

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

João Pedro Brigatto WEHBE¹

Murilo Gabriel Marcelino da Neves LENQUISTE²

RESUMO: A execução antecipada da pena, tornou-se tema de grandes debates no meio jurídico acadêmico. Devido tal ação, surgiram controvérsias entre doutrinadores e a própria jurisprudência, nesta última, resultando em risco a segurança jurídica do país, por conta de seus entendimentos conflitantes. Sendo assim, é o momento propício para o estudo dos princípios constitucionais, algumas vezes deixados de lado, com decisões conflitantes principalmente, por parte do Supremo Tribunal Federal. O estudo dos princípios do direito e princípios constitucionais introduz uma lógica que servirá de embasamento para o aprofundamento do tema. Considerando-se a importância de um debate substancial, foram abordadas diferentes perspectivas de entendimentos, sendo apontados, argumentos coerentes para a execução antecipada da pena, dentro dos princípios constitucionais, por aqueles que defendem esta conduta. O argumento dentre os defensores da execução antecipada de pena vem no intuito de promover justiça, ou seja, acabar com a sensação de impunidade, apontada pela população, principalmente nos crimes do “colarinho branco”. O contexto internacional destaca-se como um determinante na construção de um conhecimento mais profundo sobre o tema, com exemplos bem-sucedidos nos sistemas jurídicos internacionais. Deste modo, ainda que com realidades distintas, exemplos internacionais mostraram-se passíveis de aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, após amplo debate entre doutrinadores, professores, jurisprudência, direito estrangeiro e atuantes em diversos ramos do direito, buscou-se uma solução calcada no princípio da legalidade, no princípio do contraditório e da ampla defesa. Portanto, preconiza-se uma solução eficaz para alcançar a segurança jurídica da nossa nação, atualmente incrédula com o sistema judiciário, mantendo-se os princípios constitucionais, tendo em vista que, via de regra, a população menos favorecida é a mais atingida pela usurpação dos princípios constitucionais.

PALAVRAS CHAVE: Constituição Federal, Processo Penal, Princípio da Presunção de Inocência, Princípio da Duração Razoável do Processo, Supremo Tribunal Federal.

I. INTRODUÇÃO

¹ Graduando em Direito, pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE. RA: 001.1.15.309

² Graduando em Direito, pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE. RA: 001.2.15.012

Verifica-se que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade, ou, presunção de inocência lastreado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, se encontrava disposto de forma originária, no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior. Devido a isso, bem como por força do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, permanecia-se estável o entendimento de que este princípio, alocado como direito e garantia constitucional, tratava-se de Cláusula Pétrea, não podendo ser suprimida em seu conteúdo, se quer por meio de uma emenda à constituição. Nada obstante a isso, sabe-se que é pelo intermédio da Constituição que se concede direitos e garantias ao povo, que foram previamente reconhecidos e posteriormente positivados, assim como, se erigiu a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, pressuposto fundamental para o surgimento do Constitucionalismo. Neste contexto, observa-se que uma Carta de direitos, visa atender as necessidades encontradas na sociedade à época de sua elaboração e posterior publicação. Sendo impossível, ainda que com um olhar futurista do constituinte, para com o anseio social, criar uma constituição que dure eternamente, sem que seja alterada ou até mesmo substituída por outra “atual”.

Assim, faz-se imprescindível que a Constituição Federal de 1988, encontra-se em alguns sentidos, defasada, quando o anseio do povo, não está mais sendo satisfeito. Afirmativa que se amolda entorno da problemática que vem perdurando nos últimos 9 (nove) anos, entorno do direito constitucional e processual penal, em sede da execução da pena, sem que tenha havido o trânsito em julgado. Mas que somente tomou repercussão, sobretudo nas mídias, em 2018, quando o ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, acusado pelas infrações de corrupção passiva e lavagem de capitais, veio a ser condenado em primeira instância, e visando, ao menos a *priori*, demonstrar sua inocência em liberdade, soerguendo o princípio da presunção de inocência, obstando a execução antecipada da pena. Este marco, foi essencial para a propagação de ideais políticos, doutrinários e jornalísticos, acerca da execução antecipada da pena. Bem como em sede dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, que anos antes havia sedimentado o entendimento, de ser possível a execução antecipada da pena, exaurida a segunda instancia judicial. Vislumbra-se a iminente insegurança jurídica criada,

onde passaram a interpretar a Constituição de modo superficial, alguns não mais reconhecendo a Cláusula Pétrea, que é o princípio que baliza a execução da pena antes de ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal. Muitos fundamentos foram soerguidos, em sede da problemática, uns defendendo a exegese sobre a Constituição Federal de modo sistêmico, fazendo vênias ao atual momento que se encontra a nação, enquanto outros rebatem, demonstrando total inconformismo a restrição por meio de interpretação e consequente aplicação de um princípio tido como *Pétreo*.

