

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

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA**

TIAGO GONÇALVES DO NASCIMENTO

**CARUARU
2017**

TIAGO GONÇALVES DO NASCIMENTO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro
Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/ UNITA,
como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

CARUARU
2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal em julgamento do HC 126.292/SP, decidiu que é possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, sem contudo, violar o Princípio da Presunção de Inocência, mudando seu próprio entendimento que, desde o ano de 2009, somente poderia iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado. Este trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de execução provisória da pena já no duplo de jurisdição e a suposta violação ao Princípio da Presunção de Inocência. Foi utilizado o método indutivo qualitativo, onde recorreu-se ao instrumento metodológico da revisão de literatura com a leitura da doutrina e a legislação relacionada com o tema, bem como a artigos, sendo uma pesquisa bibliográfica. Para melhor entendimento discorreu-se sobre os assuntos como: *jus puniendi*, o processo como resolução de conflitos, os princípios processuais penais, a presunção de inocência e possibilidade de execução da prisão provisória da pena. Foram feitas análises acerca da votação do HC 126.292/SP, de modo a confrontar argumentos entre os Ministros e Ministros que votaram contra e a favor do acolhimento do habeas corpus e entre Ministros e a Doutrina. Por tudo o exposto, conclui-se que é possível sim a execução provisória da pena, isso quer dizer também, que não houve violação ao Princípio da Presunção de Não Culpabilidade.

PALAVRAS CHAVE: Presunção de Inocência, Habeas Corpus, Violação, Prisão Provisória.

ABSTRACT

The supreme court of justice in HC 126.292/SP judgement decided that penalty's provisional execution it is possible before res judicata, without, however, violate the presumption of innocence principle, changing their own understanding that, since the year of 2009, It could only initiate the fulfillment of the sentence after the final sentence itself. This paper has as objective to analyze the penalty's provisional execution possibility already in the double of jurisdiction and alleged violation to the innocence presumption principle. The qualitative inductive method was used, we resorted to the methodological instrument of literature review with the reading of both the doctrine and legislation related to the theme, as well as to papers, being a bibliographical research. For a better understanding, it was discussed about subjects as jus puniendi, the procedure as conflicts resolution, the criminal procedures principle, the innocence presumption and the possibility of provisional arrest execution. Were made analyzes about HC 126.292/SP voting, in order to confront arguments among the ministers and ministers that voted against and in favor of the acceptance and between the ministers and doctrinators. It was concluded that provisional penalty execution it is possible, this means also that there wasn't violation to the Non-culpability presumption principle.

KEY WORDS: Presumption of Innocence, Habeas Corpus, Violate, Penalty's Provisional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 DO <i>JUS PUNIENDI</i>.....	07
2 DO PROCESSO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS.....	09
3 DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS.....	12
4 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	15
5 A ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO POVISÓRIA DA PENA.....	18
CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS	26

INTRODUÇÃO

Após confirmar sentença condenatória da primeira instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo expediu um mandado de prisão já para cumprimento de pena de um condenado que respondia em liberdade. A defesa impetrou o Habeas Corpus (HC) 313.021/SP no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual foi indeferido, recorrendo, então, ao Supremo Tribunal Federal (STF) com o HC 126.292/SP que lhe negou a ordem em julgamento realizado no dia 17 de Fevereiro de 2016.

Grandes discussões surgiram no meio jurídico após referida decisão, porquanto a Corte Suprema muda seu entendimento que desde do ano de 2009, quem estivesse respondendo processo criminal em liberdade, só poderia ser preso após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória artigo 5º, LVII da Constituição Federal (CF) de 1988, salvo as prisões cautelares. Entendia-se que tal tipo de prisão, ressalvadas as prisões cautelares, violava o Princípio Constitucional de Presunção de Inocência ou de Não Culpabilidade. Com a nova decisão, a Corte passou a entender que é possível sim a execução provisória da pena já após a sentença condenatória de primeiro grau ser confirmada pela segunda, sem prejuízo algum para o Princípio da Não Culpabilidade.

Sendo assim, este trabalho utilizar-se-á de ferramentas metodológicas como a revisão de literatura para discorrer sobre alguns aspectos importantes iniciais para melhor compreender o tema, tais como: o *Jus Puniendi*, o processo como meio de resolução de conflitos, os princípios processuais penais, o Princípio da Presunção de Inocência e a possibilidade da execução da prisão provisória da pena. Far-se-á uma confrontação de argumentos entre alguns doutrinadores do direito e Ministros do STF, e também entre Ministros e Ministros do STF que votaram contra e a favor no HC 126.292/SP, dentre eles: Teori Zavascki, Ricardo Lewandoswiski, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Recorrendo para tal a leitura e análise de livros, artigos científicos, revistas eletrônicas ou não e alguns sites do governo federal, utilizando-se o método indutivo qualitativo.

Esta pesquisa poderá colaborar para uma melhor discussão e compreensão acerca da decisão proferida pelo STF por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP fazendo uma análise da presunção de inocência e a execução da pena provisória antes do trânsito em julgado.

O objetivo principal deste estudo é analisar a possibilidade de execução da pena provisória já no duplo grau de jurisdição, bem como a possível violação ao artigo 5º, LVII da CF 88.

1 DO JUS PUNIENDI

Primeiramente far-se-á uma explicação dos *Jus Puniendi* para melhor compreensão de onde vem o poder de punir, de julgar do Estado.

Ensina Beccaria em seu livro "Dos Delitos e das Penas" (1764, n.p.), que os princípios fundamentais do direito de punir estão no coração do homem. Que o homem sacrificou uma porção da liberdade, todavia, não foi exclusivamente em favor do bem comum, mas também em benefício próprio. Relata que os homens, ainda selvagens, viram-se compelidos a se unir. Viviam em batalha uns com os outros. Os homens sacrificaram parcela de sua liberdade com medo dos inimigos e cansados da incerteza que os rodeavam, onde seria inútil insistir numa liberdade duvidosa, ou seja, era melhor abdicar de uma parte dela que perde-la por completo para o oponente. A junção de todas essas liberdades doadas por cada homem é o fundamento do direito de punir. O responsável pelas leis e sua administração é o aclamado soberano do povo.

