



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA VERSUS EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

ALUNO(A): Pedro Henrique Brito Santos

ORIENTADOR: Júlio Cesar Rabelo

Aracaju

2019

PEDRO HENRIQUE BRITO SANTOS

PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA VERSUS EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo – apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Tiradentes –
UNIT, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em / / .

Banca Examinadora

Julio César de Nascimento Rabelo
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA VERSUS EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRESUMPTION OF INNOCENCE VERSUS PROVISIONAL EXECUTION OF PEN- ALTY

Pedro Henrique Brito Santos¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo principal demonstrar a forma inconstitucional das decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) em relação as execuções provisórias da pena antes de ocorrer o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A atitude de aplicar a penal provisória está sendo aplicada em vários graus da jurisdição brasileira, até o momento de composição deste artigo. Para tal estudo será abordado em primeiro grau o conceito da presunção da inocência, a sua evolução histórica e a sua aplicação no sistema judiciário brasileiro. Será analisado também a aplicação do instituto da execução provisória da pena através das decisões do STF, nos casos do habeas corpus nº 84.078/MG e Nº 126.292/SP. Será arguido neste trabalho, por fim, a inconstitucionalidade da aplicação da execução provisória da pena, tendo como base o princípio da presunção da inocência, e a incapacidade da permanência de tal instituto na jurisprudência brasileira pela agressão a princípios constitucionais.

Palavras-Chave: Presunção da Inocência. Ponderação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article has as its main objective to demonstrate an unconstitutional form of the Supreme Federal Court decisions regarding provisional executions of sentence before it occurs or due to the final judgment of a conviction. The attitude of applying the provisional penalty is being applied in various degrees of Brazilian jurisdiction, until the writing of this article. For such study, will be used the concept of prescribing innocence,

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT E-mail: pedrohbs8@gmail.com

your historical evolution and the Brazilian legal system application. It will also be analyzed the application of the Institute of Provisional Execution of Penalty Attributed by Decisions of the Supreme Court, in the cases of habeas corpus n ° 84.078 / MG and n ° 126.292 / SP. Finally, it will be discussed in this paper the unconstitutionality of the application of the provisional execution of the sentence, based on either the principle of presumption of innocence or an inability of permanence of the Brazilian jurisprudence institute for aggression to constitutional principles.

Keywords: Presumption of Innocence. Weighting. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a prisão do acusado antes que ocorrer o trânsito em julgado, ou seja, a Execução Provisória da Pena e como este instituto fere a o princípio da presunção da inocência entre outros. Tendo como base as decisões do STF do Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo e do Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais.

Tal análise será feita com a intenção de demonstrar a importância, em primeira instância, do princípio da presunção da inocência e como este instituto fere ao princípio, não só ele, mas também o da dignidade da pessoa humana. Ora se a nossa constituição é o nosso ordenamento maior, como é que se pode um princípio nele exposto ser suprimido. Ainda mais um princípio basilar de todo o processo penal. Vale ressaltar também a grande batalha para que tal princípio pudesse ser inserido no ordenamento jurídico, luta que será exposta logo embaixo.

O artigo traz em sua essência o objetivo de defender o tal princípio sobre os ataques sofridos pelo próprio STF, tendo em vista a defesa dos Direitos Humanos e todos os seus princípios.

Desta forma o presente artigo ao decorrer do seu texto irá se debruçar em analisar: princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico brasileiro; A presunção da inocência na ótica do STF (Supremo Tribunal Federal). Terá como ponto de discussão as Habeas Corpus exposto acima e as normas brasileiras do processo penal.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito processual penal brasileiro tem em seu teor fundamental ligado à essência de um processo garantista, ou seja, tem como objetivo pleitear os direitos fundamentais do suspeito de cometer ato que não está de acordo com as normas da sociedade, tornando o processo penal em um ato composto por igualdade de direito para o réu, ficando assim o processo legal e justo, como revela RANGEL (2010, p.8),

[...], a incidência da norma penal sobre o indivíduo autor do fato-crime (pelo menos em tese) somente poderá se dar desde que, nos autos do processo as provas não deem margem para a outra solução ao magistrado. A punição, dentro do Estado Democrático de Direito, é a exceção, e não a regra. A regra é a liberdade.