Deste modo, ideias são erguidos, mas que independente do lado, seja favorável a prisão após condenação em segundo grau, ou contrário à alegada violação da Constituição, se fazem insuficientes para uma solução eficiente, pois ambos posicionamentos de ideais, violam Direitos e Garantias Fundamentais, seja o asseguramento da execução da pena aplicada, ou, ao devido processo legal e ao contraditório e a ampla defesa. Carecendo, portanto, de uma saída adequada para o cenário sensível, tendo em vista o envolvimento de direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitos. Buscando-se assim, com uma análise ampla, reconhecendo todas as premissas que fundam as argumentações de ambas as “partes” neste contexto, uma saída eficaz, célere e acima de tudo, revestida pela legalidade.

II. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ao tratarmos da antecipação da execução penal, ou seja, ocasião em que há o início do cumprimento da pena pelo réu antes mesmo de transitada em julgado a sentença condenatória, é imprescindível fazermos menção ao “Princípio da Não Culpabilidade”, também conhecido como “Princípio da Presunção da Inocência”, disposto no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Nestes termos, Nereu José Giacomolli³, leciona que “as fórmulas “presunção de inocência” (formulação positiva) e “presunção de não

³ Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho...[et al.]. – São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013, pag. 442.

culpabilidade” (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual”.

A Constituição Federal, que possui como objetivos fundamentais, previstos em seu artigo 3º, incisos: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia ao desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e por fim proporcionar o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não seria diferente ao versarmos sobre o princípio trazido em tela, uma vez que este exerce de forma fundamental o papel de evitar ofensa indevida à liberdade das pessoas atingidas pelo poder punitivo do Estado.

A Constituição Federal traz expressamente em seu corpo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, isso significa dizer que, enquanto o acusado tiver a oportunidade de recorrer da sentença penal que o declarou culpado, este não poderá iniciar o cumprimento da pena imposta, sob nítida afronta ao texto constitucional.

Constata-se que até o ano de 2016, este posicionamento ante exposto, era consolidado na esfera jurisprudencial brasileira, no entanto, a partir do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP e das *ADECONS* nº 43 e 44, a colocação sofreu grande mudança, gerando uma maior flexibilidade ao tratar do referido assunto, que será oportunamente levantados à frente, sendo suficiente por ora, expor que se acabou permitindo em alguns casos, que os sentenciados com condenações corroboradas em segunda instância, pudessem ser, imediatamente, compilados ao cárcere, mesmo não tendo havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme a literalidade da norma Constitucional.

III. POSICIONAMENTOS REFERENTES AO INÍCIO DE EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

O tema em apreço é debatido exaustivamente entre diversos doutrinadores do direito. Entretanto, faz-se a observação de que a polemica é atual, acarretando a ausência de obras completas ou que se direcionam exclusivamente ao estudo e apontamento da legalidade ou não da decretação da prisão e consequente início de execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição.

Assim sendo, a de se explanar suficientemente alguns dos mais relevantes entendimentos entorno da temática que tanto gera repercussão desde 2009, até os dias atuais.

III.I. ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS A PRISÃO

Inicialmente, destacam-se os posicionamentos contrários à prisão após condenação em segunda instância, tendo em vista que o Processo Penal, ao ser interpretado exige maior desempenho racional lógico, conjugando-o às premissas Constitucionais, atividade esta, que se estabilizou no pós-segunda guerra mundial, sendo terminologicamente chamado de *neoconstitucionalismo*, por diversos juristas e teóricos do direito, entre estes, Luís Roberto Barroso⁴. Neste prisma, em sede penal, a regra é a liberdade do cidadão, que se reforça pelo princípio magno da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O jurista Lenio Luiz Streck⁵, professor e doutrinador do direito, expõe sua máxima constitucionalista, e pugna contra aqueles que são favoráveis à prisão após a condenação em segunda instância. Streck, em especial atenção para a temática que vem tomando grande repercussão midiática, doutrinária e principalmente jurisprudencial, soergue o ideal de

4 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. (<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constit>).

5 Senso incomum, presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar! – Lenio Luiz Streck. (<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>).

vedação ao *pamprincipiologismo* – valoração extrema de um princípio –, relembrando a aqueles, que um dia já interpretaram a Constituição com o seu devido cuidado, e, assim não fazem mais, de que não se pode exasperar os limites impostos pela *magna cartum* para com o Estado Democrático de Direito, que é o Brasil. Entende que a Constituição Federal, enquanto norma jurídica, deve ser respeitada, sobre tudo aplicada dentro de suas balizas quanto a interpretação sistemática. Argui, sobre aqueles que relativizam os direitos e garantias trazidos pela Constituição, mais precisamente sobre a matéria em tela que aduz sobre a presunção de inocência, de que se trata de uma cláusula pétrea, violada tremendamente, devido a azos interpretativos desenfreados da Lei Maior, sem que fosse aplicado qualquer proporcionalidade em sua aplicação. Defende substancialmente, a força normativa da Constituição Federal, sendo incompatível a execução da pena, após dupla condenação, isso pois a luz do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ninguém será declarado culpado senão quando ocorrido o trânsito em julgado, assim sendo, até a análise do último recurso cabível a ser interposto, afim de afastar a condenação penal, sendo utilizado pelo réu como direito a não concordar com a sentença condenatória categórica, seja por confiar em sua inocência ou por crer ter havido erro no julgamento.

