

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

NIVALDO VIEIRA DE MELO JUNIOR

**MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SUAS
CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS**

**CARUARU
2016**

NIVALDO VIEIRA DE MELO JUNIOR

**MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SUAS
CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Faculdade de Direito de
Caruaru, como exigência parcial, para
obtenção do título em bacharel de direito sob
orientação do Professor Esp. Marupiraja
Ramos Ribas.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: 21/10/2016.

Presidente: Professor Esp. Marupiraja Ramos Ribas

Primeiro Avaliador: Professor George Pessoa

Segundo Avaliador: Professor Adrielmo Moura

DEDICATÓRIA

À Halessandra Rocha, Gabriela e Manuela, os bens mais preciosos que tenho em minha vida.

À minha mãe, meu pai e o meu tio José (todos in memoriam), pois sei o quanto se orgulhariam de mim nesse momento.

Aos meus primos Alberto, Cláudio, Jorge e Patrícia, o qual tenho muito apreço e gratidão por tanto me apoiarem e incentivarem a ingressar na carreira jurídica.

Aos tantos amigos e professores, dentre eles Ranieri Coelho, João Américo, Tarciano Cordeiro, Daniel Paixão e Marcelo Silva que durante todo o tempo não deixaram de acreditar no meu potencial em seguir a carreira jurídica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por permitir que tudo isso fosse possível e que nos momentos mais difíceis não me desamparou. “Porque Dele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas” (Romanos 11:36).

Aos meus pais, Nivaldo Melo e Olívia Melo (in memoriam), que se estivessem conosco estariam comungando com essa felicidade que sinto.

Aos meus primos Alberto, Claudio, Jorge e Patrícia, pessoas que tenho muito apreço e admiração, são especiais na minha vida e que sempre tiveram presentes nos momentos difíceis.

Ao meu tio José (in memoriam), que com certeza estaria presente, como sempre teve, compartilhando dessa conquista tão difícil mais saborosa, pelas pedras e barreiras por onde passei e as superei.

Ao meu ilustre orientador e professor, referencial para mim e de muitos que tiveram a oportunidade de compartilhar dos seus conhecimentos, pessoa simples que admiro e tenho muito apreço, Marupiraja Ramos, o Maru, por toda paciência, dedicação e disponibilidade.

À professora, Perpétua Dantas, conhecedora um pouco da minha vida e que ao longo dessa jornada sempre esteve me incentivando juntamente com sua irmã Ana Maria Barros, a buscar o melhor para minha construção acadêmica, sou imensamente grato por sua generosidade rara e de grande coração.

Ao saudoso amigo Professor Edilson de Góes (in memoriam), pessoa notável, de conhecimentos ímpares e que deixou um grande vazio tanto na política como no mundo acadêmico, deixando comigo a seguinte frase dita em sala de aula por ele: “conhecimento é uma coisa formidável, é tudo aquilo que podemos repassamos 100% e mesmo assim não perdemos nada, pelo contrário, ajudamos a construir um mundo melhor”.

Aos meus familiares por sempre acreditarem em meu potencial e me apoiarem, em especial minha sogra Zeneide Alves.

Aos meus amigos e companheiros de graduação que percorrem este árduo caminho ao longo desses anos, que contribuem diariamente cada qual com sua dose de companheirismo e compreensão.

A todos os funcionários que diariamente nos recebem na instituição sempre cordialmente e nos tiram um riso ou outro em meio a tanta correria.

Por fim, agradeço aos professores que ao longo dessa jornada transmitiram seus conhecimentos, vocês são responsáveis por cada passo dado na construção desse trabalho, cada qual com sua importância.

RESUMO

O trabalho analisa o cumprimento da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso Especial ou Extraordinário, verificando se não compromete o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e inocência, expondo claramente quais os direitos e garantias fundamentais são violados, bem como a responsabilidade do Estado e do agente público. Partindo do conhecimento de que o homem passou a ser considerado um sujeito de direitos sobre o próprio corpo e a supressão da liberdade passou a ser um modo de punição pela prática de crimes. É mais comum do que se imagina, pessoas condenadas erroneamente devido a um erro judiciário ou até mesmo do próprio julgador. Então, a Constituição Federal de 1988 garante em seu artigo 5º, LVII que apenas com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é que se pode dar início à execução da pena. O encarceramento antes do trânsito poderá ocorrer no excesso de cumprimento de pena de sentença condenatória transitada em julgado, significa ser este tipo de prisão sempre passível de reparação pelo Estado. Com o inciso LVII do art. 5º o legislador constitucional brasileiro quis trazer uma norma de garantia para que a indevida privação de liberdade, sendo um direito fundamental do cidadão, seja alvo de reparação por conta do Estado, bem como salvaguardar uma garantia quanto ao erro judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Provisória da Pena; Possibilidade; Duplo Grau de Jurisdição; Ação de Constitucionalidade; Divergência; Revisão.

RESUMEN

El trabajo analiza el cumplimiento de la ejecución provisional de la sentencia penal condenatoria proferido en el grado de apelación, aunque sujeto un recurso Especial o Extraordinario, comprobando que no pone en peligro el principio constitucional de la presunción de no culpabilidad e inocencia, exponiendo claramente qué derechos y garantías fundamentales son violados, así como la responsabilidad del Estado y el agente público. Partiendo del conocimiento de que el hombre llegó a ser considerado un sujeto de derechos sobre el propio cuerpo y la supresión de la libertad se convirtió en un modo de sanción por la práctica de delitos. Y más común de lo que se piensa, las personas condenadas erróneamente debido a un error judicial o incluso hacer propio juez. Así, la Constitución Federal de 1988 garantiza en su artículo 5, LVII que sólo con sentencia penal inapelable es que se puede iniciar la ejecución de la sentencia. El encarcelamiento antes del tránsito podrá tener lugar sin exceso de cumplimiento de condena de sentencia condenatoria transitada en juzgado. Significa ser este tipo de prisión del estado siempre pasible de reparación por lo Estado. Con la sección LVII del art. 5 el legislador constitucional brasileño quiso introducir una garantía estándar, para que la privación indebida de la libertad, al ser un derecho fundamental del ciudadano, sea punto de reparación por cuenta del Estado, así como salvaguardar una garantía por error judicial.

PALABRAS-CLAVE: Pena de Aplicación Provisional; Posibilidad; Doble Grado de Jurisdicción; Acción de Constitucionalidad; Divergencia; Revisión.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE	11
2.1 A Previsão Constitucional da Não Culpabilidade	15
2.2 Direitos e Garantias Fundamentais do Acusado	17
2.3 A Presunção da Não Culpabilidade e a Coisa Julgada	21
3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	25
3.1 Pressupostos da Execução da Pena	28
3.2 A Possibilidade de Executar a Pena de Forma Provisória	30
3.3 A Execução da Pena depois da Decisão de Segunda Instância	32
4 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	37
4.1 A Jurisprudência do STJ e do STF a Despeito da Presunção da Não Culpabilidade	40
4.2 As Controvérsias Decorrentes do Novo Entendimento do STF Quanto ao Início do Cumprimento da Pena pelo Réu com Condenação Confirmada em Segunda Instância.....	44
4.3 A Mitigação da Presunção da Não Culpabilidade para Evitar a Impunidade ...	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discutirá um tema controvertido e atual, o qual vem sendo alvo de diversas discussões jurídicas seja estas advindas da Doutrina como da própria Jurisprudência, enquanto fontes alimentadoras do processo penal moderno.

Indiscutivelmente, sabe-se que a persecução criminal a cargo do poder estatal, denota na atualidade, numa expectativa presumida da sociedade pela correta e efetiva aplicação da lei penal àqueles que contrariam a ordem jurídica.

A efetividade da condenação penal é bastante controvertida, notadamente quando o sistema processual penal possibilita uma lista inexorável de recursos, principalmente para pessoas economicamente favorecidas, que em muitos casos distancia a aplicação da norma processual penal na solução dos delitos.

O direito de não ser declarado culpado, antes de decisão terminativa ou pelo menos enquanto houver dúvidas quanto à culpabilidade do cidadão, fora acolhida plenamente pela Assembleia Nacional Francesa, na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Naquele documento ocorreu a declaração solene dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. O Estado faria toda a proteção ao acusado de forma que se presumiria inocente mesmo que fosse declarado culpado e, se necessário sua prisão, o ente estatal não mediria esforços para salvaguardar sua integridade física.

O principio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, é muito subjetivo. O Pacto de São José da Costa Rica¹ tem acolhido o principio da presunção da inocência, onde trata o acusado de um crime como presumidamente inocente até a comprovação de sua culpa, ou existência de condenação penal.

Já a nossa carta magna confirma para a presunção da não culpabilidade, ou seja, requer o trânsito da condenação penal, onde não se pode antecipar o cumprimento da pena, antes que se esgotem todas as esferas de defesa do acusado.

¹ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 29.08.2016.

Enquanto uma teoria inclina-se na direção de que basta o cidadão ter uma condenação para afastar a presunção da inocência, a outra vertente aduz para o trânsito em julgado de sentença condenatória.

A morosidade e as quantidades de recursos existentes no nosso ordenamento jurídico permitem que o acusado possa se beneficiar pelo instituto da prescrição total ou ao menos parcial do crime por ele praticado.

A nossa discussão busca saber se realmente a execução provisória da pena à luz da Constituição Federal, é permitido antes do trânsito em julgado ou se fere alguns princípios, e para tanto iremos falar no primeiro capítulo sobre a previsão constitucional do princípio da não culpabilidade, dos direitos e das garantias fundamentais do acusado, vamos fazer uma relação entre a presunção da não culpabilidade e da coisa julgada.

Já no segundo capítulo, vamos tratar da execução provisória da pena, quais seriam os pressupostos para a execução, qual a possibilidade de executar a pena de forma provisória, e por fim discorreremos sobre a execução de decisão de segunda instância.

Finalmente no terceiro capítulo, faremos uma discussão sobre as consequências processuais decorrente da mitigação do princípio da não culpabilidade. Iremos também comentar as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), principalmente a despeito do princípio em estudo.

Iremos ainda trazer as controvérsias decorrentes do novo entendimento do STF quanto ao início do cumprimento da pena aplicada ao réu a partir de decisão de segunda instância. Por último, faremos o debate sobre a mitigação do princípio da não culpabilidade.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE

Ao Estado se consagrou o direito de punir, fazendo-se tal missão de forma sistemática e instrumentalizada, por meio de um processo penal justo e adequado, que se orienta pelo sistema acusatório e se desenvolva, de tal modo, que assegure o estado de não culpabilidade, daquele escolhido como alvo da persecução criminal.

O quadro que se tinha antes da implantação da Constituição de 1988 era que a liberdade do condenado durante o processo de apelação estava regulada pela Lei nº 5.941/73, mais especificamente nos artigos 393, 594,595 e 597.