O princípio do estado ou situação jurídica de inocência, outro nome utilizado pelo princípio estudado aqui, tendo como base o processo penal garantista, pode se dizer que tem em suas origens no Direito Romano, onde aquele que acusava tinha por obrigação a coleta de provas concretas que ligassem o acusado ao delito cometido. Alguns estudiosos ainda, alegam que este princípio já estava descrito na legislação tanto da Roma como da Grécia antiga, pois em alguns fragmentos da época estão escritos algo referente ao tema, porém a massiva maioria da doutrina tem como ponto inicial o século XVIII, junto com dois grandes movimentos, o iluminismo e a revolução francesa, defende esta tese RANGEL (2015, p. 24 - 25),

O princípio da presunção da inocência tem seu marco no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual inquisitório, de base romano canônica, que vigia desde o século XII.

Porém na idade média baixa ou medieval, houve um ataque a este princípio, através do sistema inquisitório, onde o acusado já começava o processo sendo culpado por aquilo que estava sendo acusado, ou seja, não recebia nenhum tratamento do inocente. Fica claro tal afirmação pelo fato de que quando o indivíduo era acusado, este já era mantido preso até que se provesse que o mesmo era inocente, ainda no tocante ao ônus da prova, neste período o acusado era o encarregado de provar que não era o culpado, ou seja, deveria o réu provar a sua inocência, algo

absurdo, porém ocorrido neste período. Levou o desta forma a um colapso sobre sua existência, assim como suscita Lopes Jr., Aury, (2015, pg. 91),

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacado e até invertido na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpaabilidade.

Apenas por volta da idade média é que se viu necessário o reanimo do princípio, sendo encabeçado pelos principais filósofos juristas da época, como Beccaria, Hobbes, Francesco Carrara, onde não apenas levaram à tona a obrigação do princípio durante todo o processo penal como elevaram este princípio a um princípio fundamental. No entanto, tal princípio ainda se recuperando dos ataques sofridos na idade medievá, fora atacado novamente, desta vez com muita força, a primeira crítica foi arguida pela Escola Positiva Italiana que afirmavam que tal princípio era meramente ilógico ou antiquado, requeriam desta forma a prisão preventiva do indivíduo primeiro, para após ir ao julgamento. A tese formada por essa escola era que em sua maioria todos aqueles que iam para o julgamento eram culpados, logo não se deveria se tratar de um princípio da inocência, mas sim da culpabilidade. Ainda pode se suscitar que o houve outro responsável pela queda deste princípio, assim como afirma Ferrajoli, Luigi, (2002, pg. 442),

Mas o golpe decisivo foi desferido em princípio pela autoridade de Vincenzo Manzini, que estigmatizou a fórmula como um "estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês" e a julgou "grosseiramente paradoxal e irracional" baseada em uma cadeia de petições de princípio: a apriorística valorização dos institutos positivos da custódia preventiva e do segredo instrutório que por ela seriam contraditados,²¹ a insensata equiparação instituída entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade, a assunção de que a experiência demonstraria que a maior parte dos imputados são na realidade culpados.

É de suma importância ressaltar ainda que o princípio da presunção de inocência foi abolido no Código Rocco em 1930, código processual penal da Itália, que serviu de inspiração para a criação do Código de Processo Penal Brasileiro, pois tinha como fundamento que tal princípio não passava de ideologias da revolução francesa.

Apenas com a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, foi que

pôde observar em escritos o princípio da inocência, estava este descrito no art. 9º desta declaração, descreve o seguinte: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”. Com a chegada das duas maiores e mais sangrentas guerras já vistas, 1º Guerra e 2º Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas, postulou no Tratado Dos Direitos do Homem no ano de 1948, a garantia da presunção da inocência, que teve como seu precursor o Tratado dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, lá no art. XI do Tratado da ONU está disposto a seguinte norma: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”, faz-se importante salientar a análise de BATISTI (2009 p.34),

Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo.