Consoante ao entendimento, temos o parecer de Fábio Tofic Simantob⁶, presidente do instituto de defesa do direito de defesa (IDDD), por sua vez com viés mais prático, mas não se esquecendo das premissas constitucionais, expondo, que deve-se respeitar a cláusula pétrea que é o princípio da presunção de não culpabilidade, assim afastando os entendimentos de cabimento da prisão, por muitos estarem dando valor para algo que não pode superar a garantia constitucional dos réus de recorrerem sobre decisões que não concordam. Tofic, afirma que se criou na sociedade uma falsa polemica de que “ou tem prisão em segunda instância, ou ninguém vai preso antes do julgamento definitivo”, entendimento infundado segundo o jurista, tendo em vista que nos casos em que o acusado oferece perigo, estando evidenciada a sua fuga ou conduta que implica em obstáculos ao

6 Antecipar prisão é eliminar garantias sem resolver problemas estruturais – Fábio Tofic Simantob. (<https://www.conjur.com.br/2018-mar-30/fabio-tofic-antecipar-prisao-eliminar-garantias-manter-mazelas#author>)

desenvolvimento do processo, antes mesmo do julgamento do mérito e/ou antes de condenação, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a segregação da liberdade de modo cautelar, por meio das prisões, nomeadas por alguns, como processuais. Critica ainda, que toda polemica entorno do assunto, que sobretudo se fortificou pelos entendimentos e posteriores julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Soergue, que fora imposta uma redistribuição de responsabilidades, tendo em vista que pelo atual pronunciamento da Suprema Corte que se consumou pelo julgamento em 2016, do Habeas Corpus nº 126.292 , passou-se a permitir a punição do réu pela morosidade da justiça, mascarando a sub-rogação suportada pelos réus em serem presos antes de esgotadas as vias recursais, buscando fundamento, em que este ato de buscar um novo julgamento para se obter a verdade real, nada mais servira pra protelar e se atingir a prescrição da pena cominada em lei.

Enfim, não menos importante, cabe salientar o posicionamento contrário ao início de execução da pena após condenação em segundo grau, suplantado pelo doutrinador especialista em direito constitucional, José Afonso da Silva⁷, que convidado pelo ex-presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, que fora condenado em segundo grau pelo crime de corrupção e lavagem de dinheiro em 2018, para elaborar um parecer com a finalidade de influir no julgamento do Habeas Corpus 152.752 impetrado no Supremo Tribunal Federal, visando manter a liberdade do ex-presidente. Nesta toada, Silva confirma que a presunção de inocência é princípio, e quando objeto de ponderação diante do conflito com a efetividade da lei penal e bens jurídicos diversos, alegados pelos que são favoráveis a prisão, a ponderação quando executada adequadamente, faz prevalecer, sem dúvidas, o princípio constitucional. Alega o doutrinador que este princípio, da presunção de não culpabilidade, além de norma jurídica com densidade valorativa que fundamenta algo, é garantia fundamental prevista na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVII, diante disso, esta, devendo ser prevalecente, aplicada em seu inteiro teor, tendo em vista que “admitir a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, significa considerá-lo culpado antes do transito em julgado”, contrariando o texto Constitucional.

7 Parecer sobre a prisão após condenação em segundo grau – José Afonso da Silva
(<https://www.conjur.com.br/dl/afonsa-silva-defende-transito-julgado.pdf>)

III.II. ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS A PRISÃO

Por um viés moderníssimo, tem-se os posicionamentos favoráveis à decretação da prisão após condenação em segunda instância. Pensamentos estes que se fundam acima de tudo, em um olhar sociológico, em que se busca cumprir com a ordem pública, que se reflete na proteção da sociedade. Pensamento compatível, haja vista que o Direito Penal e instrumentalmente o Processo Penal, se comprometem a punir aqueles que atentam contra os bens jurídicos tutelados pelas normas penais, anteriormente reconhecidos pela sociedade.

Neste rumo, em sede de pensamentos favoráveis, que defendam o cabimento, sobre tudo a legalidade da prisão após condenação em segundo grau de jurisdição, encontra-se os dizeres do professor Luiz Flávio Gomes⁸, enfatizando que por meio da lei 8.038/90, artigo 27, parágrafo 2º; artigo 497 do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 995 do Código de Processo Civil de 2015) e artigo 637 do Código de Processo Penal, por atribuírem aos Recursos Extraordinário (dirigido ao STF) e Especial (dirigido ao STJ), o não efeito suspensivo da decisão do tribunal *a quo*, se faz plenamente possível a execução da sentença criminal que respeitou dois graus de jurisdição. O professor de modo categórico se posiciona fundamentando seu entendimento, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, mais precisamente em seu artigo 8º, 2, h, que garante o princípio da presunção de inocência do réu, até que seja comprovada a sua culpabilidade. Pela referência ao Pacto de São José da Costa Rica, alude que, garantido o duplo grau de jurisdição ao réu, por meio de recurso apto para tanto, cumpre-se com a análise exauriente sobre os fatos e provas entorno do delito, passando-se a partir deste marco, que já fora constatada e definida a culpabilidade do infrator, o pleno cabimento da prisão, tendo em vista a atual condenação. Deve ser dito que o professor Luiz Flávio Gomes, critica o entendimento pela não permissão da prisão após transcorrido o segundo grau de jurisdição, por ser essa medida,

⁸ Prisão do réu após decisão de 2º grau – Luiz Flávio Gomes.
(<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/233411641/prisao-do-reu-apos-a-decisao-de-2-grau-pec-402-15>)

meio facilitador para a chamada “indústria dos recursos”, onde indivíduos, réus, com condições financeiras avantajadas, se valem dos recursos previstos em lei para impedirem a execução imediata das sentenças judiciais – ainda que confirmadas em duplo grau de jurisdição –.