Era permitido ao condenado o direito de apelação em liberdade ou com pagamento de fianças nos casos cabíveis, se fosse réu primário de bons antecedentes e que fosse reconhecida em sentença condenatória ou condenada por um crime que se livre solto, respeitando aqueles em que não caberia a pena no regime fechado, nesse entendimento podemos verificar no julgado do RHC 4681/RS em 24 de junho de 1996:

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA INOCENCIA PRESUMIDA. FUNDAMENTOS. DEFICIENCIA. - EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, QUE CONSAGROU O PRINCÍPIO DA INOCENCIA PRESUMIDA, A REGRA DO ART. 594, DO CPP, DEVE SER CONCEBIDA SEM RIGOR, NÃO SE ADMITINDO A EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO REU A PRISÃO PARA APELAR DE SENTENÇA CONDENATORIA, SALVO SE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA A NECESSIDADE DE SUA SEGREGAÇÃO PELA PRESENÇA DE UMA DAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 312, DO MESMO DIPLOMA LEGAL-RECURSO ORDINARIO PROVIDO. HABEAS-CORPUS CONCEDIDO.

Em síntese, sendo o réu primário e de bons antecedentes era permitido apelar em liberdade, respeitando os casos que couber às medidas cautelares. Na sentença condenatória, estando presentes esses dois elementos probatórios, não cabe ao juiz decretar a prisão *haja vista* que são fundamentos essenciais para que se recorra em liberdade, exceto os casos em que o réu estava recolhido por força de prisão em flagrante ou preventivamente e os motivos determinadores persistirem.

Verificamos os casos em que o denunciado não é réu primário e não possui bons antecedentes, porém o juiz em sentença penal condenatória conceder o efeito

suspensivo na apelação e o réu pode sim responder em liberdade, cabendo ao Ministério Público se manifestar dessa decisão.

Nos casos de condenação em que o réu respondia em liberdade por motivos de fiança, o mesmo não poderia sofrer de uma determinação de prisão na sentença, haja vista o preenchimento dos requisitos para responder a apelação em liberdade, estendendo os benefícios àqueles que também estavam respondendo solto e libertado provisoriamente mesmo sem o pagamento de fiança.

Todavia aos crimes de tráfico de entorpecentes elencados na lei 6.368/76² era expressamente vedado conforme o que dispõe o artigo 35, o direito ao réu de apelar em liberdade de sentença penal condenatória que fossem enquadradas nos artigos 12 e 13 da referida lei.

Ter bons antecedentes significa que o réu é primário, não possui condenação na esfera penal e com isso ele possui alguns dos requisitos do Código de Processo Penal para recorrer da apelação em liberdade. Esse dispositivo que o réu adquiriu pra responder ao processo em liberdade não é um direito absoluto, cabendo ao magistrado monocraticamente decidir diante das provas documentais ou testemunhais apresentadas nos autos, produzidas durante uma audiência de instrução de modo que se elabore uma sentença mais próxima das verdades dos fatos.

² **Art. 12.** Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. BRASIL. Lei nº 6.368/76. Dispõe da Lei de Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 27.07.2016.

Ser réu primário não é também um sinônimo de boa índole, pois existem casos em que o réu responde a vários processos ao mesmo tempo sem que se tenha saído ainda uma condenação definitiva com o trânsito em julgado.

Normalmente, são pessoas de grandes influências e de elevado poder econômico, contratam bons advogados onde, através dos inúmeros recursos ofertados por estes, com o intuito de protelar ao máximo o trânsito em julgado de suas sentenças condenatórias.

Outro ponto a destacar é que a apelação, nos dispositivos legais do Código de Processo Penal de 1973, não tinha força de suspender a condenação.

A nossa doutrina, especificamente o artigo 5º, inciso LVII,³ da Constituição Federal de 1988 faz referência ao princípio da não culpabilidade, de modo que ninguém pode ser declarado culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e que todo o processo tenha sido observado as suas garantias fundamentais ao acusado, principalmente o contraditório.

Antes de 1988, na Constituição havia uma previsibilidade de forma implícita do princípio da previsão de inocência, onde segundo alguns doutrinadores da época existiam sim a garantia do devido processo legal, mas com a implantação da Constituição Cidadã de 1988, esse princípio passou a existir de forma expressa e gerando inclusive Cláusulas Pétreas das garantias fundamentais ao cidadão, com o advento do princípio da não culpabilidade.

Nessa linha de pensamento, o professor Afrânio Jardim⁴ entende que, "como poderá ser executada uma sentença condenatória antes do trânsito em julgado, se a Constituição da República veda que alguém seja presumido culpado antes da irrecorribilidade do título executivo penal?".

Em se tratando de princípios constitucionais voltados a preservação das garantias fundamentais ao cidadão brasileiro, e, principalmente quanto à liberdade do indivíduo, observamos o que dispõe a lei 8.038/90⁵, que trata dos procedimentos junto aos Tribunais Superiores, em especial, os Recursos Extraordinários (RE) e Recursos Especiais (REsp), onde em seu artigo 27, §2º, o qual fora recentemente

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 19.

⁴ JARDIM, Afrânio; AMORIM, Pierre. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 320.

⁵**RECURSO EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 27.03.2016.

revogado com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/15⁶, onde esses dois recursos que antes tinham seus efeitos devolutivos, ou seja, permitiam desde logo a execução da pena, desta feita, passaram agora a ser recebidos apenas nos efeitos suspensivos.

Caminhando conjuntamente como que fora decidido pelo Supremo Federal no julgado do HC 126.292/SP em fevereiro recente, encontramos no voto do relator presente as Súmulas 716 e 717 aprovadas pelo plenário do próprio STF que tem por natureza o cumprimento provisório de sentença penal.

Diz a 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 condenatória.

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

Com a entrada do Brasil no Pacto de São José da Costa Rica⁷ em 1992, decreto este, promulgado pelo então presidente Itamar Franco, o Brasil passa a ser signatário do princípio da inocência. Passando os olhos nas terminologias, tanto da Convenção Americana como na Carta Magna de 1988, percebemos as distinções presentes nestes dois princípios aplicados.

Nas Convenções Americanas de Direitos Humanos, em seu artigo 8º (...), § 2º, quando diz que:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Já a nossa Constituição Federal⁸ orienta para a não culpabilidade, quando trata que ninguém poderá ser declarado culpado antes do trânsito de sentença penal condenatória.⁹

⁶BRASIL. **Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1072. Acesso em: 28.10.2016.

Art. 1.072. Revogam-se: (Vigência)

IV - os arts. 13 a 18, **26 a 29** e 38 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990;

⁷**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: [http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica_-_1969\[1\].pdf](http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica_-_1969[1].pdf). Acesso em: 27.03.2016.

⁸ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 232 p. 19. – Art. 5º LVII.

⁹ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 27.03.2016.

Nessa concepção, constatamos que a Convenção Americana afirma que até que se comprove legalmente sua culpa, no caso, uma sentença condenatória, mesmo de um juízo *a quo*, já afastaria tal princípio da inocência.

No nosso caso, o Brasil entende para o trânsito em julgado da sentença penal, ou seja, para que se declare o acusado culpado, deve-se esperar até o final de todo o procedimento processual, de modo que a sentença não caiba mais nenhum tipo de recurso.

2.1 A Previsão Constitucional da Não Culpabilidade

Indiscutivelmente, o texto constitucional indica a não culpabilidade como célula protetora do parecer do Estado na condução da persecução criminal. Toda via, o legislador ao incluir esse dispositivo de proteção ao cidadão, buscou de modo específico tentar proteger na sua mais ampla concepção, por parte do Estado, aquele indivíduo que poderia sofrer possíveis abusos em sua integralidade física.

Quando se entrega ao Estado o direito de reprimir e aplicar a punição necessária, entende-se que por ele ser soberano e forte, tem o dever de resguardar as garantias ao cidadão, e nesse ínterim é pertinente a colocação do professor Souza de que:

Metaforicamente, o princípio da inocência pode ser representado pelas pessoas que participam de um jogo de "paitinball", onde aquele que está no polo ativo tem o ônus de acertar e de sujar de tinta o seu adversário, tudo dentro das regras previamente previstas para o referido esporte.¹⁰

A origem do princípio da inocência veio durante o período Iluminismo, em decorrência sistemática e inquisitorial da época, fundamentado no sistema romano-canônico, durante o século XII. Nessa época, o cidadão era presumidamente culpado e carente de qualquer tipo de garantia ou proteção por parte estatal, inclusive suportando os efeitos das chamadas provas "legais" que eram abusivas e torturadoras, onde para se conseguir elucidar o crime, o estado praticava os meios que achassem necessários.

¹⁰ SOUZA, Sérgio; RICARDO, Willian Silva. **Manual de Processo Penal Constitucional: pós reforma de 2008**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.16-17.

É preciso observar que, o professor Scarance destaca que outros pensadores e juristas vieram a adotar expressamente o princípio da presunção de inocência como, por exemplo, no caso do artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem¹¹, de 1948, bem como o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹², também de 1948.¹³

Percebe-se que, com o passar do tempo a humanidade clama e implora de diversas maneiras, por melhores condições de vida, e nesse caminho observamos o pensar do professor Scarance:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso os países inseriram em SUS Constituições regras de cunho garantista, que impõe ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sendo o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitaremos direitos básico do indivíduo.¹⁴

Há muito anos se discutem sobre os direitos fundamentais do ser homem, e, voltando ao tempo, o professor Souza relata que durante a Revolução Francesa, mais especificamente em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, através da Assembleia Nacional, declararam de forma solene que "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado por decisão judicial, e, se julgar

¹¹ **DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM** - https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm Acesso em: 21.07.2016.

Artigo XVI. Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as conseqüências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

¹² **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS** - http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf - Acesso em: 21.07.2016.

Artigo 11° 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. 2. Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.

¹³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.13.

¹⁴ Ibidem.

indispensável prendê-lo, que todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".¹⁵

A Constituição Federal de 1988 adotou em seu artigo 5º, inciso LVII, o princípio da não culpabilidade como sendo uma regra a ser aplicado no âmbito de todo o território nacional, de modo que, a todo cidadão deve ser afastado a culpabilidade e adotada apenas a sua presunção de culpa, até que se defina ao final, através de um devido processo legal, a verdadeira culpabilidade.

Com a criação e a introdução na nossa Carta Magna dos direitos e garantias fundamentais, o legislador quis demonstrar que na verdade é dever do Ministério Público ou que o acuse, apresentar os fatos que levaram o acusado a praticar o crime, ou seja, o ônus fático e probatório é exclusivamente da acusação, cabendo ao acusado, o direito defender-se de tudo aquilo que foi produzido e apresentado em seu desfavor.

Todavia, mesmo havendo todo o procedimento constitucionalmente legal, respeitando a ampla defesa e o contraditório, bem como o princípio da não culpabilidade, o juízo *a quo*, aquele de primeira instância, entendendo ser o réu culpado de tudo aquilo apresentado pela peça acusatória, prolatará uma sentença de condenação, que dependendo das circunstâncias, com decisão fundamentada, poderá o juiz conceder ao réu o direito de apelar em liberdade, salvo se por outro motivo que impeça.

2.2 Direitos e Garantias Fundamentais do Acusado

Cumprе salientar que, devido o processo legal, o princípio da boa fé e da índole constitucional, apresenta-se como uma das garantias fundamentais do cidadão acusado, sendo esta uma ferramenta indispensável para legitimar o *jus puniend estatal*, cabendo então ao próprio Estado, respeitar e aplicar as regras preestabelecidas para o processamento e julgamento daqueles sujeitos que são acusados de algum *fato delituoso*.

