inocência incongruente, no qual se presume a aplicação da culpa e não o oposto, pois se assim fosse não havia sentido processar o acusado. Desse modo entende-se que o processo penal é o instrumento que busca comprovar por meio de normas técnicas a culpa, motivo pelo qual era opositor à presunção de inocência do acusado.

Na doutrinação mais atual, alguns pensadores como Mirabete⁴² acreditam que a terminologia mais correta é “presunção da não culpabilidade”, em razão da Constituição não elucidar o termo *inocência*. E por essa razão não se fundamenta a utilização do termo presunção de inocência.

Seguindo o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho analisamos que:

[...] na leitura da expressão “presunção de inocência” há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.⁴³

Nesse diapasão o autor entende que a presunção de inocência dispõe de natureza política relacionada à importância da liberdade.

Com base nos ensinamentos de Girolamo Bellavista⁴⁴ a presunção de inocência não seria um procedimento lógico executado pelo juiz e sim uma pretensão de cunho jurídico voltada ao papel judicial. Não existindo dessa maneira

⁴⁰ FIGUEIREDO, Igor Nery. op. cit., p. 52.

⁴¹ Idem, pp. 52-53.

⁴² MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

⁴³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção**. Op. cit., p. 128.

⁴⁴ BELLAVISTA, Girolamo. *apud*. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 188.

qualquer dicotomia entre presunção de não culpabilidade e presunção de inocência, ou seja, quando não é estimado inocente, se é estimado como culpado.

2.3.3 O Princípio da presunção de inocência no Brasil

Há vários posicionamentos doutrinários quanto à admissão deste princípio no Direito Pátrio. Para Gomes Filho⁴⁵ apesar das Constituições anteriores a de 1988 não referenciarem o princípio da presunção de inocência, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 introduziu ao país, vez que o rol de direitos e garantias previstos na Constituição Federal não eram evidenciado taxativamente.

Em contraponto, Figueiredo⁴⁶ salvaguarda que este princípio não existira anteriormente a Constituição Brasileira de 1988, visto que, imperava a regra da prisão processual. Conquanto, Tourinho Filho⁴⁷ enuncia que, embora o princípio precisasse integrar o ordenamento pátrio em face da adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos, não era honrado já que imperava a prisão preventiva compulsória até 1967, não se permitindo ao imputado apelar em liberdade.

A presunção de inocência além de ser garantia fundamental do cidadão é princípio preponderante insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 cuja redação dispõe “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.⁴⁸

Destina-se tanto ao imputado na fase do inquérito policial quanto no decurso do processo criminal, no qual será garantido o status de inocente. Insta salientar que esta garantia se estende ao estrangeiro residente no Brasil ou turista, que venha a ser processado ou investigado no país.

Outro ponto salutar, é que este princípio tem o condão de obstar a produção legislativa baseada em arbitrariedades quanto à culpabilidade e a criminalização do acusado, haja vista, estar expressa em nossa Lei Maior.

Deve-se tecer comentários sobre os seus limites dentro do sistema jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição adota o termo “ninguém”, dando margem interpretativa, como acima justificado, de que não é necessário ter qualidade

⁴⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 128.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Igor Nery. op. cit., p.51.

⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 69-70.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. “Acesso em: 23/02/16.”

específica para ser agraciado por esta garantia em face de qualquer tratamento abusivo, inclusive, sendo este menor de idade, acometido por doença mental ou retardo.

Igualmente, sua redação enseja discordâncias doutrinárias, tendo em vista, a negatividade que transpassa o sentido redacional, vez que se depreende uma não culpabilidade do agente até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não a prevalência da inocência propriamente dita.

Embora, o texto enuncie uma “presunção de não-culpabilidade até o trânsito da sentença penal condenatória”, é certo, que essa distinção gera incongruências, e conseqüentemente, acarreta a diminuição de sua finalidade já consolidada historicamente, assim, alguns doutrinadores acertadamente refutam essa distinção semiótica. Nesse diapasão, segue Vilela⁴⁹:

[...] fazer a distinção entre presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade, revela-se contraproducente, pois retira-se o significado determinativo, favorecendo, assim soluções arbitrárias no plano aplicativo.

O que se deve ter em mente é que independente da formulação redacional, a garantia encontra-se retratada em nossa Carta Magna, e seu conteúdo contempla indistintamente a todo acusado que esteja em trâmite processual criminal.

Em face de sua notória importância, pretende-se desnudar o três sentidos conferidos ao princípio da presunção de inocência. Nesse diapasão Moraes afirma:

[...] a concepção de presunção de inocência, sob a perspectiva constitucional de um âmbito de proteção amplo, compreende um significado de “norma de tratamento”, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados como “norma de juízo” e como “norma probatória”, estes últimos mais ligados a matéria probatória.⁵⁰

Ou seja, em um primeiro momento, revela-se o diferenciado tratamento que vem a favorecer o imputado, a começar das fases preliminares de investigação até o julgamento em instâncias superiores, devendo ser resguardados como se inocentes fossem, até a prolatada decisão penal irrecorrível.

⁴⁹ BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constitucionais do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15.

⁵⁰ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. Tese (Livro Docência). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 456.

O segundo sentido aplicado abarca a regra probatória, cuja máxima latina percussora é o *in dubio pro reo*. Isto é, em havendo dúvidas quanto à autoria do crime ou quando não houverem demonstrado a autoria, materialidade e culpabilidade indicadas na denúncia, haja vista que o órgão acusador imputa fato criminoso, têm, portanto, o dever de corroborar as suas afirmações.

Neste espedeque, deve-se ter em mente a inversão do ônus da prova, visto que, o ônus de provar o fato cabe aquele que o alega. Em consonância ao sobredito, segue as lições do ilustre Canotilho⁵¹:

[...] isso significa que quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e essas restrições pressuponham a existência de determinados fatos acoplados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito.

Em terceiro e último sentido abarcado pelo princípio da presunção de inocência, remete-se a garantia contra os abusos advindos do Estado como ente Público que possui o poder de punir (*jus puniendi*). Assim sendo, o imputado não pode ser objeto das arbitrariedades cometidas pelo Estado que enclausura boa parte da sociedade brasileira, principalmente a classe economicamente desfavorecida.

2.3.4 Considerações sobre a natureza jurídica do Princípio da Presunção de Inocência

No que concerne à natureza jurídica do princípio de presunção de inocência observamos os ensinamentos de Carvalho⁵² no qual este diferencia entre princípio processual-constitucional e princípio constitucional sobreposto ao direito processual. Ao passo que aquele surge dentro do processo, e em virtude de sua relevância, passa a integrar a Constituição, este último aparece inicialmente nas Cartas Constitucionais para em seguida desdobrar-se sobre o direito processual.

Nesse diapasão elucida Aury Lopes⁵³ que o princípio da presunção de inocência não necessita estar positivado, sendo preceito para a natureza do ser

⁵¹ CANOTILHO, 2004, p. 174.

⁵² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

⁵³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e a sua conformidade Constitucional**. vol. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 191.

humano. Neste sentido Nucci⁵⁴ afirma que, os princípios constitucionais caracterizam certa disposição que serve como sustentáculo para a compreensão e o cumprimento da norma. O princípio de presunção de inocência para o autor já era concebido pelos processualistas e já eram empregados na prática antecedentemente a sua constitucionalização.

Portanto o princípio da presunção de inocência não esta relacionada apenas para garantir a liberdade do cidadão, tem caráter de proteção, no qual o Estado concede uma garantia em combate ao arbítrio punitivo.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

3 DA PRISÃO PROCESSUAL

3.1 Conceito de prisão

É a privação de liberdade, cerceando o direito de ir e vir do indivíduo através de seu recolhimento ao cárcere.