Luís Roberto Barroso e Rogerio Schiatti⁹, ambos doutrinadores, sendo o primeiro Ministro do Supremo Tribunal Federal e o segundo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, trataram recentemente em um artigo sobre a temática de um modo contemporâneo, visando demonstrar que a execução da pena após condenação em segundo grau é obrigatória, tendo em vista as características do sistema penal brasileiro. Cientes de que o Brasil é cercado por duas premissas de criminalidade, quais sejam, violência e corrupção, delitos cometidos por criminosos do colarinho branco, os ministros ressaltam a importância de combater a máquina dos recursos, utilizada por esses transgressores da lei penal, por possuírem alta capacidade financeira para custear essas batalhas nas Cortes Supremas, tendo em vista que no mais das vezes a finalidade não se calca no desejo de justiça mas sim no de impunidade, pois por meio dos recursos, que deveriam durar minimamente de seis meses a um ano e meio em casos mais complexos, na realidade durando 3, 5, 10, 20 anos até serem concluídos, demonstra a malícia destes réus, em se utilizarem da morosidade processual, para que atinjam seus fins, muitas vezes o reconhecimento da prescrição da pena e assim se verem livres de comporem o quadro penitenciário nacional. Ademais, trazem dados de grande relevo, ao salientarem que os argumentos contrários de que o réu ainda que condenado em segundo grau, sofre com o erro do julgamento, assim não podendo ser preso, tendo em vista que há instâncias a serem esgotadas para demonstrarem o erro *in procedendo*, Barroso e Schiatti, com apoio da Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça, trazem dados concretos de que, todos tem direito a opinião, todavia, os números levantados deixam claro o artil dos criminosos ao buscarem uma terceira instância, ora, a pesquisa declara que o percentual de absolvição em todos os recursos julgados pelo STJ no período de dois anos, entre 01/09/2015

⁹ Execução penal, opinião e fatos – Luís Roberto Barroso e Rogerio Schiatti.
(<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schiatti-execucao-penal-opiniaio-e-fatos.shtml>)

e 31/08/2017, foi de menos de 1%. Outro importante dado levantado foi de que 1,02% das decisões importaram na substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, deixando claro que ainda assim o réu fora condenado.

IV. DIREITO COMPARADO

Diante de um mundo globalizado, em que o trânsito de informação e de pessoas se tornou algo comum, temos que automaticamente pensar nas maneiras em que outros países adotaram posicionamentos sobre o tema, para dessa forma moldarmos o nosso entendimento de acordo com “padrões internacionais”. Dessa forma o direito comparado estuda os diferentes sistemas jurídicos no mundo e faz uma comparação entre as diferenças e as semelhanças entre os direitos de diferentes jurisdições comparando institutos, conceitos e outros elementos do direito de duas ou mais jurisdições.

Vale ressaltar que ao comparar sistemas jurídicos distintos não levamos em considerações diversos fatos que atuam naquela sociedade para que esse instituto funcione de forma exemplar naquela nação e talvez não funcione no Brasil. Considerações essas como a quantidade de presos, a morosidade da justiça, quantidade de magistrados, entre outros fatores que com certeza atuam de forma positiva ou negativa no processo. Além do mais, há ressalvas, pois, comparar sistemas penais é algo complexo, já que as premissas legais podem se diferenciar muito entre os países objetos de estudo.

Com a frequência de citações dos sistemas internacionais após a alteração de entendimento do STF, no sentido de que a prisão já poderia ser executada depois da decisão em segunda instância é que se faz necessário um breve estudo sobre o tema.

Ao se alterar o entendimento do STF ficou clara na decisão que se esgotam a possibilidade de discussão visando a materialidade, as provas e os fatos. Cabendo apenas ao STJ e STF questões de direitos e garantias, não havendo prejuízo ao princípio da presunção de inocência. Apesar da constituição ser muito clara, fez-se assim uma emenda constitucional ilegítima.

Em países democráticos a execução da condenação em segundo grau é regra, mesmo em países em que a presunção de não culpabilidade é consagrada como é o caso dos Estados Unidos, Espanha, não impedindo assim o início da execução da sentença penal. Vale lembrar como bem salientou o ministro Luiz Roberto Barroso que nenhuma democracia no mundo espera a decisão de quatro instância para executar uma sentença condenatória. Porem em nenhuma dessas constituições ocorre a imposição clara do nosso artigo 5º, inciso LVII, não dando margem a interpretações.

A Alemanha, frequentemente citada como bom exemplo, adota um modelo comparável com o nacional, onde se espera o trânsito em julgado da condenação para prender. Porem como explica o advogado Luís Henrique Machado, o sistema Alemão considera o processo terminado depois da decisão do Bundesgerichtshof (BGH), equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro. O “*revision*” ao BGH tem efeito suspensivo de natureza processual.