Ao lado do devido processo legal, preocupado em ofertar a esta garantia uma total efetividade, percebemos que a existência do contraditório e da ampla defesa, são umas verdadeiras doutrinas das regularidades processuais penais, sendo assim,

¹⁵ SOUZA, Sérgio; RICARDO, Willian Silva. **Manual de Processo Penal Constitucional: pós reforma de 2008**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.16.

necessários para assegurar um processo justo e adequado aplicado ao procedimento estatal.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, em especial no artigo 5º e incisos, o Brasil adota de forma expressa, que ao cidadão brasileiro e aos naturalizados, são asseguradas amplas garantias, mesmo aqueles que estão respondendo aos processos criminais. Nesses casos, o Estado lhe assegura a inviolabilidade do contraditório e também da ampla defesa, durante toda a persecução processual que tramitar o processo acusatório, já que só é cabível ao estado o dever de punir ou absolver.

Cumprido destacar que, a doutrina que abraçava as garantias fundamentais do cidadão se fazia presente nos movimentos políticos, jurídicos e principalmente nos acadêmicos em meados de 1990 no Brasil, e, na senda dessa geração, destacamos o pensamento do professor Douglas Fischer:

O Garantismo penal não é simples legado, pois a teoria está calcada numa visão teórica de um direito próprio de um Estado Social e Democrático. É dizer: ao tempo em que o investigado ou réu não pode ser mais visto como um objeto na instrução pessoal, e sim como um sujeito de direitos (referido aqui unicamente por esse prisma inicial do garantismo), a submissão do juiz à lei não mais é - como sempre foi pela visão positivista tradicional e ilustrada - à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo.¹⁶

Deve-se haver um equilíbrio entre o Estado e as partes envolvidas no processo, momento este em que se busca uma verdade mais próxima do real, bem como a satisfação do dever cumprido por parte do Estado.

Em nossa Constituição¹⁷ há reservadas e inúmeras possibilidades para o cidadão postular as garantias e as proteções necessárias, e para cada momento, existe uma medida a ser aplicada como é o caso do artifício do habeas corpus, o qual sempre será apresentado quando os nossos direitos de locomoção não forem respeitados ou correrem o risco de ser aplicado ao cidadão.

Consta destacar na nossa Constituição, os mandados de segurança, estes inerentes à violação de um direito que o cidadão tem, e que esse direito seja liquidado

¹⁶ BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011. p.26.

¹⁷ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. pp. 15- 20.

e certo, havendo também os recursos diversos que servem para assegurar a ampla defesa e o contraditório no devido processo legal.

Quando o legislador acrescentou a ampla defesa e o contraditório, ele quis pontuar a existência de um tratamento que seja igualitário a todos os cidadãos brasileiros, de modo que essa garantia se encontra presente nas convenções internacionais bem como na Constituição brasileira.

Assim, se falando em tratamento igualitário, percebe-se que a pessoa acusada está proporcionalmente afetada pelo ente estatal, por esse possuir um maior aparelhamento montado ao seu dispor. Na maioria das vezes o acusado precisa contar com a sorte e sua própria força para garantir sua defesa nos processos.

Nesse dilema, há momentos no Código de Processo Penal que apresentam tratamentos diferenciados, é o que diz o professor Scarance:

Tem sido diverso o tratamento dado às diferentes formas de criminalidades que, para fim de estudo, podem ser divididas em três: a criminalidade leve, a criminalidade comum e a criminalidade grave ou organizada.

Para os crimes considerados leves, além de forte movimento no sentido de serem simplesmente eliminados do ordenamento ou transformados em infração administrativas, buscam os sistemas legais, ou propõe a doutrina, soluções destinadas a:

- evitar a instauração do processo, pelo aumento do rol dos crimes dependentes de representação ou por meio de transação penal prévia ente o órgão acusatório e o suspeito;
- impedir a imposição de pena, com a suspensão do processo sob condição e posterior extinção de punibilidade;
- evitar a imposição de pena privativa de liberdade, com previsão de pena substitutiva ou alternativa;
- possibilitar ao condenado o não cumprimento em cárcere de pena privativa, mediante suspensão condicional da pena, prisão domiciliar, prisão albergue.¹⁸

Mesmo com todo esse amparado da Constituição voltado aos direitos e garantias para o cidadão, estamos longe de apresentar um julgamento mais justo, reto e que atinjam a todo indivíduo. O acesso ao judiciário infelizmente é muito restrito, principalmente no tocante àqueles menos favorecidos economicamente, que buscam apoio nas Defensorias Públicas estaduais e ou federais.

Vivemos constantemente em busca de uma justiça que seja mais precisa e proativa, sem que venha lesar os princípios constitucionais, para que todo indivíduo

¹⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 23-24.

que está sendo acusado tenha o direito a uma defesa técnica. A ampla defesa acolhida pela Constituição será entendida como sendo aquela apresentada por um profissional habilitado, de amplo conhecimento técnico, jurídico e específico no caso, e que a ele seja respeitado todo o contraditório em todas as fases processuais.

No ordenamento jurídico, não se pode falar em ampla defesa e contraditório sem antes assegurar ao réu o direito a uma defesa técnica, até mesmo para que se garanta um equilíbrio entre as partes envolvidas na lide, onde de um lado terá o autor da ação, na maioria das vezes é o Ministério Público e de outro o réu, aquele indivíduo acusado por algo a que lhe foi imputado.

Por isso o Código de Processo Penal assegura ao acusado o direito de defesa apresentada por um técnico da área de direito, senão vejamos o que diz o artigo 261 do Código de Processo Penal: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Para corroborar, destacamos esse entendimento num julgado de um habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, onde a defesa alega dentre outras, cerceamento no curso processual, falta de assinatura e ausência de uma defesa técnica:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXTORSÃO QUALIFICADA. QUADRILHA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PACIENTE PARA CONSTITUIR ADVOGADO DE SUA CONFIANÇA. **AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA.** MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FALTA DEDOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO. 1. As matérias referentes à ausência de defensor no julgamento e à falta de intimação do paciente para constituir advogado de sua confiança antes da nomeação do defensor público para representá-lo não foram alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre estes tópicos, evitando-se, com tal medida, a ocorrência de indevida supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, observa-se que a impetração não trouxe à colação cópia integral da ação penal a que responde o paciente, razão pela qual não há como se aferir, conforme aventado na inicial, a ausência de assistência jurídica e se de fato o paciente não foi intimado para constituir defensor de sua confiança antes de lhe ser nomeado defensor público a ensejar a nulidade da ação penal. 3. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiu o impetrante. NULIDADE. FALTA DE ASSINATURA DO PACIENTE CERTIFICANDO A INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE A INFIRMAR A DECISÃO COLEGIADA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Constatado pela autoridade impetrada que o paciente foi devidamente intimado acerca do conteúdo da sentença condenatória e não tendo a parte juntado aos presentes autos cópia da ação penal a comprovar que o acusado não teve ciência da decisão de primeiro grau, não se mostra possível, em sede de remédio constitucional, infirmar a conclusão da Corte Estadual no sentido de ausência de qualquer cerceamento da defesa do paciente, porquanto, repita-se, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado. CRIME CONTINUADO. INCIDÊNCIA EM TODOS OS DELITOS. PACIENTE CONDENADO PELA PERPETRAÇÃO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, EXTORSÃO QUALIFICADA EQUADRILHA. INFRAÇÕES DE ESPÉCIES DIFERENTES. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO E ESSENCIAL AO SEU RECONHECIMENTO. INAPLICABILIDADE DA BENEFICÊNCIA CONTIDA NO ART. 71 DO CP. ORDEM DENEGADA. 1. A ficção jurídica prevista no art. 71 do Código Penal, a qual, nos casos em que são praticados diversos crimes nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução, possibilita que os subseqüentes se considerem como continuação do primeiro, deve ser aplicada tão somente nas hipóteses de infrações da mesma espécie. 2. O dispositivo que prevê o benefício da continuidade delitiva não dá espaço para excepcionar a sua incidência em condenação pela prática de vários delitos de espécies diferentes, como, in casu, os de roubo circunstanciado, extorsão qualificada e formação de quadrilha. 3. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão denegada a ordem.¹⁹

Portanto, compreende-se que o direito processual penal proporciona a todos os indivíduos nestas condições, todas as garantias e as ferramentas necessárias para que o acusado tenha uma boa defesa, oferecendo-lhe o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, tudo isso proclamado pela Constituição Federal.

2.3 A Presunção da Não Culpabilidade e da Coisa Julgada

A nossa Carta Magna vigente, sabiamente outorgou a inocência como estado presumido a ser aplicado a qualquer cidadão acusado, afastando o prévio e preconceituoso juízo antecipado de condenação, já que se faz necessário ao imputado, submeter-se como dito antes, ao devido processo legal e que nele se assegure a defesa em sua plenitude e em todo o curso processual.

Os fatos imputados ao acusado, desde a fase da investigação criminal, precisam ser devidamente confirmados na instrução processual, realizada de acordo

¹⁹ BRASIL. STJ - HC: 201922 MT 2011/0069233-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 06/12/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2011.

com cada procedimento penal previamente esculpido no roteiro processual e que esteja regrado na forma da Lei nº 3.689/1941 - Código de Processo Penal (CPP).

Assim sendo, a denúncia projetada na exordial acusatória, se vê revestida apenas de indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, postergada a certeza dos fatos e de sua real autoria para ao final da lide penal, e também depois de esgotados todos os meios recursais de enfrentamento do mérito, ou seja, da existência do fato delituoso, onde se define quem verdadeiramente fora o seu autor, tudo isso apoiado em provas judiciais incontestáveis e não mais passíveis de contradição.

A nossa Constituição Federal estabelece a divisão de deveres pelo qual as instituições são regradas à acusação e julgamento, onde de um lado cabe aos membros do Ministério Público apresentar ações de ordem pública incondicionada a representação conforme prevê o artigo 257 do Código de Processo Penal e do outro lado está a defesa técnica feita por um advogado habilitado e inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, promovendo e contraditando tudo aquilo apresentado em desfavor do acusado, por fim vem o judiciário, representado por um juiz de direito de carreira, promovendo o equilíbrio entre as partes de modo a garantir um julgamento o mais justo possível.

Nesse ínterim destacamos a importância pelo qual às instituições devem obedecer também ao princípio da igualdade, onde as partes apresentadas no processo devam ser tratadas de maneira igualitária durante a persecução processual.

Já nas exceções penais, estas serão aplicadas apenas aos casos em que sejam partes menores e pessoas com deficiências mentais, e que deverão estar acompanhadas pelos respectivos curadores ou representantes legais.

Outra situação a ser observada é quando a parte não dispõe de poder aquisitivo para custear as despesas do processo, nesse caso o juiz encaminha-o para à Defensoria Pública do Estado para que um defensor o acompanhe e faça sua defesa técnica junto à justiça.