Porém as declarações como pelo próprio nome já entregam são meros enunciados, ou seja, não tinham nenhuma força de norma, para que pudesse serem seguidas. No entanto, era de bom grado que este princípio pudesse ser utilizado de forma propícia e em todas as nações, pois se tratava de uma garantia sobre um dos principais direitos do homem, o da liberdade, então em outro encontro entre as nações no ano de 1969 houve a necessidade de homologar uma lei com o teor normativo, assim no art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, foi então transcrita a norma que fora criada lá na Declaração dos Direitos do Homem no século XVIII, como observa BARGALO (2015, p.39),

O Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também previu a garantia da presunção de inocência, no art. 8º, 2, 1ª parte: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove

legalmente sua culpa”.

Em 26 de maio de 1992 o Congresso Nacional Brasileiro fez a aceitação do Pacto de São José da Costa Rica, pelo decreto n. 27 de 1992 e o decreto n. 678 do mesmo ano. Este princípio está disposto no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, porém este passou por um árduo percurso para chegar até o qual se é conhecido hoje, só após a constituição é que a garantia da inocência pode ser implantada no Brasil.

Dito isto, é que se pode compreender que o princípio aqui estudado, o da presunção da inocência, como conceitua Nucci (2012, p.90) “significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado”. Fica claro, portanto que todo ser humano em sua natureza original tem sobre si o âmago da inocência, pode se notar que o citado princípio delega para aquele que está fazendo a acusação, todo o ônus, devendo o mesmo provar a suas acusações, tirando desta maneira a natureza da inocência que recai sobre o réu.

O princípio da presunção da inocência tem por objetivo impor uma forma de tratamento para com o réu, um tratamento de inocência, este sendo segmentado em duas perspectivas, a primeira é da dimensão interna, ou seja, no decorrer de todo o processo o réu deve ser visto como inocente até que seja posto prova ao contrário, devendo o mesmo receber do judiciário o status de inocente, igual a uma pessoa que se quer foi teve um processo em seu, devido a este status de inocente é que se pode extrair as principais ideias que surgem com a ideia da presunção da inocência como leciona em Lopez Jr., Aury e Badaró, Gustavo Henrique, em seu parecer ante a julgado do Habeas Corpus 126.292/SP, (2016, pg. 12),

Vários conteúdos podem ser extraídos da “presunção de inocência” ou “estado de inocente”, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, diretamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de periculum libertatis; (ii) a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

Assim também afirma (LOPES Jr., 2015, p.93),

Na dimensão interna é uma dever de tratamento imposto- inicialmente- ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não devidamente condenado?).

É importante ressaltar também, que o tratamento quanto ao estado de inocência do acusado perdurará até que seja transitado em julgado todo o processo, em outras palavras, o réu não poderá sofrer nenhum tipo de restrição quanto a sua liberdade e o seus até que se exaure todos os seus tipos de defesas e recursos. Isto está totalmente exposto no Art. 5º, LVII da CF “Ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, porém existem exceções quanto a restrição ao direito do acusado, que são as medidas cautelares, que são utilizadas para que o processo possa ocorrer sem qualquer tipo de prejuízo, entre essas medidas cautelares ressalta-se a prisão cautelar e a prisão preventiva (estudas mais a frente).

O outro segmento pelo qual o princípio é composto é de forma externa, ou seja, qualquer meio de comunicação não pode expelir sobre o réu qualquer ar de presunção de culpabilidade, pois o mesmo até que se prove o oposto não é culpado, também não podendo sofrer qualquer tipo de limitação devido ao processo pelo qual está sendo cometido, como explana: (LOPES, 2015, p. 93),

... a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção da inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Também neste ponto temos a afirmativa de Pacelli (2015, p. 48), que entende que em nenhum momento do processo o apenado poderá sofrer qualquer tipo de diminuição dos seus direitos pessoais, inclusive a liberdade, exclusivamente baseado na possibilidade da condenação.

3 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA SOBRE A ÓTICA DO STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

Em primeiro ponto vale a pena retomar sobre a definição do princípio da presunção da inocência, para que se possa analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, uma definição mais simplista é que o princípio aqui estudado se trata de uma forma de salvaguardar o direito do indivíduo que está sendo acusado, este devendo ser tratado de forma como se inocente fosse, ou seja no seu estado natural de inocência, pois, segundo a Carta Magna do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Fica claro, portanto, que todo cidadão que está sendo acusado sobre um crime deverá ser conhecido como inocente até que seja provado o contrário.