Nas palavras do nobre advogado “Na Alemanha, é incabível a execução das sentenças nas instâncias ordinárias”. A diferença em relação ao Brasil está no fato de que lá, não existe recurso ao Tribunal Federal Constitucional e sim a reclamação constitucional, ajuizadas depois do trânsito em julgado das decisões não tendo efeito suspensivo.

O caso peculiar, é de que crimes considerados graves, como homicídio, já começam a ser julgados na segunda instância, cabendo apenas recurso para a corte superior.

No caso da Constituição espanhola é estabelecido o princípio da presunção de inocência de forma expressa no Título destinado as garantias fundamentais. Para se alcançar a verdade real na Espanha também se faz necessário o duplo grau de jurisdição, passando a matéria a ser reanalisada por Instâncias superiores. Já em relação ao cumprimento da pena, o Código Penal espanhol, traduz expressamente que a sentença penal condenatória poderá ser executada apenas quando for “firme”, momento em que houver se esgotado a possibilidade de recursos ou no Brasil conhecido como Transito em Julgado.

Em ambos os sistemas constitucionais, existem disposições normativas muito parecidas e claros no sentido de impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em comparação aos EUA, a maioria esmagadora das pessoas processadas são presas já na primeira instância, porém nestes casos realizaram um acordo para se declararem culpadas. A crítica a esse sistema é que pessoas muitas vezes inocentes acabam aceitando se declarar culpadas por temerem longos julgamentos que podem acabar com graves condenações.

No Brasil a primeira e segunda instância analisam os fatos concretos e as provas. Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o STF, julgam se a lei foi corretamente aplicada nas instâncias inferiores, podendo absolver condenados se houver ilegalidades no processo. O criminalista com mestrado na Universidade Humboldt de Berlim, Luís Henrique Machado considera positivo o Brasil ter quatro níveis de julgamento, porém faz uma crítica no sentido da morosidade do Judiciário, defendendo mais investimento em número de magistrados, tecnologia e uma reforma que reduza a possibilidade de recursos, mas não o número de instâncias.

Na contramão do entendimento de Luís Henrique Machado, o ministro Luís Roberto Barroso criticou o STF, no sentido que não deveria ser como uma 4^o instância, nas palavras do ministro:

"Tribunais superiores, Supremas Cortes ou tribunais constitucionais não são feitos para julgarem todo tipo de inconformismo, seja Cível, seja Criminal, de quem tem tenha perdido uma determinada ação. Não é assim em parte alguma do mundo. Nem pode ser assim. (...) O papel é de fixar linhas jurisprudenciais gerais que vão ser aplicadas por outros tribunais. Essa ideia de que o STF deva ser a 4^a instância de todos os processos, inclusive de todos os processos criminais, é um equívoco que não tem como funcionar. É de uma trágica irracionalidade, e é por isso que o STF recebe 100 mil processos por ano."

E mais:

"Não é papel de nenhuma Corte Constitucional no mundo julgar 10 mil HCs por ano. É inexplicável. Não há sentido nisso. Jurisdição constitucional não é feita para julgar habeas corpus originariamente."

Deste modo através do direito comparado, conclui-se que, nos países em que se aguarda o trânsito em julgado da sentença condenatória temos geralmente o número de 3 instâncias, além da celeridade processual. Em que para se percorrer todo o processo até o trânsito em julgado, não terá a possibilidade da prescrição criminal ter ocorrido. No caso do Brasil é possível “empurrar com a barriga” o processo criminal até chegar no STF, havendo assim uma grande possibilidade de prescrever o crime para o estado.

V. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS PRECEDENTES

V.I. JULGAMENTO INICIAL

Primeiramente, cabe esclarecer que a análise quanto à possibilidade ou não de prisão em segunda instância não foi tema que surgiu no corrente ano, sendo conhecido do Supremo de longa data. O primeiro julgamento quanto à questão deu-se em 2009, mais precisamente no dia 05 (cinco) de fevereiro de 2009, ao ser julgado o Habeas Corpus 84078, decidindo em desfavor à permissão, por sete votos a quatro no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O processo de análise debateu pontos importantes, permanecendo, naquela ocasião, a tese do paciente de que a hipóteses de prisão antes da sentença transitado em julgado iria confrontar direito constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna que afirma “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O caso envolveu um fazendeiro que desferiu 5 tiros em um homem que supostamente teria flertado com sua mulher em uma feira agropecuária no interior de Minas Gerais.

Dos que votaram a favor do cumprimento antecipado, sendo estes os ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Menezes Direito e Ellen Gracie, vencidos pelos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e o relator Eros Grau.

O ministro Joaquim trouxe duras críticas à eficácia do sistema penal, dizendo que caso haja espera para averiguação de todos os recursos especiais e extraordinários, o processo jamais chegaria ao fim; e que, o processo pena dispõe meios de impugnação inexistentes no processo civil.

Em contrapartida, em sendo o último voto do julgamento, o ministro Gilmar Mendes aduz que a justiça brasileira não é eficiente, mas que possui um número notório e elevado de presos, e que boa parte destes estão em prisão preventiva sem denúncia apresentada. Ainda conclui que a prisão em flagrante deveria ser mantida apenas de presentes requisitos e pressupostos da prisão preventiva.