Existe também uma defesa técnica para aqueles hipossuficientes que são representadas pelos núcleos de práticas jurídicas das faculdades que dispõe cursos de direito. Nesses casos, toda sua defesa é feita por estagiários sob orientações de professores habilitados e credenciados junto à ordem dos advogados do Brasil.

Em se tratando de coisa julgada, nada mais é do que a imutabilidade de uma sentença ou de seus efeitos. Na coisa julgada, a sentença não é mais propensa de reforma, seja porque ficaram preclusas as vias de impugnação ou porque foram exauridas todas as instâncias processuais e dessa forma o fez já coisa julgada.

A sentença pode apresentar coisa julgada formal ou material. Diz-se formal quando a sentença não pode ser mais examinada no mesmo processo e com isso, não podendo mais ser apreciado, ou seja, ocorreu a preclusão processual para a impugnação e oferta de recurso.

Portanto, coisa julgada no processo penal jamais poderá ser presumida, vindo como consagração da segurança jurídica e da necessidade de se estabelecer através dela, o início da execução da pena, quando for condenatório o comando judicial inserido na prestação jurisdicional do juízo monocrático.

A coisa julgada sempre se apresentou na realidade com o sentido de algo imutável para o mundo jurídico, inatingível pela via recursal, mas ainda vulnerável pela via da impugnação da revisão criminal, quando notadamente for desfavorável ao réu e presentes seus requisitos estabelecidos nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal, podendo o mesmo ingressar com novo pedido para rever sua condenação.

O juiz poderá julgar o pedido improcedente, diante da certeza de sua não culpabilidade, e nessa linha de pensamento, o ilustre professor Fernando Miller destaca que:

Seria por demais cômodos para o juiz proferir uma sentença de improcedência por insuficiência de provas naqueles casos em que o ônus probandi é do autor, não tendo este conseguido levar ao processo todas as informações necessárias à comprovação do fato constitutivo do seu direito.²⁰

Diante da busca para encontrar a verdade real dos fatos apresentados aos autos do processo, a segurança jurídica é de suma importância para afastar daqueles que se sentirem inconformadas com o resultado, a possibilidade de ingressar novamente na justiça para corrigir a mesma demanda ora discutida em tempos atrás.

A coisa julgada pode sofrer mudanças em casos de indulto, unificação das penas aplicadas e até mesmo por anistia. Há situações em que possam surgir aos

²⁰ BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011. p.184.

autos provas que venham a ter a possibilidade de inocentar ou diminuir a pena do réu, pode-se haver a mutabilidade da coisa julgada, que nesse exemplo é material.

Uma vez transitado em julgado a decisão proferida numa ação de habeas corpus faz também coisa julgada, pois como toda e qualquer decisão de mérito o processo é instaurado com o objeto delimitado, devendo o pedido ser apreciado e decidido procedente ou improcedente.

Em sua obra, Paulo Rangel esclarece:

Nesse viés, se o réu tem sua prisão preventiva decretada para garantir a instrução criminal (oitiva de testemunhas que foram ameaçadas por ele), ingressando com habeas corpus perante o tribunal competente alegando ilegalidade na prisão e tem seu pedido julgado improcedente, não poderá ingressar com novo habeas corpus, perante o mesmo tribunal, com a mesma causa de pedir, pois haverá ofensa ao caso julgado. Nesse sentido, se ingressou com ação de habeas corpus perante o STF (art.105I, c, CR) e seu pedido foi julgado improcedente não cabe reiteração do mesmo pedido com a mesma causa de pedir, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito por haver ofensa ao caso julgado.²¹

Então não há o que se discutir quando se comprovar litispendência processual, cabendo ao judiciário tomar as medidas que achar pertinente para sanar esse problema. Não insatisfeito com a demanda, cabe ao réu adentrar com outro remédio chamado de ação revisional, o qual todo condenado ou terceiro interessado tem esse direito de acionar junto ao estado, respeitando os requisitos necessários como já destacado pelo artigo 621 do CPP.

Todo cidadão tem o direito e a todo tempo de levantar junto aos judiciários fatos novos que venham a modificar o que fora decidido em sentença penal. O que se pretende numa revisão criminal é a busca de um equilíbrio entre o poder punitivo que tem o estado e os direitos de liberdade do cidadão na pretensão da verdade mais próxima do que foi discutido no processo.

²¹ RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012, p.265.

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Tratamos agora da Execução Provisória da Pena, um tema de grande relevância no âmbito processual penal, principalmente quando se trabalha os aspectos formais quanto à possibilidade de aplicabilidade de forma provisória a pena, mesmo ainda o réu com possibilidade de interposição de recursos em esferas superiores.

Na antiguidade o sistema prisional era utilizado apenas de forma cautelar, onde se buscava garantir tão somente a execução da pena ou a execução da dívida atribuída ao réu. Já na Idade média quando se instalou o sistema inquisitorial no processo penal, as prisões nesse período passaram a ser empregadas com maior frequência, deixando de lado os critérios de excepcionalidade e substituição das penas, ou seja, as cautelares passaram a ser exceção e a prisão preventiva a regra para se obter as confissões, na maioria das vezes através de torturas e confissões manipuladas²².

Não obstante, o Código de Processo Penal de 1941, tratava em sua redação originária a prisão do condenado de forma automática nas sentenças condenatórias, ou seja, a partir da primeira condenação já se dava logo o início à execução provisória da pena imposta ao réu, sendo elas recorríveis ou de pronúncia, restringindo os efeitos suspensivos da apelação apenas nos casos que cabiam fianças e que era possível ao réu livrar-se solto²³.

Haviam também as prisões cautelares obrigatórias como forma a garantir o cumprimento da pena, porém aplicadas somente em casos excepcionais, onde eram determinados por lei, nas penas iguais ou superiores a 10 anos, mesmo nos casos em que o réu tinha uma sentença favorável, pois sua principal função era a de

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 32.

²³ BRASIL. **Lei nº 3.689/1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 17.04.2016.

~~Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança:~~

~~I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;~~

~~II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.~~

preservar a integridade física do condenado, custodiando-o até julgamento ou para a execução da pena.

Compulsando o Código de Processo Penal de 1941, no artigo 393, inciso I, hoje já revogado, este apresentava que um dos efeitos da sentença condenatória recorrível era o réu ser preso. Ao proferir uma sentença condenatória, o juiz já mandava expedir mandado de prisão e o réu era recolhido aguardando o resultado do recurso de apelação.

As leis eram mais rígidas e o sistema processual exigente. Os crimes de menor potenciais como pequenos furtos, lesão corporal leve e até sedução, que tivessem sentenças desfavoráveis em primeira instância, iam parar atrás das grades, ao menos que o crime cometido fosse afiançável.

Com o advento da nova redação promovida pela Lei nº 5.449 de 1967²⁴ e da Lei nº 5.941 de 1973²⁵, foi, portanto extinto do Código de Processo Penal a prisão cautelar obrigatória.

Durante esse período, havia consolidação do Supremo de que somente com o trânsito em julgado de decisão penal condenatória é que se poderia dar início ao cumprimento pena aplicada ao réu, não sendo, portanto, admissível sua "execução provisória", ou seja, sua execução com a pendência no julgamento de recursos, mesmo que de natureza constitucional, endereçados aos Tribunais Superiores, porém essa jurisprudência não era vinculante, cabendo aos tribunais Regionais decidir cada caso.

O presidente Emílio Garrastazu Médici em 1973 sancionou a Lei nº 5.941²⁶ que dentre outros artigos, permitia que o réu sendo primário e de bons antecedentes poderia apelar em liberdade. Falava-se que durante esse período um homem forte

²⁴BRASIL. **Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5349.htm. Acesso em: 17.04.2016.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

²⁵BRASIL. **Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm#art596. Acesso em: 17.04.2016.

Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.

Parágrafo único. A apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente".

²⁶ **CONSULTOR JURÍDICO.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>. Acesso em: 17.04.2016.

do governo militar, o delegado paulista Fleury, tinha tido sua prisão decretada por um juiz de Direito em sentença de pronúncia.

Segundo informações na época, essa lei foi modificada com o propósito de beneficia-lo, e que ficou conhecida inclusive como a "Lei Fleury".

Com o advento da Constituição de 1988 conhecida como a Constituição Cidadã, que teve a frente o eterno e opositor ao regime militar, Ulysses Guimarães, foi implantado as cláusulas pétreas dentre elas no artigo 5º, o inciso LVII, que diz que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória.

Mesmo assim, as prisões continuavam a ocorrer ainda, por reflexo do regime militar até que 2009, o Supremo Tribunal Federal pacificou a jurisprudência com o julgamento do HC 84.078/MG, possibilitando agora ao réu recorrer em liberdade das decisões penais condenatórias e que a execução provisória não mais poderia ser aplicada, apenas após o trânsito em julgado, ou seja, teria que esperar o julgamento de todos os recursos para se dá início à execução da sentença penal condenatória.

Quando se trata de execução provisória da pena, estamos nos referindo ao início do cumprimento da pena a ser aplicada ao réu pelo Estado de forma provisória, permanecendo com o réu todos os direitos ao contraditório e ampla defesa inerentes ao processo pelo qual responde, ou seja, o Judiciário busca de forma imparcial afastar a sensação de impunidade em busca da aplicabilidade e de forma mais coesa, as decisões proferidas nas sentenças condenatórias, sem com isso restringir os direitos alcançados pelo réu durante a persecução processual.

Verdadeiramente o que se busca tanto na doutrina e nas jurisprudências é um equilíbrio ofertado pelo Estado que possibilite o cumprimento da pena aplica ao réu simultaneamente com o instituto da ampla defesa, não permitindo com isso que decisões se arrastem por décadas nos tribunais à procura do seu desfecho final.

Nesse caminho, a sentença penal condenatória muitas vezes não atinge seu objetivo, que é a busca da verdade real do que foi apresentado nos autos, onde a defesa se apega e atua através das frestas disponíveis no ordenamento jurídico inclinando-se no sentido de procrastinar o feito e ganhar mais tempo em busca talvez, de uma prescrição da pena aplicada ao seu cliente.

Sobre qual o juízo seria o competente da execução provisória penal, existem duas vertentes, dois posicionamentos distintos, onde de um lado reconhece que o juiz do processo do conhecimento, aquele que acompanhou todo o tramite

processual, ouvindo as partes e decidindo ao final é considerado o competente para decidir sobre pedidos formulados pelo réu que encontrar-se preso provisoriamente.

Existe outra corrente majoritária que adota e aplica o pensamento contrário, defendendo que cabe do juízo da Vara de Execuções Penais cuidar da execução da pena, mesmo que de forma provisória, tudo isso amparado pela Lei nº 7.210/84²⁷ - Lei das Execuções Penais, em seu artigo 65.

Nos manuais encontramos que quando é lavrada a abertura da execução da pena, cabe ao juiz que proferiu a sentença condenatória determinar a expedição da guia de recolhimento do preso e a sua remessa à Vara de Execução Penal competente.

Assim, em regra, a competência é especializada, atribuída ao juízo da execução penal segundo normas de organização judiciária. Apenas por exceção, será o juízo do processo que proferiu a sentença.