Enquanto o Código penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo ao condenado, o Código de processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

No decorrer da persecução criminal, é possível o encarceramento do réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, contudo, por ser medida excepcional, deve ser previamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, compreendidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do acusado é um mal a ser evitado. Surge então, a prisão sem pena, também denominada por prisão processual, provisória ou cautelar, baseadas no âmbito da excepcionalidade, uma vez que, a regra é que a prisão só ocorra com a sentença definitiva, diante da previsão no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, posto que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

3.1.1 Fundamento constitucional da prisão

Com o preceito insculpido no art. 5º, LXI, da CF/88, cujo teor dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. A regra é clara, para que haja prisão no Brasil é necessário haver decisão de magistrado competente, escrita e motivada, ou decorrida de flagrante.

3.2 Espécies de prisão processual

Em face de determinadas situações que ocorrem durante a persecução criminal, entende-se a necessidade de aplicar medidas excepcionais que visam garantir a investigação de um fato ou assegurar a execução da sanção penal, tendo em vista, que o objetivo dessas prisões é salvaguardar situações que possam modificar no decurso do processo.

Assevera Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho⁵⁵:

O processo, por sua própria natureza, é uma atividade que se desenvolve em determinado tempo; ainda que pudesse imaginar um mecanismo ágil e totalmente imune a procrastinações, sempre restaria um inevitável espaço

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **As nulidades do processo penal**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 331.

temporal entre o pedido formulado e a correspondente resposta jurisdicional.

As medidas constritivas, portanto, objetivam garantir a originalidade dos fatos apresentados no início ou no decorrer do processo. Por isso, podem incidir sobre o patrimônio, meios de prova e em face da liberdade do agente, com o fito de evitar prejuízos à prestação jurisdicional.

A prisão processual, portanto, tratar-se-á de prisão não definitiva, tendo como espécies: a prisão temporária; a prisão em flagrante; a prisão preventiva; a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

3.2.1 Prisão temporária

É uma modalidade de prisão cuja finalidade é assegurar a eficácia da investigação policial, quando referir-se a apuração de infração penal de natureza grave.

Nas lições de Mirabete⁵⁶, a prisão temporária é “uma medida acauteladora, de restrição de liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinado a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

Prevista na Lei 7.960/89, há situações que a autorizam, quais sejam, a primeira diz respeito à imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, ou quando associada ao fato de haver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação nos crimes de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, entre outros. A outra hipótese de cabimento se dá quando o acusado não tenha residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Não justifica a decretação da prisão temporária porque o inciso I “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”⁵⁷ foi preenchido, visto que implicaria na prisão temporária de qualquer delito, inclusive os de menor potencial

⁵⁶ MIRABETE, op. cit., p. 392.

⁵⁷ Art. 1º, inciso I, da Lei 7.960/89.

ofensivo desde que imprescindíveis a investigação policial. Nem há lógica em decretar a prisão de alguém porque não tem residência fixa ou não é corretamente identificado. O que se faz pertinente, portanto, é a combinação dessas duas hipóteses com os crimes enumerados no inciso III, da lei ou de outras leis especiais, de natureza grave, para que justifique o encarceramento cautelar do acusado.

O prazo estipulado em lei para a prisão temporária, em regra, é de cinco dias, podendo ser prorrogado por igual período desde que comprovada à necessidade. No que tange aos crimes hediondos e equiparados, em regra, o prazo é de trinta dias, prorrogáveis por igual período. Não havendo a possibilidade da decretação da prisão temporária *ex officio* pela autoridade judiciária, deve haver requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial.

Findo o prazo estipulado pelo magistrado, deve o acusado ser, imediatamente, liberado pela autoridade policial independentemente da expedição de alvará de soltura, conforme expressa a Lei. Caso contrário, configura-se abuso de autoridade, salvo se decretada a prisão preventiva.

3.2.2 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante, resumiu-se na restrição de liberdade imposta ao acusado independente de ordem escrita e fundamentada do magistrado, a quem for flagrado cometendo um delito, ou logo após tê-lo cometido.

Nas palavras de Nucci⁵⁸:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção).

Salienta-se que essa modalidade de prisão independe de mandado de prisão expedido pela autoridade judiciária, compreendendo assim, sua natureza administrativa, posto que seria ilógico, a autoridade policial ou qualquer do povo ver um crime desenvolvendo-se diante de sua frente e necessitasse de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária para deter o autor da infração.

⁵⁸ Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev, atual e amp. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 545.

O realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso que houver incidido, e conseqüentemente, por ter sido realizada sem mandado, está sujeita a avaliação do magistrado que ao vislumbrar ilegalidade deverá relaxá-la de imediato.⁵⁹

Com a reforma implementada pela Lei 12.403/11, tornou-se obrigatório ao magistrado no momento de recepção do auto de prisão em flagrante, relaxar a prisão se entendê-la como ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, caso estejam presentes os requisitos necessários desta ou se entender inadequadas às medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP; ou então, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Assevera Nucci⁶⁰:

Portanto, não há mais espaço para que o juiz simplesmente mantenha a prisão em flagrante, considerando-a “em ordem”. Ele deve convertê-la em preventiva ou determinar a soltura do indiciado, por meio da liberdade provisória.

Saliente-se que a única hipótese de se manter o acusado aprisionado tendo por base a prisão em flagrante, decorre da revogação da liberdade provisória pelo não cumprimento de suas condições.

Há casos em que a prisão é realizada, mas o auto de prisão não precisa ser formalizado, como nas infrações de menor potencial ofensivo de alçada dos Juizados Especiais Criminais, conforme preceitua a Lei 9.099/95 em seu art.69, parágrafo único.

3.2.2.1 Espécies de flagrantes

O Código de Processo Penal em seu artigo 302⁶¹ evidencia três espécies de flagrantes, quais sejam, flagrante próprio ou real (art. 302, incisos I e II, CPP) momento em que o agente está cometendo o crime ou acaba de cometê-lo;

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. “Acesso em: 23/02/16.”

⁶⁰ Idem, p. 546.

⁶¹ BRASIL. **Código de processo penal**. 1941. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10653415/artigo-302-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. “Acesso em: 25/05/16”.

flagrante impróprio (art. 302, inciso III, CPP) momento em que o agente é perseguido, logo após, pelo ofendido, por qualquer pessoa ou pela autoridade policial, em situação que o faça presumir ser o autor do crime; e flagrante presumido (art. 302, IV, CPP) quando o acusado é encontrado, logo depois de ocorrido o fato, com objetos que o façam presumir ser o autor do crime.

A doutrina apresenta outras espécies de flagrantes, como o flagrante preparado ou provocado, em que o acusado é induzido a cometer um ilícito penal, com o intuito de efetivar a sua prisão. Todavia, o Código Penal dispõe sobre a impossibilidade de efetivação do crime, constituindo-o como crime impossível em seu artigo 17⁶², bem como, o entendimento pacificado que gerou a súmula nº 145 pelo STF “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”⁶³.

O flagrante forjado ocorre quando um terceiro produz uma prova que não existe para incriminar o acusado e realizar a sua prisão. O flagrante esperado, por sua vez, ocorre quando a autoridade policial espera o fato criminoso ocorrer, não há instigação ou induzimento para o fato criminoso se consumir. Segundo Capez⁶⁴ “a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação”.

O flagrante diferido ou retardado constitui na possibilidade da autoridade policial postergar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores informações sobre os componentes e a atuação de uma organização criminosa.

3.2.3 Prisão preventiva

Nucci⁶⁵ assevera que a prisão preventiva “trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.”

O artigo 311 do código de Processo Penal enuncia que este tipo de prisão pode ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, diante

⁶² Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200. “Acesso em: 25/05/2016”.

⁶⁴ CAPEZ, op. cit., p. 223.

⁶⁵ NUCCI, op. cit., p. 564.

da representação da autoridade policial, de requerimento do Ministério Público, de querelante ou de assistente, podendo o juiz decretá-la de ofício, apenas no curso da ação penal.