De fato o homem necessita de proteção de um ente com força o bastante para garantir sua segurança e a justiça. A prova disto foi ter entregado parte de um dos seus maiores bens, sua liberdade, contudo, percebe-se que esse mesmo Estado, o Soberano, deve garantir de forma eficaz o direito à vida e a propriedade, dentre outros.

Na explicação de Zanon (1997, p.109), em relação aos fundamentos do direito de punir: "adveio a necessidade de garantir os direitos de cada indivíduo por parte de cada integrante do grupo e da defesa da comunidade, ou seja, da ordem social, surgindo, como corolário, o fenômeno do direito punitivo".

Observa-se que num dado momento o homem se viu diante da importância de se unir para melhor se defender dos violentíssimos abusos costumeiros, onde perceberam que eram mais fortes juntos que segregados, por fim, que poderiam defender os interesses individuais como também os da comunidade ou grupo com mais eficácia. Necessitava-se de um poder maior, mais forte que qualquer indivíduo ou grupo para garantir seus direitos, esse é o soberano. Entende-se que esse poder deve satisfazer as necessidades da justiça de um povo.

Nas palavras de Bianchini (2009, p. 207-214), *ius puniendi* é também denominado como direito subjetivo. É um direito ou poder de punir, de “castigar”, de aplicar a pena para aqueles que a infringem e também de criar as leis, onde é privativo do Estado exercer tal poder, limite subjetivo. Encontra-se limitado pelo ordenamento jurídico, limite objetivo, e necessita do processo, limite funcional, para realizar-se. Deve-se ter cautela para não usá-lo de forma arbitrária. Ele garante a justa tutela dos bens jurídicos essenciais como a vida, guarda do patrimônio, dentre outros. É ferramenta de política criminal para prevenir delitos. Manifesta-se pelo direito de criar normas e exigir o cumprimento destas como também o de executar a pena ao delinquente. Alguns teóricos falam em poder (potestade) de punir.

Entende-se que, como ferramenta de política criminal, o *jus puniendi* deve ser exercido de forma a dar segurança tanto de vida como patrimonial, sem esquecer, é claro, que tem que servir como prevenção de delitos, garantido uma melhor prestação para a população.

Acrescenta ainda Bianchini (2009, p. 216), tem-se sua legitimidade delegada e protegida, onde as pessoas deverão abster-se de condutas que são contrárias a esse poder, caso contrário pode o Estado usar seu aparato coercitivo. É um dever de sujeição, subordinação. Ressalta ainda que “o *ius puniendi* é intransferível, indelegável e não suscetível de ser compartilhado por pluralidade de titulares”.

Certamente só o Estado pode punir e as pessoas devem se afastar das condutas delitivas. Nota-se verdadeiramente o dever de reciprocidade legítima que deve existir.

Na mesma linha de pensamento, instrui Muccio, (2000, p.37-40), o direito de punir é exclusivo do Estado, ou seja, o particular tendo seu direito violado deverá buscar assistência do Estado e não fazer vingança. Havendo a prática de um delito o poder punitivo passa do plano in abstracto para o in concreto. Ensina também que quando há o delito o Estado aplica a *sanctio juris*, ou seja, o preceito secundário da norma, parte sancionadora. Ainda afirma que para o *jus puniendi* existir carece ser precedido por uma lei que possibilite aplicar uma pena que também já existente. E os princípios do *nulla poena sine iudice*, (nenhuma pena pode ser imposta senão pelo juiz) e *nulla poena sine iudicio* (a pena é nula se não imposta no processo) adicionado ao *nullum crimen nulla poena sine lege* (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), são limites do poder de punir do Estado ou *jus puniendi*.

Nota-se a importância da figura do juízo, do processo e da anterioridade da lei e da pena. Percebe-se que traz consigo uma segurança jurídica importantíssima, garantias para aqueles que fazem parte do Estado.

Na lição de Tourinho Filho, (2011, p. 5,6) existem bens que são tutelados em razão da vida social como a vida, a liberdade, a integridade física, dentre outros e havendo violação entre esses bens, ao estado é que cabe o poder sancionador e não ao particular. O jus puniendi pertence ao Estado. É a expressão mais significativa da soberania do Estado. Este poder será executado por seus órgãos através da iniciativa *Motu Próprio* para assegurar com estrita observância a lei. Tem o direito de prevenir e reprimir a quem perturbe a ordem pública e a sociedade. Existe o Jus Puniendi in abstracto e o Jus Puniendi in Concreto, o primeiro é realizado pelo legislativo, onde os sujeitos são submissos a tais leis e o segundo é quando o sujeito pratica o ilícito dando margem ao Estado puni-lo e através dos poderes administrativo e judiciário, executar seu poder de punição literalmente em concreto, assim, surge a pretensão punitiva.

Percebe-se a extrema relevância do *jus puniendi* numa sociedade, pois com seu poder de punir nas mãos, o Estado irá garantir vários outros direitos a seus cidadãos para manter a ordem pública, sob pena do castigo.

O poder punitivo do Estado necessita de algo para concretizar, realizar seu direito de punir, o qual será analisado a seguir, ou seja, o processo.

2 O PROCESSO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS

O Estado tem o poder-dever de punir, todavia, como já discutido antes, não pode usá-lo com arbitrariedade, porquanto se deve ter limites, dentre eles, o processo que será contextualizado e analisado brevemente a seguir.

Na explicação de Aquino (2005, p. 19-25), os homens desde os primórdios buscavam se comunicar, sentiam essa necessidade. Surgindo posteriormente a linguagem e a necessidade imperiosa de criar um instrumento que pudesse servir de apoio ao desejo de justiça natural internalizados por todos homens, instrumento este, o processo. Hodiernamente nos conflitos de interesses é responsabilidade do Estado dirimir o litígio, em que é criado pelo parlamento a normativa que disciplina o direito instrumental, o processo, que é o é um conjunto de atos coordenados onde a finalidade é resolver lides, neste caso, penais, após pronuncia de sentença do judiciário. A palavra processo etimologicamente significa avanço, encaminhamento, movimento para a frente. Tem como um fim a prestação jurisdicional que

vai ser exteriorizada pela pretensão da lei através do processo. O Estado busca a pacificação social e tem como objetivo imediato a manutenção da ordem e mediato a obtenção da harmonia em que o processo só pode ser aplicado através do devido processo legal, o *due process of law* do direito anglo-saxão. É por meio do processo, conjunto de atos coordenados, que a jurisdição vai atuar.