Portanto, fica mantido a competência do juízo da execução penal, onde deverá correr a execução provisória e onde devem ser feitos os pedidos relacionados ao condenado. Porém, havendo recurso de apelação por parte do réu, a competência para analisar a admissibilidade e remeter para o Tribunal será do juízo que proferiu a sentença.

Existem pressupostos legais em que os presos terão direito à cela separada dos demais presos, a fim de evitar constrangimentos e intimidações físicas e morais durante a execução penal provisoriamente.

A execução penal não cuida apenas das questões referentes ao cárcere privado onde o réu cumprirá sua pena, mas sim com a reabilitação do condenado.

3.1 Pressupostos da Execução da Pena

Todos os princípios que gerencia o direito processual penal são aplicáveis ao processo executivo. Sendo parte complementar na execução penal. Portanto, nesse momento, nos ocuparemos dos princípios constitucionalmente específicos do processo de execução penal.

²⁷BRASIL. **Lei nº 7.210/84.** Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm - Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença. Acesso em: 22.04.2016.

Existem na doutrina diferentes classificações acerca da execução da pena, porém nos apegamos em alguns como o princípio da autonomia, de modo que cabe ao magistrado definir o montante aplicado na dosimetria da pena com base no que fora apresentado no processo de conhecimento.

Através do princípio da efetividade, o Estado deve valer-se dos meios legítimos para a utilização e execução da pena. O processo deve dar à parte condenada, exatamente aquilo que ela teria que cumprir no que determinou a sentença penal.

Os pressupostos processuais nada mais são do que os requisitos de existência e validade da sentença penal condenatória. Ou seja, esses pressupostos são os elementos necessários para a existência do cumprimento de uma pena condenatória aplicada pelo Estado ao réu.

No voto do HC 126.292, o iminente Ministro do STF Teori Zavascki enfatizou que:

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.²⁸

Outro requisito seria a existência do juízo natural na aplicabilidade da pena imposta ao réu, estabelecendo a existência de regras objetiva de competência jurisdicional que garanta a independência bem como a imparcialidade do órgão julgador.

Segundo a Lei de Execução Penal, o seu artigo 1º, constitui pressuposto da execução da pena à existência de uma sentença penal condenatória que tenha aplicado uma pena privativa de liberdade ou não, ou até mesmo uma medida de segurança, que consiste em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

A presença dos requisitos de admissibilidade é de suma importância para que os recursos sejam recebidos em sua totalidade, haja vista que o tribunal regional ou

²⁸ BRASIL. **HC 126.292/SP**. O iminente Ministro do STF Teori Zavascki. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>. Acesso em: 16. 05.2016.

superior antes de dar prosseguimento deve analisar seus pressupostos, senão vejamos um julgado do STJ de 2013:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. **AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 619 DO CPP.** USO ABUSIVO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA. 1. Na ausência dos pressupostos inscritos no art. 619 do Código de Processo Penal, como na espécie, impõe-se a rejeição dos embargos de declaração. 2. É evidente a natureza meramente procrastinatória deste e dos demais recursos interpostos. Na verdade, o que se pretende, a todo custo, é impedir o trânsito em julgado da condenação, com manobras processuais inadmissíveis e repudiáveis pelo nosso sistema processual-constitucional penal. 3. Tal circunstância autoriza, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação e independentemente da publicação do acórdão, o início da execução da pena imposta, no caso, às acusadas. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados, com a determinação de que seja iniciada de imediato a execução da sentença condenatória, independentemente da publicação deste acórdão ou da interposição de qualquer outro recurso.²⁹

Os constantes e abusivos recursos impetrados pela defesa, mesmo estando de acordo com o que estabelece a lei, vêm trazendo grandes transtornos ao judiciário que não consegue por um fim às decisões que em décadas percorre os corredores da justiça. Muitos desses recursos são meramente procrastinatórios.

3.2 A Possibilidade de Executar a Pena de Forma Provisória

Nesse momento vamos tratar de dois posicionamentos antagônicos e jurisprudenciais aplicados pelo STF no tocante ao início do cumprimento da pena aplicada ao réu, de forma que em um curto espaço de tempo permitiu-se modificar drasticamente seu entendimento, permitindo o cumprir provisoriamente da pena.

Com o advento da Constituição de 1988 e a inclusão nela de princípios como o da Inocência ou da Não Culpabilidade, como cláusulas pétreas, estabeleceu ao réu a possibilidade de se recorrer em liberdade, pois de acordo coma Constituição, a pena de prisão imposta ao réu só poderia ser aplicada de forma cautela conforme ilustra Antonio Scarance Fernandes:

²⁹ BRASIL. STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp: 190630 AC 2012/0124314-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 19/03/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2013.

Tais circunstâncias concretas devem evidenciar a presença dos pressupostos ou requisitos para a prisão cautelar, que, conforme referido, são:

- o *fumos boni iuris*, ou fumaça do bom direito, que se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores da existência do crime e da autoria;
- o *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*, ou seja, o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva.³⁰

O Superior Tribunal Federal vinha adotando esse entendimento o qual dispõe nossa Carta Magna, qual seja, o de esperar o trânsito em julgado para execução da pena condenatória, porém alguns tribunais entendiam haver sim a possibilidade do início provisório do cumprimento da pena após o reexame pelos tribunais, e, portanto, eram expedidos mandados de prisão logo após os julgados dos acórdãos denegatórios o apelo.

Para os desembargadores, o simples fato do réu ter se submetido por duas decisões, ter tido a possibilidade de ver seu julgado reexaminado por duas instâncias diferentes, tudo isso afastaria o princípio da inocência.

Diante desse dilema destacamos aquelas situações dos indivíduos com prerrogativa de foro, como é o caso dos prefeitos, quando em exercício da função, são submetidos ao julgamento pelos tribunais regionais. Nessas situações, não há que se falar em reexame pela falta de sentença de primeiro grau devido às prerrogativas do posto.

Nesse caso podemos destacar o julgado do HC 135.752/PB de relatoria do eminente ministro Edson Fachin, onde o ministro Lewandowski então presidente do STF, durante o recesso forense apreciou o HC, julgou-o procedente e em seguida mandou soltar um ex-prefeito de Marizópolis, cidade do interior da Paraíba, com isso agindo do contrário à jurisprudência da casa, sob alegação de que Carta Magna só permite início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e que o julgamento do HC 126.292/SP de fevereiro de 2016, não tem eficácia vinculante.

Tal decisão foi revogado logo após o retorno do recesso pelo relator do processo, o ministro Edson Fachin, onde o mesmo ao revogar e expedir novo mandado de prisão, em sua fundamentação destacou que a decisão aferida pelo

³⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.301.

plenário do STF em fevereiro realmente não teve efeito *erga omnes* nem tampouco vinculante, mas que o a Suprema Corte deve aferir estabilidade na sua própria jurisprudência, e dessa forma, afastar a insegurança jurídica de suas decisões.

3.3 A Execução da Pena Depois da Decisão de Segunda Instância

Partindo do pressuposto de que para aplicação da execução provisória da pena deve-se levar em conta o que estabelece a nossa Constituição, a Lei de Execução Penal bem como as orientações jurisprudenciais do Supremo Federal.

Pois bem, ao permitir que se execute provisoriamente uma sentença condenatória a partir de decisão do segundo grau, o STF quis na verdade dar mais celeridade aos processos e ao mesmo tempo uma satisfação à sociedade no tocante à morosidade para o cumprimento de sentenças que muitas vezes se arrastam por décadas nos tribunais.

Encontramos vastos posicionamentos a favor e contrários ao recente entendimento jurisprudencial do Supremo, de modo que a doutrina dominante entende que as Cláusulas Pétreas são ferramentas imutáveis, e conforme estabelece o artigo 60, §4º da nossa Constituição Federal, essas matérias jamais poderiam ser objetos de mudanças, de modo a atingir qualquer dos direitos fundamentais já adquiridos com o advento da Constituição de 1988.

Sabemos que os magistrados têm também responsabilidade política imensurável junto à sociedade, pois despontam de suas decisões o direcionamento e o enquadramento de tudo aquilo julgado, e que mais tarde, essas decisões seguirão como orientações para as demais condutas aplicadas nos demais casos, sejam elas no âmbito governamental ou para os ensinamentos da própria comunidade brasileira.

Diante do exposto podemos destacar um caso lendário da “Kachanga Real”, trata-se de uma espécie de jogo de cartas em que sempre haverá o ganhador e não um ganhador. A estória é o seguinte: Certo forasteiro adentrou no famoso cassino de nome “Aqui se joga todos os jogos”. Ao adentrar no cassino, o forasteiro perguntou se poderia jogar a “Kachanga”, já que nesse cassino se dizia que jogava de tudo, e nesse momento, o gerente olhou para o dono do Cassino que de imediato disse: Claro!

Sentou-se à mesa o proprietário do cassino (querendo aprender tal jogo) e o forasteiro, que de imediato puxou as cartas (hum, se joga com cartas, disse o proprietário), distribuiu dez cartas pra cada um e em seguida comprou duas (hum, pode comprar cartas) seguiu-se o jogo.

Num determinada tempo o forasteiro fez uma sequencia de três cartas e as demais desconexas jogou-as na mesa e disse: Kachanga!! Recolhendo em seguida todo o dinheiro da aposta (hum, três sequências e as demais podendo ser aleatórias).

Passou-se o tempo e o forasteiro ganhando boa parte do dinheiro do cassino, nesse momento o desafiante e experiente dono do cassino achando que já tinha aprendido e dominado o jogo resolve apostar tudo, ou seja, o próprio Cassino no tal jogo da “Kachanga”.

Ao distribuir as cartas, o desafiante e proprietário do Cassino, percebe em sua mão uma sequencia boa de cartas faltando apenas uma para completar e bater o jogo e acabar logo com essa angustia. Passado mais um tempo, e ao comprar uma carta veio exatamente àquela a qual precisava, em seguida joga-as à mesa e diz: Kachanga, Ganhei!

Nesse momento o forasteiro abre um sorriso amarelo, balançando a cabeça de um lado pro outro e joga à mesa suas cartas, pra surpresa, ele tinha uma sequência de apenas duas cartas e as demais desconexas, e conclama: “Kachanga Real!! E vence o jogo.

E então, tudo isso para mostrar que nesse jogo da vida real em que vivemos precisamos entender que é preciso que se atente à nossa Carta Maior, de modo que não se podem permitir alternâncias de jurisprudências apenas com o condão de dar satisfação à sociedade, mas sim fortalecer a segurança jurídica das decisões, principalmente em se tratando de um colegiado do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição Federal.

Outro caso emblemático e clássico é o dos irmãos Naves³¹, ocorrido no interior de Minas Gerais, na década de 30 aqui no Brasil. Tratava-se dos irmãos Joaquim Naves e Sebastião Naves, que num período totalmente ditatorial foram presos sob a acusação de homicídio do seu próprio primo.

³¹ **REVISTA LIBERDADES.** Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58. Acesso em: 27.04.2016.

O caso gerou muita insatisfação e revolta junto à população da época devida às arbitrariedades cometidas pela polícia e o poder judiciário, que muitas vezes por ordens do governo ditatorial cometeram abusos para adquirir a confissão dos irmãos.