A lei não prevê prazo determinado para sua duração, à regra, é que perdure até o momento em que findarem os motivos determinantes de sua decretação, bem como, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, uma vez que, está-se diante da prisão pena. Certo, é respeitar a razoabilidade de sua duração, não podendo ultrapassar os limites de sua efetiva necessidade, já que a sua finalidade é assegurar o bom andamento da instrução criminal.

A lei 12.850/13, no parágrafo único do artigo 22, menciona que:

A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

Os tribunais brasileiros adotam o princípio geral da razoabilidade, em que não há prazo fixo para o término da instrução, dispondo que os prazos fixados são impróprios, o que não ocasiona sanção se for descumprido, mas não significa que ultrapassá-los, sem que haja justificativa razoável, possa manter o acusado indefinidamente preso.

3.2.3.1 Requisitos para a decretação da prisão preventiva

Para que haja a decretação da prisão preventiva são necessários três requisitos: prova de materialidade da existência do crime; indícios suficientes de autoria e uma das hipóteses descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, a saber, garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

A prova da existência do crime, nada mais é, do que a certeza materializada de que ocorreu uma infração penal, pois, não se pode determinar o recolhimento de uma pessoa presumidamente inocente, quando há dúvidas quanto a existência de um fato típico.

O indício suficiente de autoria é a suspeita de que o indivíduo é o autor da infração. Não se exige, portanto, prova plena de autoria do crime, mas que

apresente boas razões para que haja a restrição cautelar da liberdade do agente, como prevê o artigo 239 do CPP, que permite através do conhecimento de um fato, o juiz atinja por indução, o conhecimento de outro com maior amplitude. Compactua desse entendimento Gomes Filho⁶⁶, ao afirmar que o indício suficiente é “um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação”.

A garantia da ordem pública, por sua vez, elenca uma hipótese ampla de interpretação da necessidade de prisão preventiva, entendida como a indispensabilidade de manter a ordem na sociedade, haja vista, que na presença de um fato delituoso, esta repercute em reflexos negativos e sentimento de insegurança, cabendo então, ao judiciário decretar o recolhimento do transgressor.

Embora não haja definição prevista em lei do que seria a ordem pública, pode ser vislumbrada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração, mais a repercussão social e a periculosidade do agente. Assim, visa resguardar o meio social impedindo o acusado de cometer novos crimes, além de demonstrar, ante o sentimento de repulsa da sociedade em face da gravidade do delito, a boa reputação da justiça.

A garantia da ordem econômica visa alcançar os agentes causadores de grandes abalos econômico-financeiros. Nas lições de Nucci⁶⁷:

Equipara-se, o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, na medida em que o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples roubo contra um indivíduo qualquer. Assim, continua-se contando com os elementos já descritos: *gravidade do delito; repercussão social; periculosidade do agente, particular modo de execução; envolvimento com organização criminosa*, de maneira a garantir que a sociedade fique tranquila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível de muitos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público.

Essa circunstância, leva em consideração a dimensão da lesão ocasionada aos cofres públicos e a repercussão social, portanto, a relevância da atuação do Judiciário nesses casos.

A conveniência da instrução criminal visa garantir o regular andamento do processo. Ou seja, no momento em que o acusado ameaça a regular atividade

⁶⁶ GOMES FILHO, 2001, p.223.

⁶⁷ NUCCI, op. cit., p. 571.

processual, com o fito de descaracterizar o crime, essa circunstância instrumental incide, pois resta configurado o *periculum libertatis*. Para Aury Lopes Jr.:

O *periculum libertatis* estaria configurado quando a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do feito estiverem em risco, em virtude de ameaças ou constrangimentos às testemunhas, vítimas e peritos, bem como em caso de destruição ou alteração do local do crime.⁶⁸

A prisão provisória com base na garantia da conveniência da instrução criminal encontra respaldo diante da periculosidade do acusado que em face de sua liberdade vem a obstruir os meios de prova, prejudicando a celeridade processual.

Por fim, a garantia da aplicação da lei penal, visa garantir a futura aplicação da execução penal, proporcionando ao Estado a aplicação devida da sanção ao autor do crime.

3.2.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Trata-se de medida cautelar que sofreu grandes alterações face ao advento da Lei 11.719/08 que revogou o art. 594 do Código de Processo Penal, que pressupunha “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Entretanto, considerar-se-á para a decretação da prisão cautelar em razão de sentença condenatória o disposto no art. 387, §1º, do CPP, cujo teor determina que “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”.

Deve-se salientar que persistindo os fundamentos que consignaram a medida cautelar no momento da sentença condenatória recorrível, sendo então, aplicado o regime fechado ou semi-aberto ao condenado, deverá persistir a prisão cautelar sob os mesmos fundamentos. Todavia, quando se tratar de regime aberto, deverá considerá-lo solto, visto que não subsistem os fundamentos para manter o acusado em cárcere.

⁶⁸ LOPES JR., 2011, p. 109.

3.3 Liberdade Provisória

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 5º, inciso LXVI, que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Extraí-se desse enunciado, que a liberdade é a regra, mas a constrição de liberdade é a excepcionalidade, estando em consonância, ao princípio da presunção de inocência.

A ideia da liberdade provisória consiste no indivíduo aguardar seu julgamento em liberdade, ainda que pague fiança ou não, afinal, é considerada presumidamente inocente.

3.3.1 Liberdade provisória com fiança

O termo fiança consiste em uma garantia real, haja vista o pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade durante a persecução criminal.

Para Nucci⁶⁹:

A finalidade da fiança é assegurar a liberdade provisória do indiciado ou réu, enquanto decorre o inquérito policial ou o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições. Entregando valores seus ao Estado, estaria vinculado ao acompanhamento da instrução e interessado em apresentar-se, em caso de condenação, para obter, de volta, o que pagou.

A lei 12.403/11 corrigiu várias distorções e concedeu a fiança para quase todos os delitos, salvo aqueles que a própria Constituição veda. Dessa forma, nos termos do art. 323 do CPP, não comporta fiança para os crimes de racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismos e hediondos, cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Por efeito constitucional, estes delitos não suportam fiança, mas toleram a concessão de liberdade provisória sem fiança.

Pela nova disposição, a autoridade policial é consentida a fixar fiança aos crimes cuja pena máxima não ultrapasse à quatro anos, nos demais casos, cabe ao magistrado ofertá-la. O principal critério para o estabelecimento da fiança são as condições do réu, dentre outros previstos no artigo 326 do Código de Processo Penal.

⁶⁹ NUCCI, op. cit., p. 586.

Para que seja estabelecida fiança, o acusado deverá obedecer a alguns requisitos, dentre eles: o comparecimento diante do juiz ou delegado, todas as vezes que for intimado (art. 327, CPP); não poderá mudar de residência sem previa permissão da autoridade judiciária (art. 328, CPP); nem poderá se ausentar por mais de oito dias de sua residência, sem previa comunicação a autoridade judiciária, do lugar em que poderá ser encontrado.

O que se pretende ao estabelecer tais regras é manter o afiançado em lugar de pronta e rápida localização, pois havendo necessidade de determinado ato processual, saber-se-á onde encontra-lo.

3.3.2 Liberdade provisória sem fiança

Entende-se por liberdade provisória sem fiança, quando o juiz concede liberdade ao acusado, sem que este oferte qualquer garantia de natureza pecuniária, podendo o juiz cumular a concessão o compromisso de comparecer a todos os atos processuais, sob pena de revogação da liberdade provisória.

Há três hipóteses previstas na legislação processual para ser concedida a liberdade provisória sem fiança, a primeira decorre da previsibilidade de excludente de ilicitude, posto que a infração cometida sob seus argumentos exclui a tipicidade do crime, conseqüentemente, o acusado será absolvido.

A segunda hipótese encontra respaldo quando verificada a inoccorrência de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva e não for cabível fiança.