Porém, como exposto no tópico acima, existem possibilidades de que o réu possa desde o começo do processo ter seu direito de liberdade suprimido, isso por conta das prisões cautelares (tema estudado acima), que são medidas tomadas pelo julgador para que o processo possa ocorrer de forma segura, sem qualquer tipo de interferência ou descaso no processo. Estas prisões só podem ocorrer desde que os pré-requisitos dos artigos 312, 319 e 320 do CPP estejam presentes durante o decreto destas.

Ocorre que, ainda existe mais uma possibilidade de o réu ter o seu direito de liberdade liquidado, antes de ocorrer o trânsito em julgado, em outras palavras, antes que de exaurir toda forma de defesa e de recurso, esta possibilidade é denominada de “Execução Provisória da Pena”. Tal instituto tem como objetivo que o réu já comece a cumprir a sua pena após ser condenada em vias de apelação, tendo como fundamento o fato de que os recursos extraordinários não possuem caráter de duplo grau de jurisdição, ou seja, estes recursos não têm a possibilidade de reanálise do processo, não podendo mais ponderar mais sobre os fatos que ocorrem para chegar ao processo. Outro fundamento para a utilização da execução provisória da pena é que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo, ou seja, após a decisão do segundo grau deve se executar a pena, mesmo havendo a possibilidade de impetrar este tipo de recurso.

No entanto no ano de 2009, no Habeas Corpus 84.078-7/MG o STF declarou este instituto inconstitucional, pois segundo o relator Ministro Eros Grau, a Lei de Execução Penal se condiciona a execução da pena de prisão apenas com o trânsito em julgado do processo, indo desta forma de acordo com a Constituição Federal de

1988, em seu Art. 5, LVII, onde informa que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado.

Outro argumento utilizado pelo Relator foi o de que a defesa do réu não poderá em nenhum momento se ver acuada ou restringida, isso em toda a fase do processo, ou seja, até ocorrer o trânsito em julgado, Vide (Min., Eros Grua, Habeas Corpus 84.078-7/MG, 2009):

A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Durante cerca de 7 anos esse foi o entendimento do STF, sobre o tema da execução antecipada da pena, mas no ano de 2016, na decisão do habeas corpus nº 126.292/SP, houve o que se pode denominar de uma tragédia para o processo penal e um desacato para com a Constituição Federal.

Um dos fundamentos utilizados pelo Relator deste acórdão para poder dar validade a Execução Provisória da Pena foi a alegação que os recursos especiais e os extraordinários apenas possuem o efeito suspensivo – efeito que suspende a decisão tomada na instância anterior, até que a instância superior defira seu veredito – carregando apenas o efeito devolutivo – tem como objetivo transferir o recurso para a instância superior para que essa em sede de recurso possa reexaminar a decisão que fora tomada pela instância inferior. Porém tal fundamento cai por terra quando se observa a instabilidade das decisões que são reformadas, quando mais de 15% (quinze por cento) das decisões referentes a liberdade são reformadas, ou seja, há uma grande inconstância sobre tais decisões, não podendo desta forma colocar em cárcere o indivíduo por mero apelo social.

Antes de tocar no ponto quanto as decisões errôneas do STF sobre a execução prévia da sentença, é necessário que se explane, de forma sucinta, sobre os Recursos Extraordinário e Especial. Este é um recurso de vias extraordinária, tendo como objetivo o reexame de decisões proferidas por Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais, no tocante a decisões que ferem as normas infraconstitucionais (Lei Federal, tratados, entre outras possibilidades), este não tem em sua natureza o efeito suspensivo, apenas o efeito devolutivo. Como assim instrui, (Pacelli, 2017, Pg. 1013),

No Superior Tribunal de Justiça é feito o controle difuso da legislação infraconstitucional, pela via de recurso especial, cabível para o julgamento das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios [...].

Já o recurso extraordinário, também o recurso que percorre as vias extraordinárias como o próprio nome já denuncia, tem como seu desígnio a função de combater toda e qualquer decisão proferida por um Tribunal de Justiça Federal ou Estadual, que venha a ferir de forma direta ou indiretamente a Constituição. Este recurso também não possui o efeito suspensivo e sim apenas o efeito devolutivo.