Ocorre que Benedito Caetano, primo dos acusados, teria desaparecido e com ele foi junto uma importância de 90 contos de réis, aproximadamente R\$ 270 mil reais nos dias de hoje, fruto da venda de sacas de arroz, e que diante da sua ausência, os irmãos Naves seus primos, teriam procurado a Delegacia de Polícia para registrar uma ocorrência de desaparecimento.

Depois de muitas diligências sem sucesso e o não convencimento do que apresentara e narrava os irmãos Naves, o delegado desconfiando que poderia se tratar de um homicídio, resolve autua-los por homicídio e ocultação de cadáver.

A partir daí começou uma série seções de torturas para que os mesmos confessassem o crime praticado, que segundo o delegado, era contra Benedito Caetano seu primo, com o objetivo de ficar com a posse dos 90 contos de réis pertencente à vítima oriunda da venda das estivas (arroz).

Os irmãos Naves foram levados a júri popular em 1938 do qual foram absolvidos por negativa de autoria, mas a promotoria recorreu e a apelação foi aceita pelo Tribunal de Justiça, onde os irmãos Naves submeteram-se a novo julgamento o qual também tiveram absolvição do conselho de sentença.

Inacreditavelmente, o Tribunal de Justiça resolve alterar o resultado do Conselho de Sentença, e, apoiado pelo Regime Militar, passa a condenar os irmãos Naves a cumprir pena de 26 anos e 6 meses de prisão pela morte e ocultação de seu primo Benedito Caetano, e que depois de uma revisão feita a pedido da defesa, em 1940 as penas foram reduzidas para 16 anos e 6 meses.

Alguns anos mais tarde, em 1948 Joaquim Neves adquire uma doença grave e morre na cadeia. Em 1952 veio à tona a veracidade do caso, de modo que a vítima do suposto homicídio pelo qual os irmãos foram condenados aparece vivo na fazenda dos pais.

No momento do reencontro Benedito teme pela sua integridade física devido à repercussão que gerou sua fuga, mas Sebastião o abraça e diz: "– Graças a Deus te encontrei para provar a minha inocência. Ninguém aqui quer matar, vem para a

cidade, pro povo ver que você está vivo e que eu sou inocente"³². Após o reaparecimento de Benedito Caetano, Sebastião Naves e a viúva de Joaquim Naves requerem a revisão criminal cumulada com indenização por dano, a qual é deferida em 1953. Portanto, o valor só seria pago em 1962.

Num julgado mais recente, podemos ver reflexos do clássico julgamento dos irmãos Naves, vejamos:

Revisão criminal requerida por cidadão em causa própria, por ser advogado; condenado pelo I Tribunal do Júri da Capital, por um homicídio consumado e outro tentado, com a qualificadora do meio que dificultou a defesa, ao teor do artigo 121, § 2º, IV, e do mesmo, acoplado ao artigo 14, II, do Código Penal; fixada a pena de 23 anos de reclusão, que foi reduzida na sede do apelo, pela 3ª Câmara Criminal, para 16 anos. Invocação dos incisos I, II e III, do artigo 621, do Digesto de Ritos; e pedido acessório de indenização civil. Remessa dos autos principais, digitalizados, e informação complementar por instância do Relator originário. Impugnação pela Procuradoria do Estado. Parecer contrário do Órgão do Ministério Público. Concordância. Julgamento pretérito, em pedido de igual natureza, nesta Seção, com esteio no citado inciso III, que foi desacolhido; logo, descabida, aqui e agora, sua reapreciação. Procedimento inquisitorial, seguido da instrução, da pronúncia e do julgamento pelos representantes da sociedade, na afirmação da materialidade, autoria, ausência de cumprimento do dever legal, e presença da majorante. O requerente, policial civil, na companhia de um policial militar, estando em um automóvel que trafegava em artéria do bairro carioca da Tijuca, onde havia um conflito entre torcedores do "Flamengo" e do "Vasco"; em seguida a um jogo no Estádio Mário Filho; fez disparos de arma de fogo, constando que o outro também o fez, resultando na morte de um homem e ferimentos em outro; afirmado o animus necandi. Condenação do aludido corréu, por igual. Possibilidade de ser acolhida uma revisão acerca de condenação por crime doloso contra a vida, mesmo no cotejo da soberania dos jurados, diante de um valor constitucional maior, traduzido na ampla defesa; isto, à luz de doutrina e jurisprudência modernas. Todavia, na espécie, inadmissibilidade de tal ser obrado. Embora tenha havido outro procedimento, derivado de declarações de certas pessoas, à autoridade policial, inocentando o requerente, e apontando outro elemento como o autor das graves infrações, esse último restou absolvido pelo dito Tribunal do Júri, por negativa de autoria; o que não contradiz o julgamento increpado; bem como, depoimentos que seriam favoráveis ao requerente, não foram submetidos ao contraditório, como exigido pelo Enunciado 259 da Súmula desta Corte. Impossibilidade de o instituto revisivo, que se assemelha ao rescisório na esfera cível, ser transformado, de fato, em uma "terceira instância". Postulação que nada impede ser

³² **SITIO DA REVISTA LIBERDADE** - http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58. Acesso em: 29.04.2016.

reiterada, com base em novos elementos. Pedido que se julga improcedente.³³

Tudo isso vem à tona para demonstrar a ineficácia ou a pressa de se querer condenar a todo custo sem antes ter a certeza da verdade processual, com isso, deve o Estado esgotar todos os meios existentes, e afastar a ideia protelação como um dos motivos para se prender o acusado, ao Estado cabe buscar meios que tornem mais céleres as suas atuações via processual, seja contratando mais servidores, seja tornando mais eficaz seus sistemas de atuações processuais e não restringindo direitos a que tem o réu.

³³BRASIL. TJ-RJ - RVCR: 00155530520118190000 RJ 0015553-05.2011.8.19.0000, Relator: DES. LUIZ FELIPE DA SILVA HADDAD, Data de Julgamento: 19/03/2014, SECAO CRIMINAL, Data de Publicação: 22/05/2014 17:36.

4 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Nesse capítulo iremos tratar da proteção ao cidadão em que o Estado deve dispor àqueles durante todo o andamento processual, tudo isso amparado pela Carta em seu artigo 5º LVII, pela Lei de Execução Penal, pelo Código de Processo Penal em seu artigo 283 e demais leis infraconstitucionais.

Depois do julgado do HC 126.292/SP em fevereiro do corrente ano, muitas decisões foram agora movimentadas, digo, muitos processos que estavam encostados nas prateleiras afora e por motivos diversos, tiveram que ser acordados, pois a regra já não era mais a mesma, e com isso veio atingir àqueles réus com decisões contrárias em diversos tribunais regionais de segunda instância, que estavam apenas aguardando as respostas dos recursos, agora terão que expedir e cumprir os mandados de prisão, conforme jurisprudência atual.

Destarte destacar o julgado das duas Ações Declaratórias de Constitucionalidades, a de número 43 e 44, pelo Supremo Tribunal Federal, apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional, pedindo a Constitucionalidade, a harmonia e a constitucionalidade da redação dada ao artigo 283 do Código de Processo Penal advindo da Lei nº 12.403/11.

Como referências podem incluir no presente momento dois habeas corpus julgados de forma contrária ao novo entendimento jurisprudencial, um do eminente ministro do STF, o decano Celso de Mello no HC 135.100/MG³⁴.

Senão vejamos o que diz o decano Celso de Mello:

A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para

³⁴ **SÍTIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=500361>. Acesso em: 18.08.2016.

*todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal.*³⁵

Nessa decisão, o eminente ministro Celso de Mello foi categórico em manter seu entendimento de que não cabe prisão antes de esgotadas todas às esferas recursais, de modo que não se pode mexer em cláusula pétrea e que qualquer medida que venha a modifica-la, essa deve ser afastada.

Outro julgado durante o recesso forense do Pretório Excelso, pelo presidente desta Corte, o ministro Lewandowisk e que posteriormente fora revogado pelo relator o ministro Edson Fachin quando da volta do recesso, foi o HC 135.752/PB³⁶.

O presidente do STF continuava julgando conforme seu juízo, até sair o resultado das duas ADCs e que tornou vinculante a todos aos Tribunais. Senão vejamos parte desse último julgado:

Na espécie, é possível verificar, ao menos em um juízo provisório, que a fundamentação utilizada para decretar-se a prisão do paciente mostrou-se frágil inidôneo, porquanto apenas fez referência a julgamento do Plenário desta Suprema Corte, que, embora, repito, tenha sinalizado possível mudança de entendimento jurisprudencial, não possui qualquer eficácia vinculante, nos termos do que dispõem os arts. 102, § 2º, e 103-A, *caput*, da Constituição Federal.³⁷

Com essa decisão nesse julgado específico, o ministro Lewandowisk explanou que mesmo a Suprema Corte tendo decidido ser possível a decretação da prisão e seu cumprimento da pena de forma provisória antes de transita em julgado, logo após confirmação em grau de apelação nos tribunais de origem, não tem validade vinculante (agora tem) e portanto ser cabível de entendimento contrário.

Ao antecipar uma decisão tão polêmica, durante o recesso do judiciário e ser o relator ouro ministro, o presidente da Corte foi visto pelos pares com maus olhos, tendo em vista que foi foto vencido no HC 126.292/SP, o que mudou a jurisprudência em fevereiro deste ano.³⁸

Ao revogar a decisão, o ministro Fachin mandou de volta pra prisão o prefeito paraibano réu no CH 135.752/PB:

³⁵ **SÍTI** **DO** **SUPREMO** **TRIBUNAL** **FEDERAL**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=500361>. Acesso em: 18.08.2016.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BRASIL. **HC 126.292/SP**. O iminente Ministro do STF Teori Zavascki. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>. Acesso em: 16. 05.2016.

A decisão proferida no HC 126.292/SP realmente não ostenta caráter *erga omnes* ou vinculante, nada obstante impende que a Corte confira estabilidade a sua própria jurisprudência, ressalvados por evidentes doutos entendimentos divergentes na fixação de teses majoritárias. Entendo que a decisão tomada pelo Plenário não teve, a rigor, como base apenas peculiaridades do referido caso concreto, tanto que culminou na edição de tese que, dentre outras funções, exerce a tarefa de indicar, em sentido geral, a compreensão da Corte Suprema sobre dada matéria.³⁹

Como já dito, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB protocolou junto ao Supremo uma ação declaratória de constitucionalidade que teria por objeto o alinhamento do artigo 283 do Código de Processo Penal juntamente com o que dispõe o artigo 5º LVII da Constituição, dessa forma acabando com a mitigação ao Princípio da Presunção de Inocência e passando a aplicar o cumprimento da pena imposta ao réu só após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que não foi aceita pela maioria dos Ministros da Corte, mesmo depois de muitas sustentações orais pelos advogados e defensores.

O ponto que foi destacado, bastante batido por advogados e defensores foi à ideia de que a Constituição deve ser seguida a risca, ou seja, que não caberia entendimento hermenêutico diversos em se tratando de Cláusulas Pétreas e que no julgamento os eminentes ministros que foram a favor da mudança se equivocaram, trazendo fatos que não condiz ao caso em estudo, como questões de prescrições pelo fato da defesa ofertar diversos recursos.