A terceira hipótese recai quando constatada a pobreza do réu, e este não puder arcar com o valor da fiança. Será concedida a liberdade provisória sem fiança.

Sob o entendimento de Tourinho Filho⁷⁰ “leva-se em consideração a minimidade da pena cominada a infração, a liberdade provisória é obrigatória, sem que o indiciado ou réu seja obrigado a prestar fiança ou mesmo se sujeite a qualquer obrigação”.

Assim, ver-se que estarão sempre presentes as condições fixadas nos arts. 327 e 328, ambos do Código de Processo Penal.

O art. 5º, inciso LXVI, estipula que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”, o que

⁷⁰ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 621.

importa dizer que o legislador é o primeiro a decidir sobre os merecedores do benefício da liberdade provisória, típico dos casos de prisão em flagrante. Afinal, quando não houver flagrante não cabe falar em liberdade provisória.

As leis que proíbem a concessão não afastam a possibilidade de relaxamento de prisão caso haja alguma ilegalidade, conforme prenuncia a súmula 697 do Supremo Tribunal Federal, “a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

A jurisprudência aos poucos rompeu com essas proibições em lei ordinária buscando privilegiar a presunção de inocência, até a aparição do novo precedente demonstrado no HC nº 126.292, adiante comentado.

4 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA NA PENDÊNCIA DE RECURSOS: ANÁLISE CRÍTICA AO HC 126.292 (MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA).

4.1 Dos recursos

4.1.1 *Conceito e natureza jurídica*

Nas palavras de Nucci⁷¹, conceitua-se o recurso como “[...] direito que possui a parte, na relação processual, de se insurgir contra as decisões judiciais, requerendo a sua revisão, total ou parcial, em instância superior”.

A existência do recurso se fundamenta na falibilidade humana, destinando-se, pois, a sanar os defeitos substanciais da decisão, a má apreciação das provas, as injustiças, as errôneas interpretações da lei, entre outros.

Trata-se, portanto, de um direito exercido pela parte vencida que provoca o reexame de uma decisão que lhe foi desfavorável, por meio do instrumento previsto em lei.

Compreende sua natureza jurídica como uma atividade jurídico-processual, vez que corresponde ao direito de ação exercido por um dos litigantes. No entendimento de Nucci⁷²:

O direito de peticionar ao Poder Judiciário para a obtenção de uma decisão [...] denomina-se *direito de ação*. Nessa medida, é preciso considerar o recurso como um mero desdobramento desse direito primário.

Não obstante, outros doutrinadores discordam desse ponto de vista, e apontam que a natureza jurídica do recurso seria uma ação constitutiva autônoma (nova ação), ou seguindo outro viés, qualquer meio destinado a obter a reforma de uma decisão.

A doutrina majoritária entende ser a natureza jurídica do recurso como um desdobramento do direito de ação, ou seja, a continuidade da relação processual jurídica face ao inconformismo gerado pelo provimento jurisdicional obtido em primeiro grau⁷³.

⁷¹ Nucci, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 802.

⁷² idem, p. 803.

⁷³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 868.

4.2 Efeitos dos Recursos

Interposto o recurso, a depender de sua espécie e da natureza da decisão recorrida, os efeitos recursais podem processar-se de um ou mais efeitos. Considerando as particularidades referentes à matéria penal, o juiz ao exercer seu juízo de admissibilidade em caso de recebimento, deverá apontar os efeitos que são atribuídos, seja de maneira isolada ou concomitante.

Em regra, os recursos são recebidos no efeito devolutivo, permitindo que o tribunal superior reveja integralmente a matéria controversa. O efeito suspensivo é excepcional, e impede que a decisão produza desde logo suas consequências.

4.2.1 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo acontece quando o recurso “devolve” a matéria recorrida para ser reapreciada por órgão jurisdicional superior ao que prolatou a primeira decisão.

Por conta de sua voluntariedade, depende do inconformismo do interessado, e este delimitará a matéria a ser objeto de reapreciação e nova decisão, exteriorizando assim, o princípio do duplo grau de jurisdição.

Segue a linha de entendimento de Távora⁷⁴:

Com efeito, ele pode se satisfazer com parte do julgado e não concordar com o restante. Daí o *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, a matéria a ser conhecida (*devolutum*) em segunda instância dependerá da impugnação (*appellatum*)

O efeito devolutivo limita a apreciação do órgão jurisdicional superior à matéria impugnada. Sendo, portanto, analisada quanto a sua extensão e a sua profundidade, enquanto aquela dispõe que a matéria tratada pode ser reduzida pela parte inconformada, esta torna a apreciação do recurso o mais ampla possível. Surge, nesse caso, o que se denomina por recurso de instancia iterada e recurso de instancia reiterada, conforme prenuncia Rangel:

O primeiro (recurso de instância iterada) existe quando se devolve ao tribunal apenas o conhecimento de decisão de cunho processual, obrigando

⁷⁴ PACCELI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 898.

a tribunal a conhecer apenas o teor daquela decisão. [...] o recurso de instância reiterada existe quando a matéria devolvida ao órgão superior é reexaminada, pois o tribunal terá plena liberdade para decidir, como se a causa estivesse sendo objeto de apreciação no segundo grau.

No que condiz ao Processo Penal, o exame em profundidade inclui até a repetição de provas já realizadas, inclusive, a possibilidade de um novo interrogatório do réu (art. 616 do CPP).

Ressaltar-se-á que a decisão não pode ser agravada para quem recorre, uma vez que há a previsibilidade da *reformatio in pejus*, conforme preceitua o art. 617 do CPP, cujo teor dispõe: “O tribunal, câmara ou turma [...], não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

4.2.2 Efeito suspensivo

O efeito suspensivo acontece quando a interposição do recurso impede, de imediato, a produção dos efeitos da sentença. Este efeito decorre da lei, portanto, há de haver previsibilidade no instrumento normativo, pois em caso de silêncio, entende-se que o recurso tem apenas o efeito devolutivo. Não interposto o recurso no prazo certo, ela passaria a gerar todos os seus efeitos, apresentando, portanto, eficácia plena.

Com a manifestação da impugnação, ficar-se-á temporariamente afastada a preclusão das questões decididas, até a realização do novo julgamento. Contudo, algumas das questões contidas na decisão, embora não preclusas pela interposição do recurso, poderão gerar efeitos desde logo.

Nas palavras de Pacceli⁷⁵ “Diz-se que o recurso prolongaria a suspensão dos efeitos que acompanha a decisão desde o seu início (suspensão essa vinculada à existência de prazo para interposição do recurso)”.

Tratando-se de ação penal condenatória, o efeito suspensivo do recurso está ligado à possibilidade, ou não, de se efetuar a prisão do réu a partir da prolação da sentença condenatória. A prisão quando determinada na fase decisória deve manter sua natureza cautelar, resultando mais da necessidade de se tutelarem os interesses da jurisdição, do que pelo fato, da condenação em primeira instância, tendo em vista, a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência.

⁷⁵ Idem, p. 897.

Ressalte-se, que a Lei nº 11.719/08 e a Lei nº 11.689/08, expressaram esse entendimento na legislação, inclusive, o art. 387, parágrafo único e art. 413, §3º, ambos do CPP, dispõem que tanto a prisão daquele que estiver preso quanto a decretação da prisão preventiva por ocasião da sentença condenatória e da decisão de pronúncia demandarão ordem escrita e fundamentada do juiz.

Poder-se-á afirmar que quando, na própria sentença houver de ser decretada a custódia daquele que se encontrava em liberdade, não decorrerá do fato da condenação em si, mas da adoção de medida cautelar, possível ainda naquela fase procedimental. Ocorre o mesmo, quando o réu estiver preso antes de sentença penal condenatória, posto que a prisão baseia-se em outra fundamentação, não constituindo efeito da condenação.