Retomando o voto do relator e o seu fundamento sobre o efeito suspensivo, vale, em primeiro ponto, ressaltar que o Art. 995 do CPC não pode ser utilizado como parâmetro para o emprego da Execução Provisória da Pena, pois logo de começo está a se falar de duas esferas totalmente diferente, pois quando há de falar em decisões tomados nas esferas penais não há como voltar no tempo. Por exemplo, diga-se então, que por um exemplo meramente ilustrativo, onde o indivíduo “A” é acusado de cometer um homicídio, ocorrendo de forma normal o inquérito policial, sendo “A” réu de uma ação penal, tendo como pelo ativo o Ministério Público que ao observar o Inquérito Policial e em nome do Princípio do In dubio Pro Societate decide processá-lo. Porém durante a audiência de instrução e julgamento as testemunhas de defesa não foram ouvidas por erro do Juiz de Primeiro Grau, ferindo desta forma o princípio constitucional do Contraditório, sendo o acusado levado para o Tribunal do Júri onde é condenado pelo homicídio. O advogado interpõe um recurso perante o Tribunal de Justiça, onde esse não dá provimento, mantendo desta forma a decisão de primeiro grau e emitindo um mandado de prisão para “A”. O advogado agora impetra perante o STF um Recurso Extraordinário, com a alegação de ferir a constituição por conta da falta do contraditório do réu. O STF dá provimento a este recurso ordena que o processo retorne para a primeira instância para refazer a audiência de instrução e julgamento. Porém durante todo esse tempo o acusado se encontrava encarcerado, sendo solto apenas quando o acórdão do STF. Então indaga-se, “e o tempo que ”A” passou preso, como será reavido? ”. Diferente da esfera civil onde ocorre uma caução para que possa ocorrer a Execução Provisória da Sentença, processo penal existe nada que possa assegurar o direito do cidadão caso haja uma mudança na decisão.

Assim também pensa o ministro Carlos Britto, no seu voto desfavorável ante este instituto, *in verbis*:

[...] de fato, é um dano que projeta os seus efeitos numa dimensão quádrupla contra o preso. Primeiro, com sua ordem de prisão, o indivíduo sofre um abalo psíquico. [...]. Segundo, é um desprestígio familiar, é um fato que causa uma comoção doméstica, [...], na obtenção do ganho da família. Terceiro, é um fator de desqualificação profissional. O fato em si da prisão circula, chega ao conhecimento de outras pessoas, de outras esferas sociais e o indivíduo, que é preso vê reduzidas as suas oportunidades de emprego. E, finalmente, o desprestígio social, o conceito social, que também fica abalado. É tão grave quanto irreparável o dano da prisão nessa quádrupla projeção.

Como se pode observar pelo exemplo dado, a sentença, até que ocorra o trânsito em julgado é um instrumento instável, passível, muitas das vezes de alteração, reforma ou até a extinção desta. Por este motivo, quando o órgão julgado impede o sujeito de prosseguir com seus recursos até serem exauridos, ou então aplica nele uma pena reprimindo desta forma o seu direito de defesa, com o fundamento de que tal recurso não dá direito de suspender o efeito da sentença ou que os recursos impetrados nas vias extraordinárias em sua maioria não são acolhidos, o órgão está desta forma suprimindo o direito do indivíduo de gozar das suas defesas e dos seus direitos fundamentais, sendo este o direito da liberdade. Quanto mais a se falar de um órgão como o STF, que tem por obrigação salvaguardar o direito de todo o brasileiro, independente de quem este seja, como cita, Amaral, Augusto Jobim e Caleffi, Paulo Saint Pastous (2017, pg. 1077),

Com efeito, impossibilitar o indivíduo de recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pelo argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos federais, seja pela materialização do duplo grau de jurisdição ou, ainda, pelo fato de a maior parte das irrisignações interpostas não serem acolhidas, é atestar que a atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores (STJ e STF), para além de não resguardar, viola o direito do condenado de ter o reexame específico da sua situação jurídica.

