



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

FAJS - FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

LUCAS AZEVEDO BANDEIRA LUIZ

**EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: ENTENDIMENTO ATUAL DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF.**

BRASÍLIA

2017

LUCAS AZEVEDO BANDEIRA LUIZ

EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF.

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, *campus* Taguatinga.

Orientador: MSc. Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, 27 de agosto de 2017.

Banca Examinadora:

Marcus Vinícius Reis Bastos.
Professor Orientador

José Carlos Veloso Filho
Professor Examinador

Humberto Fernandes de Moura
Professor Examinador

DEDICATÓRIA

A Jesus Cristo por ter se entregado na cruz do calvário para salvar minha vida e por me proporcionar essa benção que é a conclusão de um Curso Superior me ajudando a ter paz, vencer o nervosismo e ansiedade com seu espírito Santo para conseguir concluir tudo no tempo previsto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço novamente a Jesus Cristo pois sem ele nada seria, ao meu Pai Alberto Lino Luiz dos Santos e à minha mãe Joaneide Azevedo Bandeira Luiz, que sempre me ajudaram nesse projeto, e ao meu Professor Marcus Vinícius que é extremamente atencioso, prestativo e solícito sempre dando boas ideias na produção do presente trabalho monográfico.

RESUMO

Trata-se de monografia que tem como objetivo analisar a questão da execução antecipada da pena, diretiva jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando do Julgamento do HC 126.292-SP, cuja confirmação, ao que tudo indica, se dará no julgamento do mérito das ADC's 43 e 44, em virtude de no julgamento das cautelares os ministros terem confirmada suas decisões proferidas no HC 126.292 - SP. Apesar disso, evidencia-se, outrossim, que existem possibilidades de que o entendimento seja alterado pelo Supremo, em virtude de o Ministro Gilmar Mendes ter alterado parcialmente seu entendimento quanto à execução antecipada da pena, quando do julgamento do HC 146.815 MC-MG, em 22 de agosto de 2017. Analisaremos se é compatível ou não com o ordenamento jurídico vigente a execução antecipada da pena, diante de diversos entendimentos e opiniões contrapostas de estudiosos e juristas, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, a luz da jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal e do princípio da não culpabilidade, ponderando ainda os votos dos Ministros.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Estado Democrático de Direito. Execução Antecipada da pena. Estado(presunção) de inocência não-culpabilidade. Cláusula Pétrea.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ESTADO (PRESUNÇÃO) DE INOCÊNCIA OU DE NÃO-CULPABILIDADE.....	13
1.1 Conceito	13
1.1.2 Origem e evolução histórica.	16
1.2 Medidas Cautelares: Prisões Cautelares/Provisórias x Estado (presunção) de Inocência/não culpabilidade. Da flexibilização à contradição jurídica.	26
1.3 Corolários da Presunção de Inocência.	38
1.4 Implicações para o Processo Penal.	46
2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	48
2.1 conceito.	48
2.2 Hipóteses de execução provisória: A favor do réu, contra o réu e a pedido do réu.	51
2.3 Disciplina acerca da execução provisória, Doutrina e Jurisprudência.	53
3 EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.....	61
3.1 Conceito	61
3.2 Evolução da jurisprudência do STF: Uma análise dos 3 momentos. (i) admissão da execução antecipada da pena, (ii) inadmissibilidade da execução antecipada da pena, (iii) retorno à admissão da execução antecipada da pena.....	62
3.3 Análise Crítica.	71

3.3.2.1 Argumento: a constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma ou considera injusta, e não possui (o STF) competência para reavaliar fatos e provas e reverter/combater injustiças.....	75
3.3.2.2 Argumento: a solicitação de efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária e o uso do habeas corpus resolveria o problema da injustiça na condenação efetivada pelas instâncias ordinárias.	78
3.3.2.3 Argumento: os recursos de índole extraordinária não possuem efeito suspensivo.....	78
3.3.2.4 Argumento: poucos são os casos de absolvição.....	79
3.3.2.5 Argumento: em nenhum país no mundo, após observado o 2º grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da suprema corte.....	81
3.3.2.6 Argumento: interposição de diversos recurso com fins protelatórios, o que leva à prescrição das ações. Ineficiência do Estado na persecução penal.	83
3.3.2.7 Argumento: ampliação das competências do STF e ausência de estrutura para realizar tantos julgamento.	85
3.3.2.8 Argumento: a constituição condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado e não a prisão, bastando a existência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciaria competente.	86
3.3.2.9 Argumento: a presunção de inocência é um princípio, sendo portando ponderável com os demais existentes na constituição federal.	87
3.3.2.10 Argumento: não esvazia a presunção de inocência a prisão antes do trânsito em julgado, em virtude de outros efeitos da condenação, como os secundários e os extrapenais, não poderem ainda produzir seus efeitos.	88
3.3.2.11 Argumento: a execução da pena pode se dar a partir do julgamento do Resp, pois através dele se uniformiza o entendimento acerca da lei federal (trata de questões gerais), sendo que, além disso, a imposição da repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE, dificultou o acesso do indivíduo ao STF.....	89
3.3.2.12 Argumento: ocorrência de mutação constitucional.....	90