Portanto, além de pedir a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, a OAB solicitou também a antecipação dos efeitos da tutela caso seja julgado procedente os pedidos, para que suspenda a execução provisória das penas de todos aqueles casos que foram julgados após HC 126.292/SP, o que não se concretizou devido à denegação do pedido das duas ADCs, a de número 43 e 44.⁴⁰

Nesse caminhar, foi de suma importância e também necessário para segurança jurídica julgamento de modo que com essa decisão, agora se tornou vinculante, o início do cumprimento da pena logo após acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação.

³⁹ BRASIL. **HC 126.292/SP**. O iminente Ministro do STF Teori Zavascki. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>. Acesso em: 16. 05.2016.

⁴⁰ Ibidem.

4.1 A Jurisprudência do STJ e do STF a Despeito da Presunção da Não Culpabilidade

O Supremo Tribunal Federal em fevereiro do corrente ano modificou sua jurisprudência e em 5 de outubro ao julgar as duas ADCs, firmou seu entendimento e agora passou a ser vinculantes todas as decisões em que a execução provisória da pena imposta aos condenados por crimes, podendo agora ser cumprida as prisões logo após a confirmação da condenação em grau de apelação.

Nesse diapasão, destacamos o que diz o ministro Teori Zavascki em seu voto, mencionando trechos da obra de autoria do magistrado Fernando Brandini Barbagalodo TJDFT:

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).⁴¹

Em 2009, com voto do ministro Eros Grau, no HC 84.078/MG, o qual era relator, julgado procedente e teve seu voto acompanhado pela maioria dos membros

⁴¹ **SÍTIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 19.06.2016.

daquela Corte, onde o tribunal entendia que a pena só poderia começar a ser cumprida depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Quanto da mudança da jurisprudência ocorrida em fevereiro deste ano, há um ponto há se levantar na aplicabilidade de uma sentença e suas consequências.

Acontece que o nosso ordenamento jurídico é muito complexo, diria até brando, devido às inúmeras quantidades e possibilidades existentes de recursos, de modo que muitos acusados que possuíam boas condições financeiras contratavam os melhores advogados para adiar ao máximo o cumprimento de suas sentenças, como foi o caso do fazendeiro Omar Coelho Vitor, beneficiado pelo instituto da prescrição.

O julgamento do HC 84.078/MG teve como beneficiário Omar Coelho que foi condenado a 7 anos e 6 meses pela prática do crime de homicídio. Era um grande fazendeiro da região e que por ter boas condições financeiras, contratou os melhores advogados para sua defesa.

Ocorre que pelos sucessivos recursos procrastinatórios impetrados pela defesa, ao final o fazendeiro Omar teve seu último recurso prejudicado e não apreciado pela justiça, um Embargos de Divergência no Recurso Especial, pela juntada de uma petição pela própria defesa, um pedido de prescrição. A petição foi apreciada e aceita, tendo o paciente sido beneficiado pela extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva.

O Supremo Federal ao julgar procedente o HC 84.078 quis na verdade evidenciar que as decisões do Judiciário devem ser à luz da Constituição Federal e que não poderia o judiciário ferir de morte Cláusulas Pétreas ofertadas pelo Constituinte em 1988.

Senão vejamos o que diz em seu voto o eminente ministro Eros Grau:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO NTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional

vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração

penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.⁴²

Nesse momento histórico de votação do HC 84.078/MG, os advogados irradiantes pela nova orientação jurisprudencial, passaram agora a ofertar cada vez mais recursos, principalmente nas decisões do primeiro grau até a sua última instância, e, com isso deixando o seu cliente o maior tempo possível sem cumprir a pena e quem sabe a conquista da tão sonhada prescrição total ou de parte da pena ora aplicada.

Também podemos destacar a decisão proferida pelo Ministro aposentado Joaquim Barbosa o qual manda pôr em liberdade os condenados no mensalão com base no próprio julgado do HC 84.078/MG.

Joaquim Barbosa⁴³ foi um dos 4 ministros que votaram contra o referido HC, com base na quantidade de recursos que são apresentados visando, segundo ele, a procrastinação do feito: "Se formos aguardar o julgamento dos Recursos Especiais e Recursos Extraordinários, o processo jamais chegará ao fim".

Outro fato que podemos destacar do então Ministro Joaquim Barbosa¹⁶: "Sou relator de um rumoroso processo de São Paulo. Só de um dos réus foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de minha relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Britto."

De fato o ministro tem de certo modo tem razão, quando verificamos os arquivos do SFT iremos nos debruçar com uma imensa quantidade de recursos puramente protelatória.

No ano de 2014 nos deparamos com o julgado dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 403.551/MG, recurso este de numero 21 ofertado pelo mesmo paciente Omar Coelho titular do HC 84.078, aquele que foi o beneficiado pela mudança na jurisprudência e que o SFT permitiu recorrer da decisão condenatória em liberdade, antes do julgamento do referido Embargo os advogados do réu juntou uma petição na qual pedia extinção da punibilidade do crime cometido pelo réu por parte do Estado tendo em vista que o réu nesse momento teria o benefício da prescrição da pretensão punitiva.

⁴² BRASIL. **STF - HC 84078 MG**, Relator: Min Eros Graus, Data de Julgamento: 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 Publicado em 26-02-2010 Ement Vol-02391-05 PP-01048.

⁴³ **SÍTIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>. Acesso em: 09.05.2016.

4.2 As Controvérsias Decorrentes do Novo Entendimento do STF Quanto ao Início do Cumprimento da Pena pelo Réu com Condenação Confirmada em Segunda Instância

Diante do que vimos até agora se verificou o quanto ficou exposto à segurança jurídica, em especial, os casos de cumprimento da execução provisória de ação penal condenatória a partir da confirmação de sentença em segundo grau.

Nessa problemática, cabe ao Estado à busca em alcançar um parecer mais equilibrado e que venha atender ao devido processo legal e ao resultado mais justo da pena a ser aplicada ao réu e, principalmente, não se afastando das garantias fundamentais conquistadas com o surgimento Constituição de 1988.

Com a mudança, o novo entendimento jurisprudencial do STF ao julgar o HC 126.292 e as duas ADCs, deixou claro o repulso quanto às quantidades de recursos meramente protelatórios na busca incessante de adiar o trânsito em julgado da sentença penal.

Nesses julgados, exarados do Pretório Excelso, foi percebida também no voto do eminente Ministro Barroso,⁴⁴ que o sistema judiciário no Brasil encontra-se desarrumado precisando a seu ver, de uma reformulação por parte de quem tem o dever de cuidar e preservar as leis, no caso o Supremo Federal.

Senão vejamos:

Eu tenho dito desde que ingressei no Tribunal, e comprovei isso trabalhando aqui, que o sistema punitivo no Brasil se encontra extremamente desarrumado. Desarrumado do ponto de vista filosófico, desarrumado do ponto de vista normativo e desarrumado do ponto de vista jurisprudencial. E acho que o Tribunal tem um papel decisivo nessa arrumação e que aos poucos estamos conseguindo fazer progressos relevantes nessa matéria. E hoje nós podemos dar mais um passo. Ministro Luiz Roberto Barrosos, HC 126.292.⁴⁵

O ilustre ministro Barroso, destaca que não se pode falar em mitigação da ampla defesa aplicada ao réu, tendo em vista que mesmo o réu, estando preso e cumprindo sua pena, ainda lhe é concebido todos os benefícios para sua defesa,

⁴⁴ BRASIL. HC 126.292/SP. O iminente Ministro do STF Teori Zavascki. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>. Acesso em: 11.05.2016.

⁴⁵ Ibidem.

porém as matérias fáticas e probatórias já foram esgotadas nas esferas inferiores, cabendo aos Tribunais Superiores, examinar os casos puramente de direito.

Entende ele, que a esse novo instituto jurisprudencial que fora aplicado ao novo entendimento pelo STF para cumprimento da pena já a partir do segundo grau está amparado em lei⁴⁶ e em súmulas⁴⁷ bem como que, em nenhum país do mundo exige mais do que dois graus de jurisdição para que se possa cumprir uma sentença criminal.

Nessa linha de pensamento podemos também demonstrar outro posicionamento do STF, desta feita o da ilustríssima ministra aposentada Ellen Gracie: “Em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o refendo da Suprema Corte”.

Já o ministro Marco Aurélio⁴⁸ apresentou no seu voto o entendimento de que sentença só poderá ser executada após o trânsito em julgado da condenação e destaca que o Pretório Excelso teve uma tarde infeliz: "Não vejo uma tarde feliz em termos jurisdicionais na vida deste Tribunal, na vida do Supremo."

Diante dos votos apresentados pelos iminentes magistrados, eis a questão levantada sobre onde o ponto final do trânsito em julgado. Com esse novo entendimento, o Supremo Federal decidiu que o trânsito em julgado se dá por capítulos.

As matérias de fatos e provas decididas em segundo grau de jurisdição não podem ser discutidas pelo Supremo e que o princípio da não Culpabilidade ou Inocência não impede que as condenações sejam executadas depois de uma decisão de segundo grau.

Outro ponto a ser discutido é que a Constituição diz que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado, mas não diz onde é o trânsito, portanto, é matéria de interpretação pela Suprema Corte.

⁴⁶BRASIL. **Lei nº 8.038/90.** Recursos Extraordinários e Especiais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 11.05.2016.

⁴⁷BRASIL. **SÚMULAS DO STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 11.05.2016.

⁴⁸ **SITE MIGALHAS.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em: 16.05.2016.

Tem também a questão levantada pelo Ministro Barro⁴⁹ de que de 2009, quando a Corte decidiu que prisão só após o trânsito da sentença penal, é que até abril de 2016, menos de 3 % de todos os recursos impetrados junto ao STF não deram resultados significativos a ponto de inocentá-lo, ou seja, apenas os privilegiados financeiramente teriam o condão de recorrer a todas as instancias em busca da diminuição da pena alcançada pela prescrição de alguns dos crimes ofertados na denúncia.

4.3 A Mitigação da Presunção da Não Culpabilidade para Evitar a Impunidade

Fundamentalmente chegamos ao assunto de grande repercussão no mundo acadêmico e jurídico devido ao novo entendimento jurisdicional do Pretório Excelso no tocante ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Depois da publicação do acórdão, dezenas de réus que estavam respondendo em liberdade, se valendo dos benefícios dos efeitos suspensivos dos recursos.

A partir de agora, muitos magistrados se valendo desse acórdão que agora se tornou vinculante, estão decretando a prisão nos casos que se adequar aqueles que foram condenados em segundo grau de jurisdição.

Vamos destacar que com a decisão do julgamento do HC 84.038/MG de 2009 de Relatoria do ministro aposentado Eros Graus e que teve votação apertada de 7x4, vimos um crescimento descomunal de recursos aos Tribunais Superiores e principalmente neles, os excessivos embargos infinitos, na maioria das vezes infundadas, com o propósito meramente procrastinatório.