Observa-se que o processo foi criado por uma necessidade de resolver conflitos, este, de responsabilidade do Estado. Vê-se que este, Estado, deverá garantir uma prestação jurisdicional eficaz que assegure as pessoas todos os direitos a elas inerentes.

Ainda com relação ao processo como forma de resolução de conflitos ensina Távora, (2014, p.44.) “É o instrumento de atuação da jurisdição”. “É a principal ferramenta para solucionar os conflitos de interesse que se apresentam”.

Nota-se a importância do processo para solucionar conflitos, evitando a autodefesa que gera violência entre as pessoas.

Com relação ao caráter instrumental do processo ensina Lopes Jr., (2006, p. 1-3), na sociedade democrática o processo é fundamental, é um instrumento de limitação de poder por parte do Estado e, ainda, é instrumento das garantias constitucionais. Um processo penal democrático, como instrumento, vai buscar efetivar as garantias mínimas da pessoa acusada. Não basta que haja um crime para aplicar a pena, tem que haver o devido processo legal. Se acontece um injusto, este deverá ser penalizado e somente através do processo, instrumento, é que se pode punir.

Percebe-se a importância do devido processo legal que vai impedir que o Estado cometa arbitrariedades.

Ainda explana Lopes Jr. (2006, p. 4), sobre o caráter instrumental do processo: “Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor a pena”.

Observa-se, inegavelmente, o caráter instrumental, onde é preciso devido processo legal para impor uma pena, ou seja, o processo vai ser de instrumento para chegar a punição. Não teria eficácia um injusto sem uma penalidade, ou um injusto com a pena, mas sem o instrumento adequado para satisfazê-la, que nesse caso o processo. Um é o complemento do outro, melhor dizendo, não há em que se falar em um delito sem pena e pena sem processo para aplicar a pena, não teria sentido.

Na explicação de Mirabete (2005, p. 28,29), quando um agente pratica um ato ilícito penal estará sujeito ao poder punitivo do Estado, surgindo assim o chamado conflito de interesses, que de um lado está o delinquente com o direito a sua liberdade e do outro Estado com o poder de puni-lo segregando-o da sociedade, é o *jus puniendi* versus o *jus libertatis*. Para resolver os conflitos, o Estado exerce sua função jurisdicional denominada de processo, que no campo penal, é o processo penal. É dessa forma que o Estado pode restringir o *jus libertatis* e alcançar sua pretensão punitiva, estabelecendo como princípios o Devido Processo Legal e do Juiz Natural.

Entende-se claramente que o Estado tem por obrigação resolver o conflito, de encarcerar o sujeito delituoso.

Prescreve Tourinho (2011, p. 44, 45), há formas compositivas do litígio como “autodefesa” e “autocomposição”, onde a primeira, não mais admitida, é a solução pela qual vence o mais forte, ou seja, haveria desvantagem, existe uso de violência; a segunda, vigente ainda, sem violência, sugere a submissão do litigante de menor resistência e caso os interessados não aceitem a composição seria inútil, pois voltaria à autodefesa. Para se garantir uma solução pacífica e justa teria que ser feita por um terceiro, este, muito forte, pois sua decisão teria que ser respeitada por todos, este é o Estado, o qual proíbe com que o cidadão faça justiça com as próprias mãos, artigo 345 do Código Penal “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. É exclusivo do Estado o poder de solucionar conflitos, feito através do poder judiciário, pois quando alguém é lesado em seu direito deverá reclamar a prestação jurisdicional e invocar seu direito de ação, artigo 5º XXXV da Constituição Federal de 1988 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O Estado resolve seus conflitos através do processo o qual é uma forma de composição de litígios é uma sequência de atos para solucionar a lide penal, neste caso, no campo do processo penal. É a atividade que o juiz exerce é de maneira imparcial.

Certamente o Estado não deve ser omisso quanto a prestação jurisdicional. Tem que assegurá-la e fazer com que seus cidadãos se sintam seguros diante da resolução das lides, usando para isto o processo. Conclui-se facilmente que se não for garantida a prestação jurisdicional, voltar-se-ia a época das vinganças, coisa que não pode mais acontecer.

Nas palavras de Muccio (2000, p. 42, 43), o processo é o conjunto de atos que vão proporcionar um julgamento, os quais se sobrevêm diante da lei, onde o ato final é a sentença

que tem como objetivo resolver a lide. Que o conflito de interesses é resolvido pelas regras e atos previstos na lei.

Vê-se a legitimidade do processo para se resolver um conflito, onde está tudo legalmente previsto.

Ressalta ainda Muccio (2000, p. 43, 44), sobre a relação jurídico-processual “Essa relação jurídico-processual é autônoma, pública, unitária, complexa, progressiva e continuativa”. É autônoma, porque o Estado-Administração pede a tutela ao Estado-Juiz o qual presta a assistência; Pública, pois somente o Estado impõe a solução para os conflitos; Unitária, porquanto só tem um objetivo, qual seja a solução da lide penal; Complexa, porquanto existe muitas obrigações e direitos entre os sujeitos processuais (autor, réu e juiz) e por fim; Progressiva e Continuativa, pois seguem uma sequencias coordenadas evolutiva de atos que chegam confrontar-se com o mérito.

Observa-se na relação jurídico-processual as características que vão garantir a prestação jurisdicional de modo a tentar satisfazê-la.

Adiante uma apresentação suscita e uma explicação básica dos Princípios do Processo Penal.