O mesmo acontece quando se tratar de sentença absolutória, impondo a lei que o réu seja imediatamente posto em liberdade (art. 596, CPP), e o recurso contra ela interposto não terá efeito suspensivo

4.3 Recursos de natureza extraordinária

Para Grinover; Gomes Filho e Scarance Fernandes⁷⁶:

Os recursos de natureza extraordinária são meios de impugnação que estão a disposição das partes, mas que visam na verdade à tutela do próprio direito federal: prestam-se somente ao reexame de questões de direito, excluída a análise de matéria de fato.

O recurso especial é processado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, o recurso extraordinário é processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

O que os diferencia são as hipóteses de cabimento, a grosso modo, o recurso especial será interposto quando houver alegada violação a direito infraconstitucional e o recurso extraordinário quando houver afronta a Legislação Constitucional.

O grande objetivo desses recursos é uniformizar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **As nulidades no processo penal**, 2008, p. 163.

4.3.1 Recurso extraordinário

Seu objetivo é garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstituição em face da Constituição Federal, evitando que as normas constitucionais sejam desautorizadas por decisões proferidas pelos Tribunais do País.

Para que o STF possa admitir o seu processamento, deve demonstrar a relevância e a repercussão das questões constitucionais debatidas, do contrário, pelo voto de dois terços de seus membros, o recurso pode ser rejeitado (102, §3º, CF/88).

Suas hipóteses de cabimento são: decisões que violem a Constituição; decisões que declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; decisão que julgue válida lei ou ato de governo local contestada em face de lei federal, não sendo necessário, que a decisão proferida por tribunal estadual ou regional seja relativa ao mérito, pois qualquer delas pode ferir a Constituição Federal.

4.3.2 Recurso especial

O recurso especial visa garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional em comparação as leis federais, evitando que estas sejam desautorizadas por decisões proferidas nos tribunais, além de evitar que haja interpretações divergentes sobre a legislação federal que coloquem em risco a unidade e a credibilidade do sistema federativo.

Suas hipóteses de cabimento são: em decisões que contrariem tratado ou lei federal, ou que negue vigência; decisões que julguem válido ato de governo local contestado em face de lei federal; decisão que der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, CF). Não é preciso que a decisão proferida por tribunal estadual ou regional seja relativa ao mérito, pois qualquer delas pode ferir lei federal ou dar interpretação diversa de outra Corte.

4.3.3 Reexame da matéria de fato

Segundo asseverações de Grinover; Gomes Filho e Scarance Fernandes “visam primordialmente à tutela do próprio direito objetivo editado pela União, é

natural e intuitivo que somente a discussão a respeito de *quaestiones iures* possa dar ensejo à instauração da instância extraordinária ou especial”.

A matéria a ser verificada em sede de natureza extraordinária não comporta o exame de mérito da causa já decidida pelos tribunais a quo, visto que seria necessário resolver fatos e provas, o que é proibido pela via dos referidos recursos.

Salientar-se-á que os recursos de natureza extraordinária obsta o simples reexame de provas, pois a finalidade é garantir a tutela do direito federal. Entretanto, a interposição destes recursos, não impede a apreciação das questões relativas à matéria legal da prova, bem como à qualificação jurídica dos fatos apresentados no julgamento da decisão recorrida, o que propicia o atendimento do interesse da parte recorrente.

4.4 Considerações acerca da execução penal

A execução penal é caracterizada por ser o momento do cumprimento da sentença penal, sendo esta de natureza condenatória no que tange a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos, a pena de multa e a sentença absolutória imprópria quando se tratar de medida de segurança.

Para Nucci⁷⁷ “Trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”.

Em continuação o autor explana que a execução penal inicia-se quando regularmente cumprida à fase de conhecimento desloca-se para a fase executória. Ou seja, é o momento em que há a execução da pretensão punitiva do Estado.

A Lei 7.210/84 versa sobre a Execução Penal e tem como finalidade expressa em seu artigo primeiro⁷⁸ efetivar as sentenças condenatórias, de modo a proporcionar a reintegração do indivíduo a sociedade. Isto é, além de ter um caráter retributivo, pois aplica a sanção como forma de punir, preocupa-se com a ressocialização do apenado.

Segundo Marcão⁷⁹:

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 949.

⁷⁸ Art. 1- A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

⁷⁹ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 13. ed., rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Há divergências doutrinárias quanto a sua natureza jurídica. Para uma parte da doutrina, principalmente francesa e italiana, a natureza jurídica da execução penal consiste em ser administrativa com lapsos jurisdicionais, porém, torna-se argumento frágil, vez que suas atividades não são exclusivamente reguladas a luz do Direito Administrativo, mas também pelo Direito Penal e Processual Penal, e primordialmente submetida aos princípios constitucionais.

Para Nucci⁸⁰ a execução penal “é primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”.

Frente a sua complexidade, denominou-se a sua natureza como híbrida ou mista, haja vista ter natureza administrativa e jurisdicional simultaneamente.

O artigo 2º, da Lei de Execuções Penais, dispõe que o processo de execução deve reger-se pelos dispositivos da referida lei, mas também ao Código de Processo Penal, que garante ao condenado todos os princípios e direitos que o acusado durante o processo de conhecimento possui.

Inicia-se a execução penal após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme estabelecem alguns dispositivos da Lei de Execução Penal, vejamos:

Art. 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. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 950.

Iniciada a execução da pena, o juízo de conhecimento determina a expedição da guia de recolhimento que será remetida a Vara de Execuções Penais competente.

A guia de recolhimento emitida pelo escrivão, rubricada e assinada juntamente com o juiz, será enviada a autoridade administrativa incumbida da execução, que passará recibo da guia de recolhimento para juntá-la aos autos do processo, dando-se plena ciência da expedição ao Ministério Público e de seus termos ao condenado.

A guia de recolhimento deve ser registrada em livro especial, segundo a ordem de recebimento e anexada ao prontuário do imputado, ao passo que no curso da execução, serão aditados os cálculos das remições e outras retificações.

4.5 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Em análise aos posicionamentos defendidos por nossa Corte Suprema, tomando como base principiológica a Constituição Federal de 1988, há muito o Supremo Tribunal Federal entendia sobre a possibilidade de se executar a pena após a confirmação da sentença em segunda instância ainda que houvesse pendente o julgamento de recurso especial e do recurso extraordinário.

Esse entendimento jurisprudencial está fundamentado no *Habeas Corpus* de nº 68.726, de Relatoria do Excelentíssimo Ministro Néri da Silva realizado em 28 de junho de 1991, cujo entendimento fora no sentido de que o princípio da presunção de inocência não obsta a prisão subsequente de acórdão, que em segunda instância confirme a sentença penal condenatória prolatada por juiz de primeiro grau, conforme trecho transcrito do acórdão supracitado:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador

de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido⁸¹.

Ao repisar esse posicionamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal assegurou que com a condenação do denunciado, a falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva fora superada, vez que o recurso especial e o recurso extraordinário não têm efeito suspensivo, nem impede o cumprimento do mando de prisão expedido⁸².

Noutro momento, ainda sob a vigência do artigo 594 do Código de Processo Penal (atualmente revogado pela Lei nº 11.719/2008), tendo em vista que este dispositivo enunciava limitações ao direito de apelar em liberdade, o Pleno da Corte em face ao HC nº 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silva, DJ 26/01/1999), referendou mais uma vez, a compatibilidade do principio da presunção de inocência com o retro dispositivo processual penal, inclusive, acentuando que a incidência da sentença penal condenatória recorrível destacava evidente “juízo de consistência da acusação”, autorizando, portanto, a prisão, seguindo a linha de raciocínio de que esta é efeito advindo da condenação.