A supressão do sistema judiciário na eficácia do cumprimento da pena se tornou evidente com o julgado do dos Embargos de Divergência em Recurso Especial que ficou prejudicado devido à petição juntada aos autos por Omar Coelho Vítor, ora beneficiado pela liberdade fruto do julgado do seu HC.

O requerente pede a extinção da punibilidade do crime por ele cometido em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado conforme estabelece o artigo

⁴⁹ BRASIL. HC 126.292/SP. O iminente Ministro do STF Teori Zavascki. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>. Acesso em: 16. 05.2016.

109 do Código Penal Brasileiro⁵⁰, haja vista que sua pena de 7 anos e 6 meses já havia prescrito em março de 2013.

Para melhor esclarecer o caso, o réu Omar Coelho Vítor foi indiciado por tentativa de homicídio duplamente qualificado, pois em 1991, ele teria atentado contra a vítima com o disparo de arma de fogo na cabeça e no corpo.

Foi submetido a julgamento pela primeira vez e condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de homicídio privilegiado tentado, mas o Ministério Público recorreu por questões de erro de quesitação.

Após um novo julgamento pelo Tribunal do Júri, em maio de 2000, o réu desta feita foi declarado culpado pelo Conselho de Sentença à pena definitiva de 7 anos e 6 meses de reclusão por homicídio qualificado, em regime fechado.

Inconformado com a pena, a defesa e também a acusação recorreram da pena e o Tribunal local negou provimento aos recursos, mantendo a pena aplicada pelo Conselho de Sentença. Desta feita, fora interposto Embargos que acolhidos e depois rejeitados, por fim ou início como queiram entender, começa a brincadeira dos recursos.

Primeiramente, o réu apresenta o Recurso Especial que pela demora da apreciação, passou por vários relatores por questões administrativas do STJ, alguns ministros até se aposentaram e outro transferido. Por fim, o recurso fora remetido ao Tribunal de origem por falta de juízo de admissibilidade.

Julgado e já de volta ao Superior Tribunal de Justiça, a então iminente Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura acolheu para não conhecer do recurso especial, da qual sem perder tempo a defesa apresenta um novo recurso, Agravo Regimental e mais dois Embargos todos negados pelo STJ.

⁵⁰ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 18.05.2016.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010.

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

Não satisfeito, tenta-se outro recurso, desta feita os Embargos de Divergência, segundo a defesa do réu, o acórdão embargado pela Ministra estaria em desacordo com julgado provindo da Quinta Turma desta Corte deste Tribunal.

Os Embargos foram acolhidos e posteriormente rejeitados.

Diante do que fora apresentado, como pode uma pessoa ser tão beneficiada pela Suprema Corte, primeiramente quando o STF julgou procedente seu HC 84.038 em 2009, suspendendo a execução provisória da sua pena e permitindo-o recorrer em liberdade e posteriormente o absolvendo pelo instituto da prescrição.

Com a nova orientação jurisdicional, de que a execução provisória da pena não fere o princípio da Inocência e Não Culpabilidade, haja vista que nos Tribunais Superiores não mais se discute matéria de fato nem de provas, mas sim matérias relacionadas a direto.

Com base nesse entendimento, a Justiça Federal de São Paulo e demais Estados começaram a expedir mandados de prisões para aqueles réus condenados em segundo grau de jurisdição, como foi o caso do ex-senador Luiz Estevão, condenado pelo desvio de verbas no superfaturamento da construção do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.

O ex-senador teve uma condenação de 31 anos de prisão pela Justiça Federal, mas naquela época o réu poderia recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença, estando até então recorrendo e inclusive no dia da decretação de sua prisão, a qual foi com base nesse novo posicionamento do STF, a essa altura, ele teria já se beneficiado com o indulto o qual perdoaria uma das penas de prisão, que era a de falsificação de documentos públicos.

Temos também o caso do ex-seminarista Gil Rugai que em 2004 assassinou seu pai e a madrasta na própria residência do casal, onde apenas depois de vários recursos, em 2013 foi condenado à pena de 33 anos e 9 meses, estava respondendo todo esse tempo em liberdade. Também foi decretada sua prisão com base na nova orientação do STF.

Para ilustrar também o caso, vimos à prisão o ex-governador de Roraima Neudo Campos⁵¹, que é marido da atual governadora também de Roraima, a qual a

⁵¹ **FOLHA DE SÃO PAULO.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1774667-foragido-ha-cinco-dias-ex-governador-de-roraima-se-entrega-a-pf.shtml>. Acesso em: 18.05.2016.

sua condenação tinha sido confirmada pelo Tribunal de Justiça local pelo crime de desvio de verbas públicas.

O esquema era conhecido como "escândalo dos gafanhotos", que se baseava em cadastrar pessoas na folha de pagamento sem que a mesma trabalhasse. O mesmo pegou uma pena de 10 anos e 8 meses e o Ministério Público pediu sua prisão foi decretada também com base na nova jurisprudência do Pretório Excelso.

O mesmo passou cinco dias foragidos quando soube da decretação da prisão, mas depois se entregou à Polícia Federal no Estado, a fim de dar cumprimento à referida decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto de aplicação do cumprimento provisório da pena demonstrou que merece ser reavaliado com mais zelo, de modo que o Plenário do Supremo mesmo sinalizando de forma mais dura, será necessário uma possível mudança na legislação quantos aos recursos a níveis de Tribunais, de modo a garantir uma melhor eficácia na aplicabilidade da pena, sem ferir princípios constitucionais fundamentais ao ordenamento jurídico, com isso permitindo que se dê início ao cumprimento de forma provisória da pena logo após confirmação de condenação pelos tribunais de segundo grau de jurisdição.

Com uma votação apertada, por 6 votos a 5 o Supremo permitiu a execução provisória da pena, porém percebemos que há um equilíbrio nas divergências no Pretório Excelso quanto à constitucionalidade desse novo entendimento jurisprudencial quanto à aplicabilidade das normas Constitucionais e infraconstitucionais e sua eficácia nos tribunais regionais.

Diante do que fora abordado até o presente, alguns Ministros (os que tiveram votos vencidos tanto no HC 126.292/SP como nas duas ADCs) em despachos monocráticos vinham mantendo seus entendimentos e julgando contrário à jurisprudência, o que agora não acontecerá pela questão que se tornou vinculante e que ostenta o caráter *erga omnes* a decisão dos eminentes ministros do Supremo.

Destacaram também as defesas que tal jurisprudência não atende aos preceitos constitucionais dos artigos 102, §2 e 103-A da Carta Magna, em que trata das ações de inconstitucionalidades de constitucionalidade e também das Súmulas Vinculantes proferida depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, dessa forma, não obrigando os tribunais à expedição do mandado de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que agora não se discute mais essa matéria, apenas se cumpre.

Trata-se de um assunto bastante questionável, pois as divergências sobre os temas estão alçadas em Cláusulas Pétreas, e que a Suprema Corte precisaria decidir sobre a matéria, o que foi feito com o julgado das duas Ações Declaratórias de Constitucionalidades pelo Supremo Tribunal Federal, uma ofertada pela OAB/SP e a outra pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, ambos pedindo o reconhecimento

da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal alinhado com o artigo 5º LVII da Constituição de 1988.

O impasse está justamente quanto ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, onde o artigo 5º LVII estabelece uma regra para que o estado não ultrapasse os limites e dê maior proteção ao cidadão para comprovação da sua inocência, através de Cláusula Pétreas, portanto não podendo ser objeto de modificação ou alteração por se tratar de direitos e garantias individuais de cada cidadão brasileiro, conforme estabelece o artigo 60, §4º, IV da nossa Carta Maior.

Na impossibilidade da modificação de cláusula pétreas poderemos alterar a ordem dos recursos de modo a não atingir e nem restringisse os direitos já adquiridos pelo constituinte de 1988. Como os questionamentos discutidos no juízo *a quo* bem como *ad quem* nos tribunais regionais são exclusivamente sobre matéria fáticas e probatórias, inclusive nas decisões colegiadas não unânimes podendo ser questionadas por Embargos Infringentes, com isso não podendo se dá cumprimento da referida pena, deixando as questões de direito unicamente a cargo dos tribunais superiores para serem discutidas.

Nessa linha de pensamento, poderíamos verificar a possibilidade da aplicabilidade provisória do cumprimento de uma sentença sem que fosse ferida de morte os direitos e garantias amparados na Constituição de 1988. Essa questão é de total responsabilidade do poder legislativo, e seria através de emenda a Constituição Federal, de modo a encontrar uma solução para esse impasse e diminuir os conflitos implantado nos tribunais.

Uma das sugestões seria trazer o trânsito em julgado para os tribunais regionais, pois é até o segundo grau de jurisdição que se discutem matérias fáticas e probatórias, ou seja, a materialidade do crime.

Nesse caso, seria necessário o apoio do legislativo para alterar o inciso III do artigo 102 e o inciso III do artigo 105, ambos da Constituição Federal de 1988.

A alteração desses dois dispositivos se daria através de emenda à Constituição Federal, de modo que em matéria criminal os recursos Extraordinários e Especiais continuariam existindo sem o condão suspensivo, porém acrescentariam as ações revisionais, com isso traria o trânsito em julgado para o segundo grau.

Em suma, o que se espera desses julgados é que os eminentes ministros alcancem o equilíbrio que venha a ser atingidos de forma negativa pra sociedade.

REFERÊNCIAS

LIVROS E LEGISLAÇÕES

BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

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

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JARDIM, Afrânio; AMORIM, Pierre. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Sérgio; RICARDO, Willian Silva. **Manual de Processo Penal Constitucional: pós reforma de 2008**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARTIGOS, CÓDIGOS, LEIS, CONVENÇÕES, SÚMULAS E JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. **HC 126.292/SP**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hc-prisao-segundo-grau-voto-barroso.pdf>. Acesso em: 16. 05.2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1072. Acesso em: 23.10.2016.

BRASIL. **Lei nº 2.848/1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 18.05.2016.

BRASIL. **Lei nº 3.689/1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 17.04.2016.

BRASIL. **Lei nº 7.210/1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 22.04.2016.

BRASIL. **Lei nº 8.038/1990.** Recurso Extraordinário e Especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em: 27.03.2016.

BRASIL. **Lei nº 5.349/1967.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5349.htm. Acesso em: 17.04.2016.

BRASIL. **Lei nº 6.368/76.** Lei de Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 27.07.2016.

BRASIL. **Lei nº 5.941/1973.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm#art596. Acesso em: 17.04.2016.

CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>. Acesso em: 17.04.2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 29.08.2016.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 21.07.2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-19>

19/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html Acesso em:
27.03.2016

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:
http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso
em: 21.07.2016.

SITE MIGALHAS. Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisncia+e+permite+prisao+a>. Acesso em: 16.05.2016.

SÍTIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5003617>
Acesso em: 18.08.2016.

SÚMULAS DO STF. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso
em: 11.05.2016.

JORNAIS E REVISTAS

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em:
<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1774667-foragido-ha-cinco-dias-ex-governador-de-roraima-se-entrega-a-pf.shtml>. Acesso em: 18.05.2016.

SITIO DA REVISTA LIBERDADE. Disponível em:
http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58. Acesso em: 29.04.2016.