3 DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSUAIS PENAIIS

Na lição de Tourinho Filho (2011, p. 58-61), sobre os princípios do processo penal, o Princípio da Verdade Real: o processo penal deve buscar sempre a verdade, seja a real e a material, para assim, fundamentar sua sentença; Princípio da Imparcialidade do Juiz: o juiz não poderá ser parcial, ou seja, não deve tomar partido de nenhum dos lados; Princípio da Igualdade das partes: embora as partes estejam em lados opostos, estão no mesmo plano, onde se deve garantir os mesmos direitos, obrigações, faculdades e ônus a ambas as partes; Princípio da Paridade das Armas: também conhecido como *par conditio* ou da *equality of arms*, deve-se dar as mesmas armas, direitos e poderes, tanto a acusação quanto a defesa para que haja uma igualdade no processo; Princípio da Persuasão Racional ou do Livre Convencimento: assegurado no artigo 155 do Código de Processo Penal (CPP), é o *Quod non est in actis non est in hoc mundo*, o que não estiver dentro do processo, considerar-se-á como não existente, ou seja, o juiz deve estar vinculado ao processo, valorando provas colhidas, impedindo um julgamento parcial; Princípio da Publicidade: garantido no artigo 792 do CPP prescreve que os atos processuais serão público em via de regra.

Nota-se dentre os princípios supracitados que o Princípio da Verdade Real, onde o juiz deve procurar sempre a verdade para ter que fundamentar sua sentença. Percebe-se o compromisso sério e responsável que o juiz deve ter para poder encarcerar um agente delituoso.

Além destes Mirabete (2005, p. 47), acrescenta: o Princípio da Oralidade: as declarações diante de juízes e tribunais somente são eficazes quando feitas oralmente. Tem-se também o Princípio da Obrigatoriedade: obriga a autoridade policial, delegado de polícia, a instaurar inquérito policial como também o ministério público de promover a ação penal quando o delito for de ação penal pública, artigos 5º, 6º e 24 do CPP e o Princípio da Oficialidade: que a pretensão punitiva tem que ser realizada por órgãos oficiais.

Dentre tais princípios acima citados, observa-se o da Obrigatoriedade, onde mais uma vez demonstra-se a responsabilidade que o Estado tomou para si, o direito de punir e julgar, importantíssimo para não haver a chamada justiça privada como foi visto anteriormente.

Acrescenta ainda Tourinho Filho (2011, 63, 66-70), Princípio da Iniciativa das partes: cabe a parte que se sentir lesada provocar a prestação jurisdicional; Princípio do “ NE EAT JUDEX ULTRA PETITA PARTIUM” (O JUIZ NÃO PODE IR ALÉM DOS PEDIDOS DAS PARTES), ou seja, deve-se está vinculado a apenas os pedidos existentes no processo; Princípio da Identidade Física do Juiz: assegura que o juiz que presidiu a audiência de instrução deverá também proferir a sentença, redação dada pela Lei 11.719/2008 em seu § 2º do artigo 399; Princípio da Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos: qualquer que seja a prova trazida para o processo de forma ilícita não será admitida, devendo ser desentranhada do processo, artigo 5º, LVI da Lei Maior e artigo 157 do CPP com a nova redação da Lei n. 11. 690/2008.

Percebe-se a importância das provas, que se forem obtidas por meio ilícito, não será aceita.

A nossa Lei Maior garante o Princípio do Contraditório e Ampla Defesa em seu artigo 5º, inciso LV, quando é clara em afirmar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Assegura também o Princípio do Devido Processo Legal em seu artigo 5º, LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Observa-se que no devido processo legal deve-se seguir todos os tramites legais a fim de buscar uma justa prestação do direito, não usando de arbitrariedades para interferir na liberdade e bens das pessoas.

Com relação aos Princípios Processuais Penais ensina Muccio (2000, p. 83-85, 87), o Contraditório, decorre de duas regras: igualdade processual, mesmo direito e obrigação para as partes e liberdade processual, faculdade de exercer ou não tais direitos como o de constituir advogado que quiser, afirmando ainda que não existe defesa sem contraditório. Observa que o contraditório é postergado na fase do inquérito policial. Já o Devido Processo Legal é o chamado *due process of law*, processo conforme a lei, ou seja, o processo está vinculado a lei, onde deve segui-la estritamente.

Percebe-se a importância do contraditório, a liberdade processual garantida das partes.

Ressalta Tourinho Filho (2011, p. 74, 75), Princípio do “Favor Rei” (Benefício do Réu): são muitas disposições que consagram tal princípio, uma delas é a *reformatio in pejus*, proibição da reforma da sentença para pior artigo 617 do CPP; por fim, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: garante que a sentença seja reexaminada em grau superior, permitindo uma maior apreciação por parte do judiciário em suas instâncias recursais.

Nota-se claramente a importância da primeira sentença ser revista por outro órgão, dando uma maior força a primeira decisão.

O Princípio da Presunção de Inocência, compreendido dentro do contexto dos Princípios Processuais Penais, será analisado de forma mais aprofundada no próximo tópico haja vista se tratar de objeto central de estudo deste artigo, não menosprezando a importância dos demais Princípios Processuais Penais.

4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Primeiramente, far-se-á uma contextualização da Princípio da Presunção de Inocência diante da relevância jurídica desse instituto para esse estudo.

Na clara explicação de Garcia (2013, p.11), o Princípio da Presunção de Inocência existe desde o Direito Romano onde apareceu também na baixa idade média perdendo sua relevância devido as condutas praticadas na Inquisição e, posteriormente em tempos modernos, passa a existir na declaração Universal de Direitos do Homem e Cidadão, produto da Revolução Francesa.

Percebe-se que desde há muito tempo que se defende a presunção da inocência, evitando os abusos praticados neste caso pela Igreja Católica.

Para Tourinho Filho (2004, p. 28), o Princípio de Presunção de Inocência tem em suas raízes o movimento sociocultural “Iluminismo” com os pensadores Marques Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rosseau, onde houve uma ruptura no pensamento, quando antes o sujeito era mero objeto de processo e contra ele eram feitas acusações secretas e torturas.

Nota-se como o sujeito era tratado na época, como simples objeto do processo, parecendo não haver nenhuma humanização.

Nas palavras de Barbagalo (2015, p. 37), remete-se tal Princípio ainda, a legislação da Grécia e também no Direito Romano segundo alguns doutrinadores, aparecendo nascendo na modernidade com a revolução Francesa quando citada no artigo 9º na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 instigando ainda mais os ideais Iluministas.