3.3.2.13 Argumento: a presunção de inocência ganha peso gradativamente menor a medida que o processo avança e que as condenações vão saindo.	91
3.3.2.14 Argumento: não existe direito fundamental absoluto, por isso a presunção de inocência pode ser mitigada, possibilitando-se, assim a execução antecipada da pena.	92
3.3.2.15 Argumento: o constituinte não trouxe o conceito expresso do que vem a ser culpa, sendo necessária a intermediação do legislador.	92
3.3.2.16 Argumento: negar a execução antecipada da pena seria uma proteção insatisfatória aos direitos fundamentais implicando na quebra do princípio da vedação ao retrocesso.	95
3.3.2.17 Argumento: se dá muito valor ao direito fundamental do acusado e esquecem do direito fundamental da sociedade de ver sua ordem penal aplicada.	95
3.3.3 Crítica geral aos argumentos, super poder do Supremo Tribunal Federal, judiciário brasileiro, autoridades e população brasileira.	96
CONCLUSÃO.....	112
REFERENCIAS	123

INTRODUÇÃO

O Presente trabalho monográfico busca analisar, criticamente, os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC 126.292 – SP e das ADC's 43, 44, com foco no HC, eis que nele encontram-se a maioria dos argumentos utilizados pelos Ministros para permitir a execução antecipada da pena, objeto das citadas ações, sendo que ao final, será, dito se a medida adotada pela Suprema Corte Brasileira é compatível com o ordenamento jurídico ou não. Para isso, utilizar-se-á a dogmática jurídica constitucional, penal, processual penal e civil, filosofia (criminologia) sociologia e política, doutrina e jurisprudência.

Esse tema é bastante interessante, uma vez que aguça o amor pelo debate e análise das decisões judiciais, mas de outro lado gera indignação naqueles que não concordam com a utilização de argumentos utilitaristas, contra direito, moralistas, políticos e sem parâmetros para se embasar uma decisão judicial.

A pesquisa foi feita com esteio em livros de diversos doutrinadores, artigos científicos, textos da internet, ideias de professores expostas em aulas e palestras, uso de experiências e compreensões adquiridas ao longo da graduação através de leituras e trocas de informações com profissionais e amigos da área.

O enfoque da pesquisa é saber se a execução antecipada da pena guarda ou não compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, eis que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade não pode ser aferida, posto que quem a faz é o Supremo, e este vem dizendo que ela, a execução antecipada da pena, é sim, constitucional, pelo menos até então (agosto de 2017), pois o mérito das ADC's 43 e 44, ao que tudo indica, será julgado até o final deste ano (2017) em razão de o Ministro Marco Aurélio ter impulsionado a ação em outubro deste ano, pedindo manifestação da Advocacia Geral da União - AGU e da Procuradoria Geral da República –PGR, para, após, proferir julgamento.

Evidencia-se, outrossim, que existem diversos indicativos dados pelo Supremo no sentido de que o entendimento será alterado, em virtude de o Ministro Gilmar Mendes ter alterado parcialmente seu entendimento quanto à execução antecipada da pena, quando do julgamento do HC 146.815 MC-MG, em 22 de agosto de 2017.

Inicialmente abordarei sobre o instituto norteador de todo o processo penal mundial, elevado a importância de *condition sine qua non*, qual seja o estado (presunção) de inocência ou de não-culpabilidade, que é uma regra de tratamento imposta a todo o cidadão que é alvo de um processo penal para que juízos de valor precipitados não sejam realizados quanto à sua culpa pelo cometimento de um fato violador da ordem social (crime ou contravenção penal), eis que esta, a culpa, somente restará completamente acertada, após, para o limite de sentido do direito brasileiro, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art.5º inc. LVII da CF).