Outro argumento utilizado para defesa do instituto da Execução Provisória da Pena, foi o do duplo grau de jurisdição perante os recursos extraordinários, onde os defensores alegam que os recursos extraordinários não têm o poder de optar sobre o fato, então segundo o ponto de vista deste, somente os recursos ordinários são capazes de alterar a decisão já proferida de forma realmente contundente, isso porque

o recursos ordinários têm em sua essência a função de reanalisar o processo em seu todo, ou seja, pode analisar quesitos de fatos e quesitos de diretos, já os recursos extraordinários “apenas” se limitam as questões de direito, não podendo mudar mais o fato, tendo como objeto de discussão apenas as questões que ora venham a ferir as normas infraconstitucionais e as próprias normas constitucionais. Ainda sobre essa dicotomia dos recursos ordinários e extraordinários, Lopez Jr., Aury e Badaró, Gustavo Henrique, em seu parecer ante a julgado do Habeas Corpus 126.292/SP, (2016, pg. 21), ensinam,

Consequência disso, ou o que seria o outro lado da moeda, é que os recursos ordinários se prestam para proteger o direito subjetivo das partes litigantes contra os vícios da decisão, enquanto que os recursos extraordinários têm como objetivo imediato a tutela do direito objetivo, no caso brasileiro, a Constituição, a lei federal e os tratados. Não têm por função assegurar o duplo grau de jurisdição, mas sim uma função nomofilática, isto é, de controle da correta aplicação da Constituição e da lei federal.

Dito isto, fica claro, portanto que tratar os recursos extraordinários como meros recursos que visam apenas a aplicação da norma é algo errôneo, pois estará tirando deste a subjetividade quando ao querer do recorrente.

Na decisão do HC de N° 126.292/SP, os que eram favoráveis para a prisão antes do trânsito em julgado, utilizaram o argumento da resolução hermenêutica de conflitos principiológicos, pois a princípio da presunção de inocência não é um princípio absoluto, podendo este ser relativizado. No caso concreto o princípio da presunção de inocência se deparou do outro lado com o princípio da duração razoável do processo, sendo que estes acharam mais viável que o princípio da duração razoável se sobrepusesse ante ao princípio da presunção de inocência. Como defendido pelo Ministro Edson Fachin, no HC N° 126.292/SP (2016),

[...]só adquirem eficácia após o julgamento dos segundos embargos de declaração, tirados de um agravo regimental, interposto contra uma decisão monocrática proferida no âmbito de um agravo em recurso extraordinário, interposto contra uma apelação a que se negou provimento. Tudo, desconsiderados eventuais embargos infringentes e embargos de declaração opostos nas instâncias ordinárias, ou eventual recurso especial, com todos os incidentes que lhes são próprios.

Ante tal discurso é necessário suscitar um pouco sobre o pensamento dois

autores que retomam o assunto dos conflitos dos princípios, sejam eles Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho. Em primeira análise Alexy, Robert (2015, pg. 93 e 94), expõe,

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...]. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.

Já Canotilho por sua vez quanto a solução de conflito, este leciona que é necessário seguir três passos (Canotilho, 1998 pg. 406),

[...] primeiro, na adequação, deve ser analisado se a medida adotada para a realização de determinado objetivo é apropriada para aquele fim [...], somente após esse estudo inicial, parte-se para o segundo requisito, o da necessidade. Na análise da necessidade, é observado se do ato a ser realizado ocasionará a menor desvantagem possível ao cidadão, ou seja, se é possível atingir ou objetivo almejado de outra forma [...].

Como último requisito para a utilização de ponderação dos princípios é da averiguação sobre se a utilização de um princípio sobre o outro vai ser proporcional com o dano causado pelo não utilização do princípio que cedeu.

Diante desta observação, fica claro, que se faz necessário que haja uma ponderação quando aos valores dos princípios ali em conflito, coisa que não ocorrera em relação ao HC 126.292/SP, pois segundo os Ministros do STF a justiça brasileira estava sendo motivo de chacota por conta da grande quantidade de interposição de recursos interpostos pela defesa, dando desta forma um prolongamento para o início do cumprimento das penas.

No entanto estes Ministros esqueceram que do outro lado estava um princípio constitucional que é um dos basilares para o processo penal, o princípio da inocência, princípio este que foi objeto de muita luta e de grande vitória ao entrar no ornamento

jurídico. Princípio que também está altamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Quando estes defenderam o princípio da duração razoável do processo era necessário se sobrepor sobre o princípio da inocência, estes aboliram parte do art. 5º, LVII, ou seja, “ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado”.