Percebe-se que as legislações como visto Roma e agora Grécia, foram pioneiras na presunção de inocência.

Já em nosso ordenamento jurídico o Princípio Constitucional da Presunção foi positivado e está assegurado no título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I, art.5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Faz-se necessário uma apreciação da cerca tal Princípio Constitucional.

Conclui-se que até o transito em julgado, ou seja, onde não caiba mais recurso o sujeito não poderá ter seu status de culpado alterado.

Encontra-se ainda presente no Pacto de São José da Costa Rica, realizado em 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 28 de setembro de 1992 o qual assegura em seu artigo 8º que, “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” de acordo com o decreto legislativo nº 27 de 1992.

Observa-se sempre que a essência de tal princípio é a não culpa definitiva até que se prove.

Diante da contextualização, observa-se então a extrema relevância da Presunção de Inocência num Estado Democrático de Direito. Em análise a tal princípio a doutrina se debruça para garantir uma eficiência máxima a execução dessa tutela constitucional.

Para Ferrajoli, (2002 p. 441):

a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos de *defesa social*: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo.

Nota-se que a presunção de inocência é uma ferramenta contra os abusos do Estado.

Ainda na visão de Ferrajoli, (2002, p.441), a culpa é que deve ser demonstrada, e não a inocência haja vista todos os sujeitos já estarem nessa condição até que se prove o contrário. As arbitrariedades por parte do Estado acarretam na perda de legitimidade política da jurisdição, apresentando-se um sujeito inocente desconfiado ou com medo diante das injustiças provocada pelo Estado tirano, evidenciando assim, a falência da jurisdição penal. Deve-se ter confiança no Estado de Direito e suas garantais as liberdades individuais sejam elas defendidas no ordenamento jurídico dentre outras.

Percebe-se mais uma vez que a culpa é o valor maior a presunção de inocência, a qual deve ser provada pelo Estado.

Para Nucci (2008, p. 81), todos os indivíduos nascem na condição de inocente e posteriormente para ser considerado culpado, ou seja, para sair da condição primária deverá o Estado-Acusação provar a sua culpa ao Estado-Juiz. Ainda o Princípio da Presunção de Inocência garante que, quem acusa tem o dever de provar. Tem seu caráter *in dubio pro reo*, significa dizer que se o Estado-Juiz tiver dúvidas sobre o culpa do sujeito, este deverá ser inocentado. Este é o Princípio da Prevalência do réu.

Entende-se que se houver dúvidas dever-se-á inocentar, todavia, sem não há, condenar- se-á.

Na preleção de Moraes, (2014, p. 123), é um princípio fundamental que garante a tutela da liberdade pessoal através do processo penal. O indivíduo é inocente até que se prove o contrário e o Estado e quem deve provar a culpabilidade de quem ele acusa, tudo isso, evita as segregações arbitrárias. Isso não quer dizer que o indivíduo não poderá ser preso legalmente, ou seja, não afasta prisões em flagrante, preventivas, cautelares.

Observa-se a possibilidade de prisões cautelares, não violando a presunção de inocência.

Na lição de Barbagalo (2015, p. 88), a presunção de inocência tem um duplo papel, regra de juízo e regra de tratamento, o primeiro requer prova incriminatória legítima para se ter uma condenação e o segundo é afastar a atos que violem a condição de inocente. A presunção de inocência não impede a prisão cautelar e nem as medidas que vão garantir o bom resultado do processo desde de que escrita e fundamentada por órgão competente.

Nota-se que a prova é essencial para a regra do juízo, ou seja, se tem prova pode condenar e, entende-se que também já pode punir.

Na explicação de Souza, 2011, com relação ao seu bom emprego, observa-se três das extensões da aplicabilidade do Princípio da Presunção de Inocência, primeiramente há uma pressuposição de que o réu é inocente, onde caberá a quem o acusa provar os fatos alegados; outro seria o tratamento do acusado que não deverá sofrer nenhum tipo de discriminação como já se fosse culpado do crime, ou seja, ser penalizado por um processo que ainda não teve seu trânsito em julgado e, por último, a imposição de prisão cautelar quando relacionado ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* é também a garantia do curso do processo por meio de tal prisão, nesse caso a prisão deverá cumprir o texto legal para tal.

Observa-se que existe uma suposição que o réu é inocente, porém percebe-se que, se quem acusa provar os fatos, este deixa de ser inocente.

5 DA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Analisar-se-á a questão do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência norteando-se no *Habeas Corpus* nº 126. 292 julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a legalidade da prisão provisória da pena.

De acordo com o STF o Acórdão proferido pela Corte Suprema no dia 17 de fevereiro de 2016, julgamento do HC 126.292/SP, trouxe mudanças no entendimento da jurisprudência do Supremo, pois desde de 2009 com o julgamento do HC 84078, o acusado que estivesse respondendo processo criminal em liberdade e fosse condenado em primeira instância, recorria e, se confirmada a decisão pelo Tribunal de Justiça (segunda instância), recorrendo novamente a uma instância superior, respondia em liberdade, pois o efeito recursal era entendido como suspensivo, ou seja, a execução da pena dependia do trânsito em julgado. Com o novo entendimento após o julgamento do HC 126.292/SP pela Corte, passou-se a entender que se for acolhida a decisão condenatória de primeira instância pela segunda, já pode sim iniciar a execução da pena, porquanto se o condenado recorresse novamente, este recurso não teria efeito suspensivo, quer dizer, a sentença teria efeito imediato, poderia então executar a pena condenatória.

Ainda de conformidade com o Supremo Tribunal Federal processo criminal aconteceu com um ajudante-geral condenado por de furto qualificado a pena de 5 anos e 4 meses de

reclusão. O paciente foi condenado em primeira instância, onde posteriormente recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo, este negando-o provimento e decretando sua prisão, ou seja, foi mantida a decisão de primeira instância.