Houve vários precedentes de mesma magnitude, prolatados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o principio da presunção de inocência não implicava no impedimento da execução provisória da pena, mesmo que haja pendência de julgamento de recurso especial ou extraordinário. A título exemplificativo, podemos citar: o HC nº 79.814, de Rel. Min. Celso Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC nº 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 05/11/2002; HC nº 91.675/PR, Rel. Min. Cármem Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007, cuja ementa segue retranscrita, vejamos:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃOCONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68726**, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. “Acesso em: 05/05/16”.

⁸² Entendimento adotado no HC nº 74.983 (Rel. Min. Carlos Velloso) julgado em 30 de junho de 1997.

liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.⁸³

Outrossim, em sessão plenária sucedida em 24 de março de 2003, foram aprovadas as Súmulas de nº 716 e 717, cujas orientações precedem situações de execução provisória da pena:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória⁸⁴.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Neste ínterim, e com posicionamento definido quanto à temática, o Supremo Tribunal Federal retoma as discussões e em face do julgamento do HC nº 84.078/MG⁸⁵, alterou-se o posicionamento antes dominante, tornando o princípio da presunção de inocência contrário à execução da pena antes de ocorrido o trânsito em julgado de sentença penal irrecorrível. Assim sendo, exigia o exaurimento de todos os recursos, para então se findar a presunção de inocência do acusado. Conforme se depreende abaixo:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa,**

⁸³ Trecho de ementa do HC nº 91.675/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800. “Acesso em: 21/05/16”.

⁸⁵ Habeas Corpus de Relatoria do Ministro Eros Grau – Tribunal Pleno – Dje em 26/02/2010.

caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão[...]⁸⁶.

As razões pelas quais incidiram sobre a proibição da execução da pena em face do princípio da presunção de inocência foram defendidas pelo Min. Rel. Eros Grau, que trouxe à baila, que embora o artigo 637⁸⁷ do CPP estabeleça que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, o artigo 105⁸⁸ da Lei de Execuções Penais dispõe que a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Afora, condiciona o artigo 164⁸⁹ da retratada Lei enuncia que a certidão da sentença condenatória transitada em julgado valerá como título executivo judicial.

Neste ponto, com base no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, leva-se em conta que as normas adotadas pela Lei de Execução Penal, além de estar em consonância com os preceitos expressos na Carta maior, supera em matéria e temporalmente o disposto no artigo 637⁹⁰ do Código de Processo Penal.

Além do mais, o Ministro Eros Grau reporta em seu pronunciamento quanto ao Habeas Corpus em comento, que as Turmas do STF afastam a aplicação da pena restritiva de direito antes de transcorrido o trânsito em julgado, em conformidade ao artigo 147 Da Lei de Execução Penal, visto que a restrição da liberdade antes da sentença penal condenatória irrecorrível demonstra notória violação ao princípio da isonomia, uma vez que há desigualdade de tratamento em casos semelhantes.

Outro ponto relevante que será rebatido de forma mais contundente, veio à tona no voto do Ministro Relator, quando adentra sobre a interposição de recursos

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. "Acesso em: 21/05/16".

⁸⁷ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

⁸⁸ Art. 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.

⁸⁹ Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. "Acesso em: 21/05/16".

extraordinários e especiais com o fim procrastinatório entorno do processo para obter a prescrição, isso é real, porém não justifica a imposição da execução da pena após o recurso de apelação, uma vez que cerceia o direito de defesa do imputado, inclusive, a prisão provisória só é admitida, quando há os requisitos próprios a prisão em flagrante, temporária e preventiva.

O Ministro Celso de Mello ao expor seu voto sobre o decorrente HC, citou que a presunção de inocência não se esvai por sobrevirem graus de jurisdição, pois em sendo direito fundamental permanecerá ainda que sobrevenha a ratificação da sentença condenatória, visto que a Constituição estabeleceu o trânsito em julgado como parâmetro final.

Para Cezar Peluso, o princípio da presunção de inocência remonta inicialmente ao devido processo legal, posto que exige a respeitabilidade do rito processual em seu sentido lato. Diante do exposto, em caso de restrição de liberdade para o cumprimento provisório da pena sem ter ocorrido decisão definitiva, esta prisão estaria fundada, pelo simples fato, de ser acusado de um crime e, portanto, estar respondendo a uma ação penal, o que não se justifica juridicamente.

Foram brevemente explanados os pontos consideráveis de inadmissão da execução provisória da pena antes de ocorrido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória irrecorrível em face do HC nº 84.078.

4.5.1 Análise Crítica aos argumentos favoráveis a execução provisória da pena, mitigando o princípio da presunção de inocência quando da apreciação do HC 126.292.

Com a apreciação do julgado, serão articulados alguns esclarecimentos quanto aos argumentos dos Ministros que preponderaram na consequente decisão. Posteriormente, e com base na doutrina e própria jurisprudência do Supremo, explicar-se-á as razões pelas quais, entende-se a impossibilidade da execução provisória da pena antes da sentença transitar em julgado, bem como, com a mudança de posicionamento jurisprudencial houve a mitigação ao princípio da presunção de inocência.

Em 17 de fevereiro de 2016, frente à apreciação do HC nº 126.292⁹¹, o Pleno do Supremo Tribunal, por maioria de votos, entendeu que a pena pode ser executada após a confirmação da sentença condenatória penal em segundo grau, ainda que haja recurso excepcional pendente de julgamento, e que tal posicionamento não fere o princípio da presunção de inocência.

4.5.1.1 Primeiro argumento: Diferença quanto aos termos “ser preso” e “ser culpado”.

Levando em consideração a explanação sobre a existência de diferença quanto aos termos “ser preso” e “ser considerado culpado”, vez que a Constituição da República Federativa do Brasil expressa que antes do trânsito de sentença condenatória penal ninguém poderá ser considerado culpado, não impediria a execução provisória da pena antes de ocorrido o trânsito em julgado de sentença penal irrecorrível. Destaco o seguinte, embora se tratem de palavras distintas com significado diverso um do outro, juridicamente, é necessário que haja declarada culpa do réu para que se inicie a execução da pena.

Em outras palavras, a aplicação da sanção penal exige, obrigatoriamente, a existência de um crime, e este só se configura se estiverem presentes três elementos, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Logo, para que seja executada a pena é necessário a existência de crime; para que haja crime exige-se a existência de um culpado; e tomando por base a nossa Lei Suprema, só se considera culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O artigo 283 do CPP, é claro quando alude que “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”⁹². Dispositivo este, que encontra-se na mais

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015). Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-126292-sp-stf>. “Acesso em: 22/05/16”

⁹² BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10655791/artigo-283-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. “Acesso em: 22/05/16.”

perfeita adequação ao texto constitucional, por isso, esse argumento torna-se falacioso e sem base jurídica que o fundamente.

4.5.1.2 Segundo argumento: Hermenêutica do termo “trânsito em julgado”.

Merece destaque a hermenêutica adotada em torno do conceito de trânsito em julgado, no momento em que um dos pontos abordados faz menção a impossibilidade de serem revistas às questões referentes aos fatos e as provas após a decisão de segunda instância, visto que o Poder Judiciário já tornou insuscetível a alteração mediante via recursal, registrando porquanto o “trânsito em julgado de matéria fática”.

Pois bem, utilizando-se dessas considerações o significado de “trânsito em julgado de sentença”, embora signifique a imutabilidade da decisão advinda da defluência dos prazos recursais perante o julgado, há juristas que importam em diferenciar o trânsito em julgado de sentença de matéria fática do trânsito em julgado de matéria de direito. Todavia, perante essa infundada colocação, deve-se esclarecer primeiramente que não existe previsão legal que faça essa diferenciação entre uma ou outra. Na realidade, os dispositivos fazem menção apenas ao termo trânsito em julgado de decisão, ou seja, não há mais a possibilidade de recorrer as vias judiciais para alteração do julgado, pois tornou-se definitivo.