V.II. ALTERAÇÃO DE ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Apesar do julgamento acerca do caso, em 2016 a Corte mudou o entendimento jurisprudencial passando a considerar a possibilidade de cumprimento da pena após condenação em segunda instância, sendo reiterado por 3 julgamentos sucessivos.

Em fevereiro de 2016 o STF decidiu que era possível o réu ser condenado à prisão decretada em segunda instância, apenas naquele caso específico do HC 126292 não havendo efeito vinculante, por 7 votos a 4. O caso se tratava de prática de roubo qualificado, recorrido através de HC que chegou ao Supremo.

O relator deste processo, ministro Teori Zavascki alterou o entendimento anteriormente por ele dado, assim como os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

A sentença só poderia ser executada após todo o trânsito em julgado da condenação, conforme aduziu o ministro Marco Aurélio, demonstrado entendimento constitucionalista; e, também, seguido pela ministra Rosa Weber. Neste diapasão, o decano Celso de Mello também manifestou-se contra, defendendo que a Constituição possui meios e limites para a persecução penal que de forma alguma poderiam ser violados. "Quando esta Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução

provisória da condenação criminal, impede que o Estado decrete arbitrariamente, por antecipação, a implementação executiva de medidas privativas de liberdade", disse.

Todavia os juízes começaram a expedir ordem de prisão conforme esta decisão, gerando controvérsias e resultando nas decisões monocráticas, feitas por cada ministro, de formas diferentes sobre o mesmo assunto.

A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) entrou com pedido para o Supremo voltar a debater o tema, a fim de se afirmar se a prisão em segunda instância é ou não inconstitucional.

Em segundo e terceiro julgamentos, em outubro de 2016, houve nova análise deste tema, através de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que mantiveram na conclusão, o posicionamento do julgamento de fevereiro do mesmo ano, por seis votos a cinco.

Nesta fase, os ministros entenderam que pelo mérito da causa já ter sido julgado anteriormente, o princípio da presunção de inocência não havia sido violado e por consequência votaram a favor, sua maioria, contemplando entre os simpatizantes: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Votaram contra e ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Importante ressaltar que Gilmar Mendes alterou seu entendimento, votando a favor da prisão em segunda instância pelos motivos de que, pela experiência os sujeitos continuarão munindo-se de embargos de declaração, tratados, prescrição dentre outros, que são meios de tratar o tema como rotineiro, levando a um quadro de impunidade.

Em agosto de 2017 houve a concessão de habeas corpus para soltar um homem condenado em segunda instância, autorizado por um ministro.

Neste sentido, vemos que o próprio Supremo Tribunal Federal vem sofrendo alterações em seus entendimentos de forma reiterada.

Naquele segundo julgamento, Rosa Weber declara e atesta por meio dos autos que a Constituição, nossa Carta Magna vincula os princípios de não culpabilidade e presunção de inocência como máximas. Em muitas de suas decisões a ministra declara o desejo que a decisão da maioria da Suprema Corte seja seguida por todos os magistrados, o que a possibilitou de votar favoravelmente à análise do HC impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. “É que, na jurisprudência do plenário, eu, que privilegio o princípio da colegialidade, eu conheço deste habeas corpus consubstanciado no aditamento que se ofertou, ressaltando a minha posição pessoal a respeito do tema. Peço vênias às compreensões contrárias e, por isso, senhora presidente, acompanhando a divergência, eu rejeito as preliminares”, diz a ministra Weber.

No dia 04 de abril de 2018 o STF, após de mais de 10 horas de discussão, analisam-se o HC n.º 152.752, impetrado por Lula, e o denegam, assentando a ideia de que é possível antecipar a execução penal.

Neste cerne, a Suprema Corte ficou novamente dividida, sendo um placar de 6 votos a 5. Favoravelmente votaram o relator, Edson Fachin, ministros Moraes, Barroso, Rosa Weber, que mesmo entendendo inconstitucionalidade, votou seguindo decisão colegiada, Fux e Cármen Lúcia.

Vejamos os votos separadamente:

O ministro Fachin, relator do caso, votou de acordo com o entendimento já solidificado anteriormente e que a decisão deveria ser compatível e coerente. E afirma que não verifica ilegalidade ou abusividade do ato em questão.

Gilmar Mendes, logo ao se justificar, informa que o caso não será individualizado, mas, sim, de efeito erga omnes, com intuito de se discutir o tema no geral. Menciona também que por conhecer o sistema prisional muito bem, aponta que há necessidade de advocacia voluntária, e que o sistema é injusto, pois se aguarda uma “eternidade” até o julgamento definitivo, a ao possibilitar a prisão em segunda instância, há possibilidade de medida mais adequada e segura; abre, ainda, a ordem para que eventualmente

cumprimento da pena aconteça apenas a partir do julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Regional.

Seguindo o colega de Corte, Moraes também disse, assim como Fachin, que seu voto trataria apenas se houve ou não ilegalidade por parte do STJ.