Na anotação de Meyer-Pflug (2016, p. 400), em sessão plenária realizada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki, foi julgado o HC 126.292, negando-se a este provimento. Por 7 (sete) votos a 4 (quatro), a Corte entendeu ser possível a execução da pena condenatória quando há confirmação da decisão de primeira instância pela segunda, ou seja, mesmo antes do trânsito em julgado, ou seja, que o recurso extraordinário é não suspensivo. Além do relator, votaram pelo indeferimento do HC os Ministros Luiz Fux, Lúcia Cármen, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli e Gilmar Mendes e foram os vencidos, Celso de Mello, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, presidente do Supremo.

Percebe-se que pela votação do HC 126.292/SP não houve unanimidade por parte dos Ministros da Corte Suprema em decidir pela possibilidade de execução da pena provisória o que mais adiante verificar-se-á grande discussão jurídica sobre esta temática e o efeito não suspensivo do recurso extraordinário.

Ensina Barbagalo (2015, p.116,117), que desde de a criação do Recurso Extraordinário jamais houve efeito que não fosse suspensivo, logo, admitia-se a “execução provisória” da pena. Na mesma lógica o Código de Processo penal artigo 637 e o Código de Processo Civil, artigo 542, § 2º e a Lei 8.038/90 em seu artigo 27 § 2º vedam o efeito suspensivo tanto para o recurso extraordinário como também para o especial, ainda também corroborado pela súmula nº 267 do STJ que admite a expedição de mandado de prisão no caso de recurso sem efeito suspensivo. Com a Constituição Federal de 1988, inicialmente o STF ainda se manteve no entendimento de que o efeito dos recursos extraordinário e especial não teriam efeito suspensivo, todavia, ao se analisar seu artigo 5º, LVII, verificou-se certa discussão acirrada acerca do tema, relacionado a violação ao Princípio da Presunção de Inocência. Após muitos debates o STF, depois de julgar o HC 84078 em 2009, mudou seu entendimento, afirmando ser violação a Carta Magna a execução da pena antecipada, compreendendo então o efeito do recurso neste momento como suspensivo, pois impedia a execução provisória até o trânsito em julgado.

Verifica-se claramente contradição entre artigo 5º, LVII da CF/88 e o efeito não suspensivo do artigo 637 do CPP, onde o primeiro garante a Presunção de Inocência, ou seja,

entendendo até o ano de 2009 não ser possível uma execução da pena condenatória antes até o trânsito em julgado; e o segundo que permite sim já a execução da pena, a prisão imediata.

Por outro lado e em se tratando de efeito do recurso extraordinário, ponto importante de discussão deste trabalho, o Ministro Ricardo Lewandowski (2016, p. 98) desabafa:

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior. (Grifos Nossos).

Observa-se que o supracitado Ministro defende o efeito seja suspensivo do recurso extraordinário, ou seja, que seja mudado o artigo 637 do CPP que assegura o efeito não suspensivo, que autoriza a execução da pena provisória já com a confirmação pela segunda instância de sentença condenatória, em favor da CF 88 que garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, artigo 5º, LVII. Entende-se que seria mais acertado o efeito não suspensivo que, aliás, como dito anteriormente pelo Juiz Federal Barbagalo, jamais houve um efeito que não fosse o não suspensivo para o recurso extraordinário, admitindo a execução provisória da pena. Conclui-se que sempre foi esse o entendimento dos juristas o que não viola a presunção de inocência e possibilita a execução provisória da pena.

Na explicação de Rosa (2016, p.215), o intuito deste HC 126.292 era de impedir a execução de mandado de prisão expedido pelo Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o HC 313.021/SP. A defesa alegou a falta de trânsito em julgado o que impossibilitaria o mandado de prisão.

Entende-se que mesmo sem o trânsito em julgado, pode-se iniciar o cumprimento da pena provisória, pois além do efeito não suspensivo de que trata o artigo 637 CPP, como visto antes, que possibilita a execução da prisão provisória, e o próprio artigo 5º, LVII da CF 88, que não circunstancia o cárcere, ou seja, em que momento pode executar a pena ou não como se mostrará a seguir.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p.27):

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (Grifos Nossos)

Observa-se que o artigo 5º, LVII da CF 88 não dá condições sobre a prisão, mas sim a culpa, ou seja, se o condenado é culpado ou não até o trânsito em julgado, logo, entende-se que existe a possibilidade de prisão provisória da pena condenatória mesmo antes do trânsito em julgado, não violando o Princípio da Presunção de Inocência, pois este será visto até a sentença transitar em julgado, só que com menos intensidade.

Na preleção de Rosa (2016, p. 222), o ministro Teori Zavaski ainda fundamenta sua decisão de negar provimento ao HC 126.292/SP, baseando-se nas súmulas 716 e 171 que discorrem sobre a execução provisória, afirmando ser possível sim a execução da pena sem o trânsito em julgado.

Percebe-se mais uma vez pelos entendimentos sumulados, súmulas 716 e 171, que é possível sim a execução da prisão provisória da pena, não significa que viola o Princípio Constitucional da presunção de Inocência.

Em contrapartida Meyer Pflug (2016, p. 404,405), ensina, a Corte Suprema no julgamento do HC 126.292 violou a garantia Constitucional do Princípio da Presunção de Inocência que é assegurado até o momento que não se cabe mais nenhum recurso, tem que haver um esgotamento das vias judiciais, é uma garantia Constitucional e não pode ser modificado por lei ordinária ou outro ato normativo que seja antagônico, é uma cláusula pétrea.

Nota-se que o Princípio da Não Culpabilidade é garantido até onde não caiba mais recurso, ou seja, o trânsito em julgado, porém entende-se ao se verificar a culpa do condenado no duplo grau de jurisdição, análise fática, ou seja, dentro do seu direito subjetivo, a cada condenação, entende-se que a presunção de não culpabilidade vai se afastando do condenado e afracando, possibilitando executar a pena provisória, sem violar o Princípio da Presunção de Inocência.

Na visão de Barbagalo, (2015, p. 89):

[...] é usual na doutrina a afirmação de que a presunção de inocência é uma “presunção relativa” (*juris tantum*), ou seja: “(a presunção de inocência) não é um valor absoluto, mas sim um princípio que terá de se conjugar com outros valores constitucionais, também relacionados com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como por exemplo, o da liberdade e da segurança, inscritos, entre nós, no art. 27, da CRP”. (Grifos Nossos).