O simples fato de não se rediscutir matéria fática ou probante não significa a impossibilidade de reverter a decisão prolatada em segunda instância e evitar a privação de liberdade de um inocente. O cerne da questão encontra-se na aceitação ou não de se executar a pena ainda que haja recurso pendente de decisão, visto que há possibilidade de alteração da sentença condenatória quanto à matéria jurídica. Poder-se-á citar o seguinte exemplo: houve uma sentença condenatória penal em segunda instância confirmando o integral teor da sentença prolatada pelo juiz de primeiro grau, nesse ponto, observar-se-á que diante do ponto de vista fático, o indivíduo cometera um crime. Todavia, deveria ter-se aplicado o princípio da insignificância, matéria jurídica passível de recurso especial. Ou seja, a alteração da decisão se daria com base na matéria jurídica em face da interposição de recurso especial.

Quanto ao termo trânsito em julgado, no que se refere a sua hermenêutica, é inaceitável o Poder Judiciário invocá-lo para restringir os direitos e garantias

fundamentais, haja vista o seu dever de protegê-los. A redação da Constituição é clara quando enuncia o trânsito em julgado como parâmetro ao início da execução penal, logo, se há pendência recursal não houve trânsito em julgado. Em sendo este o sentido exprimido pela Lei, não se pode diminuir sua eficácia com o fito de relativizar seu conceito ao ponto de diminuir a preponderância do dispositivo. Nosso sistema não comporta grandes interpretações quando o sentido do dispositivo está claramente expresso.

4.5.1.3 Terceiro argumento: Necessidade de ponderação do princípio da presunção de inocência.

Outro argumento utilizado, denota a necessidade de ponderação do princípio da presunção de inocência, uma vez que esperar o fim de todos os recursos levaria a impunidade. Sob uma análise crítica, deve-se desmistificar que o que chamamos de princípio no sistema vigente brasileiro, não é o mesmo da teoria *all-or-nothing*⁹³ destacada por R. Dworkin.⁹⁴ Não há que se ponderar todos os princípios estabelecidos pelo ordenamento brasileiro, senão, seríamos conduzidos ao campo da insegurança jurídica.

Utiliza-se desse argumento sob a ótica de alguns princípios utilizados pelo Direito Penal, a exemplo, o princípio da legalidade que ao ser ponderado admitiria crime sem lei anterior que o comine, ou até mesmo, o princípio da irretroatividade da lei penal que ao ser ponderada utilizaria da lei mais gravosa retroaja em prejuízo ao réu.

Da mesma forma, prevê o princípio da presunção de inocência, que é transparente ao afirmar que só se considera culpado após o trânsito em julgado, e no momento em que não se materializar isso, não pode ocorrer à execução provisória da pena.

Ainda que versasse sobre uma norma-princípio, o argumento de impunidade não encontra respaldo jurídico, incapaz de restringir as normas definidoras de garantias fundamentais. E quando se trata de ponderação entre as normas constitucionais, é papel do intérprete destacar o forte argumento que fizera a norma

⁹³ Tradução: tudo ou nada.

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 28.

de direito fundamental sucumbir em favor de uma norma constitucional, visto que a proteção dada a garantia fundamental ocorre para conter o autoritarismo e o impulso punitivo do Estado. Desta forma, um argumento fático não se sobrepõe aos valores considerados prioritariamente hierárquicos em nosso ordenamento.

4.5.1.4 Quarto argumento: Em outros países a pena pode ser executada depois de observado o duplo grau de jurisdição.

As comparações são relevantes em determinadas ocasiões, sendo fonte ao Direito Comparado quando da criação de Leis pelo Poder Legislativo ou em embates cuja discussão se perpetue sobre política criminal apresentado quais medidas podem ser adotadas. Entretanto, sobre o tema tratado na presente não é válido, posto que, a Constituição Brasileira deve ser interpretada de acordo com a normatividade estabelecida pelo sistema vigente pátrio, não se esquecendo, clarividente, dos tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados em nosso ordenamento, mas jamais serem analisados sob a perspectiva de outro sistema.

O fato de outro país adotar solução diversa não o faz melhor. Se assim o fosse, alguns países são adeptos da pena de morte, mas a nossa Constituição coíbe, *a priori*, qualquer interpretação dada de forma diversa. Em outras palavras, os ordenamentos são baseados na realidade econômica e social de cada país, não há como comparar medidas processualmente adotadas em países cujo Poder Judiciário é mais eficiente.

4.5.2 Presunção de inocência: cláusula pétrea.

A nossa Carta Magna estabelece em seu artigo 60, §4º, estabelece⁹⁵:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

I - a forma federativa de Estado;

⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10632328/paragrafo-4-artigo-60-da-constituicao-federal-de-1988>>. "Acesso em: 24/05/2016."

- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - **os direitos e garantias individuais.**

Dispositivo este, que proíbe o poder reformador a suprimir os direitos e garantias individuais do cidadão, em contrassenso, como poderia o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, com a mudança de seu entendimento restringir a garantia da presunção de inocência?

A redação “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, encontra-se respaldada pelas cláusulas pétreas. Acertadamente, o constituinte impôs essa limitação no intento de evitar radicais alterações motivadas pela emoção da maioria do Parlamento que pudessem destruir a essência Constitucional. Caso o Poder Reformador viesse propor a eliminação dessas normas, primeiramente, deveria convocar o poder constituinte originário para criar uma nova ordem constitucional, posto que a anterior não poderia sobreviver se retiradas as disposições fundamentais.

A prerrogativa ostentada pelo Poder Reformador não se compara em sua magnitude à ofertada ao Supremo Tribunal Federal, visto que, aquele pode modificar a Constituição quase que em sua inteireza, ressalvadas as cláusulas pétreas. Portanto, ao admitir a tese de execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o Pleno mitigou o princípio da presunção de inocência, que como já retratado em outro ponto, só pode aplicar a pena quando houver crime, e este pressupõe como seus elementos a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; só há culpabilidade quando se considera alguém culpado, e neste ponto, o artigo que estabelece a presunção de inocência é firme quando dispõe que só se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal, impedindo portanto, a rotulação de ser considerado culpado antes de serem esgotadas todas as vias recursais.

4.5.3 Riscos da relativização adotada pelo Poder Judiciário em face dos direitos fundamentais.

Aceitar essa interpretação restritiva quanto aos direitos e garantias fundamentais do cidadão pelo Supremo Tribunal, conduz um eminente perigo ao Estado Democrático, posto que o constituinte originário fixou uma proteção aos

direitos fundamentais, e não pode o Supremo ao seu arbítrio relativizar o ter previamente estabelecido, por conta do clamor popular. Se há uma ineficiência do sistema processual brasileiro, deve ser utilizada as vias regulares que aplicam a modificação pelo Poder Legislativo. As garantias pressupostas na Constituição não estão disponíveis ao Legislador, muito menos ao Poder Judiciário para restringi-las em nome da eficiência e moralidade na aplicação da pena.

Far-se-á um paralelo com outras garantias fundamentais previstas também no artigo 5º, incisos III e XLVII, *in verbis*:

Art. 5º. [...]

III. ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante;

[...]

XLVII. não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpetuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

Ora, se o Estado pudesse utilizar da tortura obteria mais confissões, seja de réus culpados ou inocentes, e conseqüentemente aplicaria mais sanções. No mesmo viés se pudessem ser aplicadas as penas de morte, considerando o clamor popular, embora custe a vida de alguns inocentes, agradaria a muitos que ressaltariam a eficiência do sistema penal. Mas, felizmente, o sistema atual não permite.

Com a aceitação da mitigação do principio da presunção de inocência, o que impede amanhã a vir o STF relativizar as penas de morte e a tortura?

Este caminho a que se conduz trará grandes conseqüências ao Estado Democrático de Direito, que através de seu Pleno tomando como base a eficiência do sistema penal sequestra as mais relevantes garantias constitucionais dos cidadãos. E se o STF como guardião da nossa Lei Maior não respeita as normas preestabelecidas, quem poderá nos defender?