Destaca que houve um aumento notório de presos, mas que isso não reflete no efetivo combate à corrupção, e resume que a interpretação Constitucional nem sempre é melhor que a da minoria, no caso os ministros que julgaram haver possibilidade de aplicação da pena provisória, não havendo ato ilegal por parte do STJ, pois se trata de entendimento da própria Corte; questiona ainda a falta de efetividade judicial e que os tribunais de segunda instâncias se tornariam apenas “tribunais de passagem”. E conclui denegando o pedido.

Abre-se a discussão do tema ao dizer que não se tratava de decisão para um ex-presidente, mas, sim, se se aplica jurisprudência ou não, algo fixado que, em regra, sim, para o ministro Luís Roberto Barroso.

Historicamente, traz que sempre houve a possibilidade do tema debatido, e que esses julgamentos repetidos, traziam incentivos à interposição de recursos desnecessários, concluindo o processo com prescrições; que o atual sistema prende apenas delinquentes pobres, e os que cometem corrupção, impunes; e, por fim, que há descrédito em desfavor da justiça, com toda impunidade, não sendo presos os verdadeiros bandidos.

Aduz ainda que, segundo a Constituição, a prisão trata de matéria de reserva de jurisdição, salvo em certos casos, e aponta teses: presunção de inocência é apenas um princípio, não regra geral e que, depois de condenado secundariamente, não já dúvida acerca da materialidade do fato. E acaba denegando a ordem.

Dando o voto, para alguns, dos mais decisivos, a ministra Rosa Weber relembra que se trata de caso específico. Ademais, diz que há necessidade de cumprir o princípio da colegialidade e formação de vontade coletiva, e mesmo adotando a corrente minoritária, decide conjuntamente com

os outros integrantes da Corte. Ressaltando, que o tema necessita de revisão, e acaba denegando a ordem.

Por não estar disposta na CF/88 a necessidade de trânsito em julgado, o ministro Luiz Fux denega a ordem. Esclarece que a presunção da inocência é quase que uma regra de ônus da prova, e que, apesar de não se poder levar em conta a opinião pública para se julgar, era necessário haver análise de questões morais, pois a própria sociedade é destinatária das decisões.

Para Dias Toffoli, assim como a ministra Rosa Weber, havia necessidade de seguir o princípio da colegialidade, por outro lado entendeu que há dever de análise da questão a fundo, uma vez que o sistema processual penal dispões mecanismos que pendem a liberar uso abusivo e protelatório dos recursos criminais. E vota concedendo a ordem.

O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, assevera que foi diminuído o direito de liberdade, tendo em vista que seria impossível “ressarcir” o cidadão em caso de reforma da sentença, e que em nenhuma parte do mundo há a “prisão automática”. Alega que, apesar da necessidade de combater a corrupção, essa possibilidade não seria justificável, e opta por conceder a ordem.

A prevalência das leis da Magna Carta deve ser mantida e por esta deter preceitos como a presunção de não culpabilidade, de que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada e ou em flagrante e que a prisão é ilegal deve ser relaxada, o ministro Marco Aurélio opta por conceder a ordem; apontou que antes do HC ter sido impetrada pelo advogado do Lula, deveria ter sido analisada as Ações de Constitucionalidade, e que a Constituição dever permanecer acima de tudo.

Celso de Mello assevera, logo de início, que a análise da Corte deve ser feita livre de influência da opinião pública; opta por conceder o habeas corpus evitando a prisão até fim de todos os recursos previstos por lei.

Suscita que há diversos outros países, como Itália e Portugal, que aguardam a condenação definitiva, que se trata de limitação constitucional

ao poder de estado. E que os processos por serem muito utilizados acabam fazendo com que o processo tenha delongas em seu julgamento definitivo, entretanto esses recursos são previstos em lei e que existem meios para inibi-los se ilegais.

Por fim, a ministra Carmen Lúcia ficou responsável por decidir; proclama que não quebra do princípio da não culpabilidade já que a matéria já foi exaurida pelas provas anteriormente analisadas e que a preceito de manter decisão dada por ela em 2009, decide negar provimento ao Habeas Corpus.

VI. CONCLUSÃO

Neste interim, sensível e conflituoso, onde debatem não somente a liberdade de um cidadão, mas também a justiça penal, tendo em vista que o Estado, detentor da pretensão punitiva, dever republicano que lhe fora atribuído pela Constituição Federal, não pode desvairar-se da busca eficiente, pela verdade real, e, de punir aquele que pratica um tipo penal descrito em lei.

Verifica-se na evolução da sociedade brasileira, no tange as atividades criminais, uma estabilização de delitos ligados a função pública, tipificados em leis esparsas, como na lei nº 8.429/1992 (lei de improbidade administrativa), sobretudo, no Título XI, Capítulo I, do Código Penal, que prevê os delitos praticados por funcionários públicos contra a administração pública. Crimes que são praticados por indivíduos gananciosos, p. ex. o delito do artigo 317, do Código Penal, que descreve o agente que, não se contenta com os rendimentos significantes que tem, se prevalece do cargo, para auferir ainda mais vantagens, em prejuízo da nação como um todo.

Levando em consideração a atualidade, não se pode deixar crimes como este, impunes. Todavia, não por isso, que se buscará de todas as formas puni-los, assim, violando direitos e garantias previstas em lei. Devendo estar sedimentado que o direito de defesa é previsão Constitucional, e, que se fortifica por diversos princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como pelo princípio da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória. Não se pode pelo anseio de justiça, que nitidamente na atualidade é o que mais se almeja, violar garantias fundamentais, para se chegar ao cumprimento de outras garantias da mesma espécie. Pois se terá assim o contrário, injustiça!