Utilizando agora de forma esclarecida o método de ponderação para sobrepor um princípio sobre o outro, faz-se necessário um estudo sobre o caso. Como exposto acima, na primeira apreciação, é importante observar o grau de prejuízo da não utilização do princípio que cederá. No caso aqui estudado, temos a dissidência dos princípios da eficácia da justiça e o da presunção da inocência. Como já estudado, o princípio da inocência traz em seu arcabouço a defesa do tratamento, desde o início até o trânsito em julgado, do réu como inocente, independentemente de quem o seja, tratamento este que impedia, até a decisão do HC aqui estudo, que o réu respondesse o processo preso. Não é preciso ir muito longe para perceber que o prejuízo causado pela não utilização do princípio da inocência é muito maior do que a não utilização do princípio da efetividade da justiça. Pois, quando se anula o princípio do estado de inocência de um ser humano, dá-se liberdade para que o réu seja tratado como culpado, antes mesmo de poder se defender completamente, e o joga dentro de um verdadeiro inferno, tendo em vista as péssimas condições do sistema penitenciário brasileiro. Com isso também concordo o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto no HC N° 126.292 SÃO PAULO, (2016, pg. 97),

E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea.

Diante de tal explicação e estudo que a decisão pela validade da execução provisória da pena no primeiro quesito foi muito equivocada. Pois ficou claro que o maior prejuízo fora causado pela não utilização do princípio da presunção da inocência, tendo em vista o grande ferir na constituição federal, pela não utilização deste princípio. Ora, se o princípio da inocência é um dos princípios que regem o processo penal, tendo em vista que este defende o direito do indivíduo acusado ser tratado de forma humana, sem que este leve sobre si o peso de culpado, como é que

pode ser deixado de lado para que o princípio da eficácia do processo possa sobrepô-lo?

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção da inocência, como já exposto, é um princípio que desde do direito romano era possível vislumbrá-lo, porém este só foi consagrado no ano de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, em seu artigo 9º “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Foi um princípio que veio para combater o totalitarismo que havia na época. Porém por ser um princípio que defendia os direitos do acusado, foi veemente atacado por aqueles que não aceitavam o fato de que o réu também é um cidadão e que deve ter os seus direitos salvaguardados.

Somente na Constituição Federal de 1988 é que o Brasil pôde se deleitar desse princípio, este sendo exposto no Art. 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Como a própria norma já explica, este princípio tem a função de estabelecer uma forma de tratamento perante aquele que está sendo acusado. Este tratamento é o tratamento da inocência, ou seja, todo ser humano está em seu estado natural (inocente) até que se prove o contrário.

Tal princípio carrega em seu arcabouço a função também de defender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois ele impõe que o cidadão deverá receber um tratamento de não culpado até que este exaurir toda sua possibilidade de recurso, não devendo este ser exposto como culpado, exposição esta que quando feita acarreta uma série de consequências já exposta acima.

Ocorre que durante muito tempo este princípio foi duramente ferido pelas decisões do STF, onde a instituição permitia que o indivíduo cumprisse com a pena antes de exaurir todas as possibilidades de recurso, ou seja, o acusado se tornava culpado antes do trânsito em julgado.

Porém no ano de 2009, a decisão do Habeas Corpus 84.078-7 Minas Gerais, que tinha como relator o Min. Eros Grau, tornou a execução provisória da pena algo inconstitucional, com o principal argumento da inobservância do Princípio da Presunção da Inocência. E assim foi durante o curto período de 7 (sete) anos.