4.5.4 Realidade ou ilusão: Indenização pecuniária nos casos de reforma da sentença condenatória.

Considerando os índices de mudanças em sentenças de segundo grau pelos Tribunais Superiores, a admissibilidade de se executar provisoriamente a pena nessa fase, gerará novas demandas judiciais com caráter meramente indenizatório em face do Estado, oferecidas por aqueles que cumpriram pena indevidamente. Posto que, o percentual de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* que confirmam as sentenças condenatórias são elevadíssimos, acabará enclausurando pessoas consideradas inocentes perante a lei, porque não se aguardou o trânsito em julgado da decisão.

De acordo com a pesquisa empírica que examinou as impetrações de *habeas corpus* perante o STF no período compreendido entre o ano de 2008 a 2012, foram constatados que o STF concedeu 8,27% dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* (concedidos integral ou parcialmente), enquanto o STJ concedeu 27,86%.⁹⁶

Esse direito de indenização está assegurado na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais, precisamente, no artigo 5º, inciso LXXV: “[...] o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.⁹⁷ O que se assevera é o vasto número de demandas judiciais em decorrência de erro grosseiro na interpretação dada ao princípio da presunção de inocência, em face de uma ilusória sensação de combate a impunidade através da execução provisória da pena.

⁹⁶ Bottino, Thiago. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores** – propostas para reflexão. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, n. 112, janeiro – fevereiro 2015. p. 228.

⁹⁷ BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. “Acesso em: 24/05/2016”.

5. Considerações finais

Realizada a presente pesquisa, foi possível extrair algumas considerações sobre a execução provisória da pena e a mitigação do princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal em face da apreciação do habeas corpus de nº 126.292.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca um rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, e em face de sua supremacia, as leis infraconstitucionais devem estar em consonância ao seu conteúdo material e formal.

Os princípios constitucionais são parâmetros estabelecidos pela Lei Maior, que orientam e norteiam a elaboração, interpretação e aplicação das normas, conferindo unidade e coerência a todo ordenamento jurídico. Em face de sua previsibilidade, o Código de Processo Penal confere ao acusado algumas garantias como o respeito ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência, entre outros.

A presunção de inocência como ponto central desta pesquisa, estabelecida no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, dispõe que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Deste princípio, pode se extrair que não se pode considerar alguém culpado antes de decorrido o devido processo legal, nem se pode, conseqüentemente, incidir sobre ela os efeitos de uma condenação. A regra é clara, além de ser o princípio fundamental no Estado Democrático de Direito.

Não obstante, o nosso Código de Processo Penal estabelece a presença de dois institutos quando se refere às prisões, quais sejam, a prisão processual ou cautelar e a prisão sanção. A prisão processual é admitida por ter um caráter excepcional, uma vez que sua aplicação está submetida a alguns requisitos previstos no Código de Processo Penal e em leis especiais, mas sua finalidade consiste em garantir o transcurso regular do processo. A prisão sanção ou prisão pena é medida aplicada quando há uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, não há a possibilidade de interposição de recursos que possam alterar o conteúdo da decisão, portanto, é a concretização do poder de punir do Estado – *jus puniendi*.

O Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição de 1988 passou por vários entendimentos, dentre os quais, no ano de 1991, pacificou o

entendimento de que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução provisória da pena quando a sentença prolatada em segundo grau confirmasse a primeira quanto a condenação. Contudo, no ano de 2009, entenderam pela impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois fere o princípio da presunção de inocência.

Recentemente, no dia 17 de fevereiro de 2016, o Pleno do STF mudou radicalmente o entendimento, abrindo precedentes para que em havendo confirmação da sentença de primeiro grau no âmbito do juízo *ad quem*, há a possibilidade de se executar a pena provisoriamente, ainda que haja pendência de julgamento de recurso, entendendo que o princípio da presunção de inocência não tem o condão de obstar a executividade provisória da pena.

Por ser um tema recente, e a doutrina não ter tido tempo suficiente para se posicionar, saliente-se que o assunto não fora amplamente abordado em todos os seus aspectos, muito menos, esgotar-se-á diante deste trabalho. Todavia, algumas considerações foram feitas em face desse posicionamento, cujo entendimento é de que houve mitigação do princípio da presunção de inocência, por algumas razões a seguir expostas.

Num primeiro momento, mostrou-se a diferença dos termos “ser culpado” e “ser preso”, visto que, a aplicação da sanção penal exige, obrigatoriamente, a existência de um crime, e este só se configura se estiverem presentes três elementos, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Logo, para que seja executada a pena é necessário a existência de crime; para que haja crime exige-se a existência de um culpado; e tomando por base a nossa Lei Suprema, só se considera culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Outro ponto a ser considerado é a hermenêutica utilizada para o termo “trânsito em julgado”. Há juristas que importam em diferenciar o trânsito em julgado de sentença de matéria fática do trânsito em julgado de matéria de direito. Todavia, perante essa infundada colocação, deve-se esclarecer primeiramente que não existe previsão legal que faça essa diferenciação entre uma ou outra. Na realidade, os dispositivos fazem menção apenas ao termo trânsito em julgado de decisão, ou seja, não há mais a possibilidade de recorrer as vias judiciais para alteração do julgado, pois tornou-se definitivo. Em sendo este o sentido exprimido pela Lei, não se pode diminuir sua eficácia com o fito de relativizar seu conceito ao ponto de diminuir a

preponderância do dispositivo. Nosso sistema não comporta grandes interpretações quando o sentido do dispositivo está claramente expresso.

O simples fato de não se rediscutir matéria fática ou probante quando da interposição de recursos de natureza extraordinária, não significa a impossibilidade de reverter à decisão prolatada em segunda instância e evitar a privação de liberdade de um inocente. Há a possibilidade de se alterar a decisão com base na matéria jurídica.

O princípio da presunção de inocência é transparente ao afirmar que só se considera culpado após o trânsito em julgado, e no momento em que não se materializar isso, não pode ocorrer à execução provisória da pena. Desta forma, um argumento fático não se sobrepõe aos valores considerados prioritariamente hierárquicos em nosso ordenamento.

Destaque-se também, que embora outros países relativizem a presunção de inocência, não é necessário, que o Brasil assim o faça. Utilizando-se da lógica, se outro país é adepto da pena de morte o Brasil deve seguir a mesma linha, o que nos leva a um precedente muito perigoso, pois se assim for, futuramente pode-se relativizar outros princípios levando assim, a insegurança jurídica.

Por fim, não se pode mitigar o princípio da presunção de inocência, vez que, sendo direito e garantia fundamental expressa na Constituição, é considerado como Cláusula pétrea, portanto, se nem o Poder Reformador é capaz de mitigar esta presunção, não pode o Pleno do STF, como guardião de nossa Constituição, fazê-lo.

Levando-se em consideração alguns pontos argumentados pelo STF na apreciação do HC nº 126.292, entendeu-se, de acordo com os pontos analisados, que houve a mitigação do princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

1 Livros

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constitucionais do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartir Latin, 2007.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: O conflito entre punir e libertar. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 135.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luis Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal**: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência**: princípios e garantias. In: Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE, Antonio Fernandes. **As nulidades do processo penal**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

J. COUTURE. 1941 *apud* TOURINHO FILHO. **Manual de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e a sua conformidade Constitucional**. vol. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 13. ed., rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 18 ed. São Paulo. Atlas. 2005.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACCELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8 ed. Rev. Ampl. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2009.

2 Teses e revistas

Bottino, Thiago. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores** – propostas para reflexão. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 23, n. 112, janeiro – fevereiro 2015.

DELMANTO, Roberto Júnior; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado aos acusados no processo penal. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v.835, mai.2005.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

3 Sites

BRASIL. **Código de processo penal.** 1941. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10653415/artigo-302-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no-habeas-corporis-hc-126292-sp-stf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 68726**, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>.