Destarte, que o início de execução da pena, logo após a condenação pela Corte de justiça em duplo grau de jurisdição, exaure a análise e respectiva comprovação, dos fatos e da culpabilidade do agente. Entretanto, a Constituição diz expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assim, é cristalina a incompatibilidade dos termos, em um primeiro impacto, tendo em mente que o duplo grau, está sujeito a recursos, o que afasta neste momento o trânsito em julgado da decisão de segunda instância.

Em que pese a isso, não se releva o fato de que a exegese aplicada ao princípio da presunção de inocência neste contexto, se presta a burlar o atual Sistema Acusatório, adotado pelo Processo Penal. É notório que, somente aqueles que possuem condições financeiras avantajadas, quando processados criminalmente, conseguem esgotar todos os recursos previstos no Processo Penal. Encontrando-se diante deste marco, aqueles de má-fé, que já se encontram culpados, uma vez exaurida a parcela da jurisdição competente para tanto. É certo que esses réus, podem tão somente, buscar pelo efeito devolutivo à instância superior, rediscutir a lei entorno do caso concreto, e não mais a matéria fática e comprobatória da infração penal. Isso é regra! Fatores que são indiscutivelmente, inafastáveis da atual situação, que vem sendo debatida exaustivamente em tribunais e em noticiários por todo o país.

Diante do alegado, a solução não está próxima, como se denota à luz das tantas argumentações, e, embasamentos legais. Não obstante a este reconhecimento, entende-se que, “Aquela” que nos fundou, concebendo o Estado Democrático de Direito, não pode ser esquecida ao relento. Ou ser utilizada quando se faz oportuna, ou ainda, flexibilizada, se aplicando o raciocínio que se bem entender de modo grosseiro, violando-a, tendo em vista que se trata de um Constituição rígida. Assim sendo, buscando vence-la, no

que tange ao princípio da presunção de inocência, por meio mais complexas fundamentações, sempre estará se “esbarrando” na própria Lei Maior.

Portanto, de modo eficaz, a proposta de uma reorganização, acompanhada de reestruturação dos órgãos que atuam em sede do processo penal, é uma saída hábil. Buscando assim, cumprir com a duração razoável do processo e a celeridade processual. Princípios magnos, que norteiam todos os processos, esquecidos a algum tempo, haja vista a atual análise temporal, que perdura um único processo. Deste modo, não violando o dever republicado do Estado, de cumprir com a pretensão punitiva e executória, tampouco, descumprindo a Constituição da República Federativa do Brasil. Sendo o criminoso preso somente com o trânsito em julgado, nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e se desenvolvendo juntamente o cumprimento da pretensão executória Estatal sobre o criminoso condenado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A execução da pena e o trânsito em julgado da decisão (<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,artigo-a-execucao-da-pena-e-o-transito-em-julgado-da-decisao,70002250870>)

Alvo de disputa no Brasil, prisão após condenação em segunda instância é permitida nos EUA e em países da Europa (<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>)

Antecipar prisão é eliminar garantias sem resolver problemas estruturais – Fábio Tofic Simantob. (<https://www.conjur.com.br/2018-mar-30/fabio-tofic-antecipar-prisao-eliminar-garantias-manter-mazelas#author>)

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. (<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e->

constitucionaliza% C3%A7%C3%A3o-do-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constit)

Barroso critica STF como "4ª instância": "Jurisdição constitucional não é feita para julgar HC" (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI278265,81042-Barroso+critica+STF+como+4+instancia+Jurisdicao+constitucional+nao+e>)

Citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender – (<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>)

Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho...[et al.]. – São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013, pag. 442.

Execução penal, opinião e fatos – Luís Roberto Barroso e Rogerio Schietti. (<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniao-e-fatos.shtml>)

Parecer sobre a prisão após condenação em segundo grau – José Afonso da Silva (<https://www.conjur.com.br/dl/afonsa-silva-defende-transito-julgado.pdf>)

Prisão do réu após decisão de 2º grau – Luiz Flávio Gomes. (<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/233411641/prisao-do-reu-apos-a-decisao-de-2-grau-pec-402-15>)

Presunção de inocência e execução da pena no Direito Espanhol (<https://canalcienciascriminais.com.br/execucao-da-pena-direito-espanhol>)

Senso incomum, presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar! – Lenio Luiz Streck. (<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>).

(<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>)

(<https://www.youtube.com/watch?v=gHBvupAc8hQ>)

(<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-02/supremo-aprova-cumprimento-de-pena-antes-do-transito-em-julgado-do-processo>)

(<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/por-7-votos-4-stf-autoriza-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia>)

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/em-2016-supremo-decide-que-pode-haver-prisao-apos-segunda-instancia.html>

(<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277762,51045-STF+nega+pedido+de+Lula+para+evitar+prisao>)

(https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/leia-voto-ministro-celso-mello-julgamento-hc-lula?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)

(https://www.youtube.com/watch?v=6dc3Hsms_1s)