Nota-se claramente que o Princípio da não culpabilidade não é absoluto, podendo ser questionados com outros. Percebe-se que o princípio acima citado por sua própria natureza pode se mostrar com maior ou menor intensidade, como se entende no caso em comento,

HC126.292/SP, em que se crê estar presente desde o início da persecução penal até o trânsito em julgado só que a medida que há condenações ele vai perdendo sua força, concluindo-se que não há ferimento ao artigo. 5º, LVVI da CF88.

Na visão de Silva, (2016 n.p.):

O fato de a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometer 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 e, esgotando-se a via de análise fática, mediante decisão condenatória proferida por órgão colegiado, merece relativização o princípio da presunção de inocência. (Grifos Nossos).

Entende-se que se já houve análise fática, pode-se executar a pena provisória, porém em se tratando de relativização, entende-se que não houve, pois a presunção de inocência permanecerá até o trânsito em julgado, só que sem mais aquela força que existia desde o início da persecução penal.

Na Justificação do Ministro Teori Zavascki (2016, p. 10):

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (Grifos Nossos).

Concorda-se que é possível a execução provisória da pena após o duplo grau de jurisdição, vistos fatos e provas, porém, sobre a relativização, entende-se que o Princípio da Presunção de Inocência ainda existe mesmo após o acórdão condenatório de segunda instância, pois este princípio continuará existindo só que com muita pouca força, ou seja, percebe-se que ele não foi relativizado, ainda existe seja com maior ou menor intensidade quando impetrado os recursos nas instâncias superiores.

Neste sentido e em se tratando do efeito dos recursos não suspensivos que possibilitam a execução da pena provisória Barbagalo (2015, p.114), explica:

Exatamente por não ser o direito subjetivo do recorrente a finalidade do recurso especial e extraordinário, mas sim o direito objetivo- questão federal ou constitucional-, que não é possível reavaliar as provas produzidas (a matéria fática), pelo contrário, é totalmente desnecessário e inoportuno o reexame da matéria fática nesses recursos, como deixa claro a súmula 279, do STF e a súmula 7, do STJ.

Compartilhou desta mesma ideologia o relator do HC 126.292/SP, Ministro Teori Zavascki (2016, p. 9), em seu voto:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.

Entende-se que, se não há mais análise de provas e fatos com os recursos protelatórios impetrados nas instâncias superiores, o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade perdeu força, contudo, ainda persiste que o carimbo da culpa será até o trânsito em julgado, o que não quer dizer que não possa executar a pena provisória e nem viole tal princípio.

Em se tratando do julgamento do HC 126.292/SP proferido pelo STF Meyer Pflug (2016, p. 405) explica:

Quer parecer que o Supremo Tribunal Federal no acórdão sob comento incidiu no ativismo judicial, levando a efeito uma interpretação distinta do Texto Constitucional, na medida em que considerou elementos outros que não a letra da norma.

Percebe-se que a autora defende uma interpretação sega da CF 88, não se possibilitando uma interpretação diferente, porém entende-se que se a presunção de inocência é um princípio e não se deve “levar pé da letra”.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p.27): “ (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”.

De fato a Presunção de Inocência ou de Não Culpabilidade é um Princípio. Entende-se que por ele ser um princípio deve ser ponderado, quer dizer, por ele não ser absoluto, pode sim ser revisto em algumas situações que envolvam outros princípios e normas, sem contudo, ser violado.

Já para o Ministro Celso de Mello (2016, p.84), defende fervorosamente:

[...]que 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 todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, **até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal**, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (Grifos nossos).

Vê-se que o Ministro acima citado defende ferrenhamente que a pessoa só poderá ser culpada somente com o trânsito em julgado, isto é, sustenta que a execução da prisão condenatória viola a Presunção de Não Culpabilidade. Entende-se que se já houve condenação em duas instâncias, duplo grau de jurisdição, pode sim executar a prisão provisória ainda que a culpa esteja sob análise, porque como dito em parágrafos anteriores já se verificou os fatos e provas nas instâncias ordinárias e o princípio não condiciona a prisão, por consequência garante a não culpa definitiva até o trânsito em julgado e não a condenação que poderá ser executada, sem contudo isso, transgredir ou relativizar o Princípio da Não Culpabilidade que perdurará durante todo o processo criminal.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p 33), argumenta seu voto apresentando:

No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5% 6. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões 7. (Grifos Nossos).

Vê-se realmente que a percentagem de pessoas que foram absolvidas é burlesca, ou seja, entende-se que não é ilógico e nem injusto o Acórdão proferido pelo STF por ocasião do HC 126.292/SP, dado pelo percentual minimíssimo de absolvição quase que irrelevante, sendo possível sim a execução da pena provisória e não violando a presunção de inocência.

Neste sentido a Senhora Ministra Cármen Lúcia (2016, p. 61) defende:

[...] considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. (Grifos Nossos).

Observa-se que o condenado não pode ser taxado de culpado até trânsito em julgado, porém pode haver condenação, ou seja, parece ser legal a prisão provisória da pena e a não viola o Princípio da Não Culpabilidade.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 28):

A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva 9 ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. (Grifos Nossos).

Percebe-se que pela demora do trânsito em julgado, muitos processos criminais são prescritos, aumentando a sensação de impunidade e destruindo os objetivos da pena: prevenção geral e especial. Parece ser acertada essa decisão, pois tudo leva a crer que tais recursos estejam sendo usados de modo abusivo.

Na explicação de Silva, 2016, os recursos extraordinários e especiais não vinham sendo buscados para resolver questões constitucionais ou de ordem federal, como respectivamente são característicos, mas usados pelos advogados e para procrastinar o trânsito em julgado.

Percebe-se que os recursos constitucionais não vinham sendo usados de modo satisfatório, melhor dizendo, parece ser para atrasar o trânsito em julgado e talvez causar uma possível prescrição do crime.

Ainda para o Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p 34): “[...]os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação”.

Nota-se que para interpor sucessivos recursos protelatórios não estão ao alcance das pessoas condenadas e que são hipossuficientes, sendo assim, parece ser um benefício somente para a classe mais favorecida financeiramente, deixando as prisões para os pobres.