A presunção de inocência nos orienta a não seguir com os que argumentam com o grave das acusações para que nós não venhamos a nos encher de suspeitas e execrações contra os acusados, pois, quanto mais odiosas forem as acusações, aí sim é que devemos nos precaver mais ainda contra os acusadores para que não venhamos a perder de vista esse respeito rei, (presunção de inocência) que é comum a todo o acusado enquanto não liquidada a prova e comprovado o delito.

Mais à frente, os embates históricos que demonstram a sua construção e reafirmação quedar-se-ão devidamente expostos. Cumpre desde logo, um adendo.

A origem se deu em Roma e teve influências do cristianismo. No período da idade média (sec. V - XV) denominada “idade das trevas” a presunção era de culpabilidade e não de inocência. Bastava uma testemunha e um indicio para que um sujeito fosse processado, julgado e condenado. As penas eram horrendas e os processos penais eram secretos e somente documentado (“juízos” ou “ordalhos de Deus”). Não existia publicidade e oralidade. As funções de julgar, acusar e investigar concentravam-se nas mãos de uma única autoridade: o juiz, chamado inquisidor, por isso o processo era denominado processo inquisitivo, ou santa inquisição.

Logo após, no século XVI iniciou-se um movimento, intitulado de iluminista (França, idade das luzes), que foi o momento onde se buscou garantir uma maior humanização das penas e do processo de coleta de provas, que antes era obtido por meio de torturas. Esse movimento foi ganhando força e então chegou-se às revoluções liberais (norte americana – 1775 a 1783 – e francesa – 1789), eventos que foram precursores da derrocada da potestade estatal (absolutismo), que afligia o povo, com tributos altíssimos, supressão de liberdades, garantias e direitos fundamentais dos indivíduos.

A partir daí, com a declaração de direitos do homem e do cidadão (1789), a comunidade internacional passou a se sentir instigada a conferir uma maior proteção a seus componentes da nação, com edição de diversos tratados de direitos humanos (direitos sem os quais o ser humano não consegue viver sem) e com a positivação interna desses valores (direitos fundamentais), em suas respectivas constituições/legislações, oportunidade em que iniciou-se a falar-se na ideia de constitucionalismo (200 anos), que já vinha de tempos (limitação de poder).

Assim, construiu-se maiores garantias ao indivíduo com a positivação, nas constituições mundiais, dentre outros, da proteção da presunção de inocência, a divisão das funções de acusar, julgar e investigar (processo acusatório), sendo que o Brasil, com a internalização, na constituição da república de 88, da presunção de inocência, no art. 5º, inciso LVII e com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica (1969) em 1992, momento em que se passou a conferir maior proteção ao cidadão Brasileiro, no que toca à garantia do indivíduo no transcorrer da persecução penal, evitando-se o que ocorria na idade média, ou pelo menos buscando, o que reafirma o processo penal e o direito penal como garantias do cidadão contra o arbítrio e protagonismo estatal.

É claro que seus corolários (da presunção de inocência) não poderiam deixar de serem trazidos, eis que juntos formam um complexo orquestrado de proteção ao indivíduo alvo da persecução penal estatal, que se revela de suma importância para o estado democrático de direito, sendo eles o juiz natural, publicidade, oralidade, motivação das decisões judiciais, contraditório, ampla defesa, plenitude de defesa (no tribunal do júri) não auto incriminação, assistência de advogado, vedação à incomunicabilidade, paridade de armas, devido processo legal dentre outros.

Logo mais ficaram estabelecidas quais são as implicações deste princípio para o processo penal que são 4 (quatro), sendo elas: (i) a regra de tratamento direcionada àquele que é alvo de uma persecução penal, no sentido de apenas poder ser considerado culpado ou não culpado após o esgotamento de todos os meios de defesa, que no direito brasileiro se dá após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (interposição do último recurso cabível perante o STF ou caso haja a perda do prazo recursal – preclusão temporal), (ii) a incumbência do ônus da prova tão somente ao órgão acusador, qual seja, no direito brasileiro, Ministério Público Estadual ou Federal, querelante (ação penal privada ou subsidiária da pública), ou réu, no caso de comprovação das atenuantes ou das excludentes de ilicitude, (iii) obrigatoriedade de

o juiz do caso desvencilhar-se de todas pré-compreensões, maculas, para que não realize juízo de valor precipitado e errôneo, (iv) e a vedação da ampla divulgação excessiva, o que é diverso da publicidade, pois tal ampla divulgação viola a imagem do sujeito que, ainda, se quer foi condenado, sendo que apenas tem pendente contra si uma investigação, posto que somente ao fim da investigação é que se demonstrará se efetivamente violou ou não a lei penal (crime ou contravenção penal).