No ano de 2016, na decisão do Habeas Corpus 126.292 São Paulo o STF, que tinha como relator o Min. Teori Zavascki, decidiu que tal execução provisória mais uma vez se tornava constitucional. Os principais argumentos foram, que a execução provisória tinha como base o princípio da eficácia do processo e sua seguridade, ocorrera desta forma um conflito de princípios, criou após tal conflito a obrigação dos Ministros do STF, ponderarem sobre qual o princípio deveria ser aplica, e como já exposto, estes resolveram, de forma política, devida a grande “fome por justiça” do povo e em tempos de Lava-Jato, que o princípio da Eficácia seria o mais viável a ser aplicado. Ocorre, no entanto, tais Ministros esqueceram que o princípio da Presunção do Estado de Inocência é um princípio constitucional e que este é uma das bases do processo penal, ou seja, quando deixado de lado é, o processo ser torna meramente uma via de mão única, o acusado se torna dono da verdade, e o processo penal retorna a sistema inquisitivo. Onde réu já começa o processo sendo culpado o semiculpado.

Outra lesão causada pela utilização da Execução Provisória como constitucional, é que o acusado ao receber sobre si o fardo de acusado antes do trânsito em julgado, é que o mesmo será visto com outros olhos pela sociedade como todo, ora vista, quando o indivíduo carrega sobre si tal peso sua autoestima já sofre um grande impacto, pois está levando sobre si a culpa de algo criminal, quando se adentra no aspecto familiar os este sofrem um grande abalo psíquico, já na área do trabalho o réu nunca mais terá oportunidade alguma, mesmo esse sendo inocentado após decisão do STF.

Fica claro que o argumento de sobrepor o Princípio da Efetividade do Processo sobre o da Inocência, foi algo inadequado devido a tantas agressões causadas por esta execução prévia.

Outro ponto que pode se avaliar que tal decisão foi totalmente equivocada, foi pela utilização do argumento que os recurso Extraordinários não possuem efeito Suspensivo e só o efeito devolutivo. Porém, como já exposto tais recursos prezam pela estabilidade do processo em suas decisões, ou seja, tem como objetivo a harmonização das sentenças, ocorre, no entanto, que quando uma decisão que fere uma lei federal ou norma constitucional e esta é observado pelo STJ ou STF, respectivamente, estes órgãos ordenam que os autos do processo retornem para onde aconteceram as agressões a tais normas para que estas possam ser

concertadas. Fica claro desta forma que quando os Tribunais Superiores acordam que ocorreu o erro a decisão que foi tomada nas instâncias inferiores podem ser alteradas, inclusive dando inocência ao acusado. Imagine então que o réu durante esta decisão dos tribunais superiores está mantido preso, e que após análise é percebido que ocorreu um erro que feriu uma norma federal ou constitucional e mandado para as instâncias inferiores refazerem o processo, sendo o réu inocentado. E agora? O réu ganhará uma indenização, e só? E o tempo que este passou preso, quem reaverá?

Tal assunto, atualmente ainda não é consolidado, ocorre que no dia 07 de outubro de 2019, foi aberta sessão para voto quanto a execução provisória de pena antes do trânsito em julgado, julgando as ADC (Ação Direta de Constitucionalidade) 43, 44, 54. Durante a composição deste artigo, na data de 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, em uma votação acirrada, de 6 votos, contra a execução provisória da pena, a 5 votos favoráveis a tal instituto, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, redimindo-se desta maneira da grande tragédia ocorrida no ano de 2016. Porém há de se indagar “o que será feito com aqueles que sofreram com execução provisória da pena desde 2016 até a data atual? Será que uma indenização pecuniária será suficiente para ressarcir os danos causado pelas situações que estes foram submetidos? ”. Tais questionamentos servem para que se possa refletir quanto aos direitos constitucionais em foco o da liberdade. Dar-se como resposta para estes questionamentos a seguinte resposta “não há valor que pague a liberdade”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.102>. Acesso em 24 out. 2019

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; e LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (parecer). Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf Acesso em 24 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Brasília, DF 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 24 out. 2019

CANOTILHO, J. J. Gomes (et al.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Trotta, 1995

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I, 19. ed. – Niterói,RJ: Impetus, 2017.

LOPES Junior, Aury. Direito Processual Penal. 12º ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES Junior, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 3. ed.– São Paulo: Saraiva, 2017.

Marco Eduardo Souza Andrade Pacifico (2017): “A inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (abril-junio 2017). Em-línea: <http://www.eumed.net/rev/cccscs/2017/02/inocencia.html>. Acesso em 24 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 24 out. 2019.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078-7 / MG. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. 28 de fevereiro de 2010. Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 24 out. 2019.