Em texto extraído do Conselho nacional de Justiça publicado no ano de 2016 Eugenio Zaffaroni, integrante da Corte Interamericana de Direitos Humanos o jurista argentino, argumentou “Temos um processo de seletividade muito particular. No mundo todo as prisões estão lotadas de pobres, mas na América Latina isso é mais notório. [...]”.

De fato percebe-se que a população carcerária é lotada de pessoas pobres, não só aqui no Brasil, mas em todo o mundo.

Em contrapartida Rosa (2016, p. 222), argumenta:

Entender que, conforme o processo se delongue por ocasião de interposições sucessivas de recursos, pode-se estabelecer certa valoração de culpa do réu é um desrespeito aos princípios fundamentais e garantias constitucionais assegurados de forma ampla a todos os que forem submetidos a processo no Brasil.

Percebe-se que a autora defende que os recursos protelatórios mesmo impetrados excessivamente não macula a culpa do réu, porém parece que a medida que vai ocorrendo condenações, a presunção de inocência vai se distanciando do condenado. Parece que somente irá atrasar a execução da pena do condenado.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p.48) defende:

A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do habeas corpus. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.

Entende-se que a demora ao impetrar sucessivos recursos acaba por causar muita impunidade. Parece não ser esse o dever da justiça. Observa-se que a procrastinação não é o melhor caminho. Havendo abuso do judiciário poder-se-á solicitar o efeito suspensivo dos recursos e ainda utilizar-se do habeas corpus para as decisões de primeiro e segundo grau. Percebe-se que ainda o condenado terá outras oportunidades de se defender no caso de arbitrariedades, abusos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo foram analisados o Princípio da Presunção de Inocência e sua possível violação e a possibilidade de execução provisória da pena já com confirmação de sentença condenatória de segundo grau, onde antes era entendido que o condenado que respondia em liberdade só poderia ser preso apenas com o trânsito em julgado, com a ressalva é claro, das prisões cautelares. Logo abaixo serão descritos os argumentos que levaram a tomada de posição deste trabalho, entendendo ser legal a prisão antes do trânsito em julgado, não violando pois, o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Primeiramente, observou-se que desde a criação do recurso extraordinário jamais se teve outro efeito que o não suspensivo, ou seja, que possibilita a prisão já com a confirmação da sentença condenatória em segunda instância. Percebe-se que sempre foi esse o entendimento há muito tempo, ou seja, sempre se buscou fazer justiça dessa forma, ao que se depreende deste trabalho, o mais adequado.

Outro aspecto importante é que o artigo 5º, LVVII da CF 88, analisando-o, percebe-se que ele não condiciona a prisão, mas sim a culpa, quer dizer, não fala que tem que esperar até trânsito em julgado para se prender, mas sim sobre a taxatividade de culpa, onde, como já

visto, tem sua análise de provas e fatos até o duplo grau de jurisdição, ou seja, o direito subjetivo. Nota-se não haver ferimento ao artigo supracitado, nem tão pouco se vê ilegalidade na prisão provisória da pena já após sentença condenatória de segundo grau.

Ressalta-se ainda que, a presunção de inocência é um princípio e como tal não deve ser observado de modo nenhum como absoluto, pois verificou-se com o desenvolvimento deste artigo que, na verdade o Princípio da Presunção de Inocência está presente desde o início da persecução penal e vai até o trânsito em julgado, todavia, parece perder força desde a primeira condenação, primeira instância, indo até o trânsito em julgado com menos força.

Outrossim, verifica-se que a possibilidade de prisão condicionada até o trânsito em julgado somente irá beneficiar as pessoas que têm condições financeiras de pagar advogados para ir representa-los até as instâncias superiores, pois é oneroso, onde como foi visto, a maioria das pessoas que cometem delitos são hipossuficientes, ou seja, são acompanhadas pelas defensorias públicas. Tem-se também a excessiva impetração de recursos protelatórios que, ao que se verificou neste artigo, são utilizados para procrastinar e, assim, prescrever o crime, podendo causar muita impunidade.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. e José Renato Nalini, **Manual de Processo Penal**, 2 ed. São Paulo, 2005;

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recurso Criminais Excepcionais**, Brasília, 2015;

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002;

BIACHINI, Alice. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. 2 ed. São Paulo, 2009;

BRASIL. Constituição 1988, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

_____. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 nov. 2016;

Conselho Nacional de Justiça. **Reeducação de presos requer nova interpretação, diz membro da Corte CIDH**, disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82550->

reeducao-de-presos-requer-nova-interpretacao-diz-membro-da-corte-cidh> acesso em: 05/10/2016;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1 ed. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002;

GARCÍA, Ana Dulce Aguilar. **Presunción de Inocencia**, 1 ed. México, 2013;

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**, 4 ed. Rio de Janeiro, 2006;

MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. e Mônica Bonetti Couto. **A Presunção de Inocência, a Constituição e o STF: Comentários ao HC 126.292/SP**; Revista de Direito Brasileira, São Paulo, SP/ p. 399-405, 2016;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**/ Julio Fabbrini Mirabete. 17 ed. São Paulo: Atlas 2005;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 30 ed. ver. Atual. e ampl- São Paulo: Editora Atlas, 2014;

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

ROSA, Angélica Ferreira. e Everton Moreira de Oliveira. **Uma Breve Análise do Acórdão do Supremo tribunal Federal No Julgamento do HC 126.292/SP à Luz do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência**, Revista de Estudos Jurídicos p. 211 a 229, Maringá/ PR, 2016;

SILVA, Jarbas Maciel. **Execução provisória da pena e a possível violação do princípio da presunção inocência imposta pelo julgado do habeas corpus 126.292**/Jarbas Maciel Silva, Paraíba, 2016 p. 29;

SOUZA, Renata Silva e. **O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal**, Portal E-GOV, disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>>, acesso em 15/05/2016, Florianópolis, 2011;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 126.292**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 13/08/2016;

TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**, 9 ed. Salvador, 2014;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**/ Fernando da Costa Tourinho Filho – 14 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011;

ZANON, Artemio. **Introdução à Ciência do Direito Penal**. 1 ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.