No segundo capítulo, será abordado um tema de grande relevância, que é o da execução penal provisória, ou seja aquela situação em que a pena fixada na sentença pode ter sua execução iniciada, caso haja interposição de recurso apenas por parte da defesa (transito em julgado para a acusação, apesar de haver divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade mesmo quando haja interposição de recurso pela acusação, como se verá) caso o sujeito se encontre preso em virtude de prisão preventiva, na eventualidade de se encontrar em liberdade, tal medida reputa-se incompatível com o ordenamento jurídico, uma vez que não seria execução provisória da pena, mas sim antecipada. Expede-se guia de execução provisória e então o executado provisório passa a ter os mesmos benefícios do executado definitivo: progressão de regime, remição de pena, livramento condicional, direito a saídas etc. Isso tudo implica em direito de liberdade do cidadão, por isso ela é permitida. Mas caso a prisão preventiva perca seu caráter provisional, ou seja (des) necessidade, o sujeito deve ser imediatamente posto em liberdade, voltando a cumprir a pena, após o transitio em julgado ou caso a prisão preventiva volte a se tornar (des?) necessária.

Com vistas a entender tudo isso é que se exporá seu conceito, as hipóteses de execução penal provisória (contra o réu, a favor do réu e a pedido do réu), trazendo-se, também a disciplina desse instituto jurídico, doutrina e jurisprudência.

Por fim, se chegará ao ponto do presente trabalho monográfico: A execução antecipada da pena.

O conceito será abordado. Logo em seguida será exposto os três momentos pelos quais passaram a jurisprudência do STF: o da admissão da execução antecipada da pena (1991), o da inadmissibilidade da execução antecipada da pena (2009), e o do retorno à admissão da execução antecipada da pena (2016), com enfoque no entendimento atual, chegando-se, após, à análise crítica dos argumentos trazidos pelos Ministros para permitirem a execução antecipada da pena, sendo os principais: (i) incompetência para reavaliar fatos e provas (ii) ausência de

efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária (iii) recursos protelatórios, o que leva à prescrição das ações (iv) poucos são os casos de absolvição (v) em nenhum país do mundo, após observado o 2º grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte; (vi) agigantamento das competências deste tribunal; (vii) não esvaziar a presunção de inocência a prisão antes do trânsito em julgado, em virtude de outros efeitos da condenação, como os secundários e os extrapenais, não poderem ainda produzir seus efeitos (viii) a constituição condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado e não a prisão, bastando a existência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (ix) a presunção de inocência é princípio, e por isso é ponderável com os demais existentes no ordenamento jurídico (x) ocorrência de mutação constitucional (xi) negar a execução antecipada da pena seria uma proteção insatisfatória aos direitos fundamentais dos cidadãos e violação do princípio da vedação ao retrocesso (xii) direito fundamental da sociedade de ver sua ordem penal aplicada (xiii) “clamor social”, “a sociedade não aceita mais a presunção de inocência”, “impunidade”, “expectativa mínima de justiça”, “descredito social”, “estímulo ao cometimento de crimes, principalmente os de colarinho branco”, “prisão como exigência de ordem pública”, “credibilidade do poder judiciário e do sistema penal”, “nem todos tem dinheiro para pagar advogados a fim de interporem tantos recursos e levarem o processo à prescrição”, “efetividade da lei penal”, “medida eficaz para combate ao crime”, dentre outros.

Por fim, é trazida as razões que levaram-me a concluir pela (in)compatibilidade da execução antecipada da pena, e a resposta do questionamento, (se ela é ou não compatível com o ordenamento jurídico).

1 ESTADO (PRESUNÇÃO) DE INOCÊNCIA OU DE NÃO-CULPABILIDADE.

1.1 Conceito

Rui Barbosa, desde o início do século passado, sintonizado com os acontecimentos mundiais da época, já propalava a necessária observância da presunção de inocência. Em seu livro, chamado “O Dever do Advogado”, na página 19 encontra-se ideia de seu juízo na qual retrata de maneira exemplar e satisfatória o que vem a ser o chamado estado/presunção de inocência ou de não culpabilidade. Senão vejamos *ipsis litteris*:

“Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeitas e execrações contra os acusados. Como se pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, regra comum a todos os réus enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.”¹

Como bem pontuado no trecho supracitado, todo aquele que toma ciência (seja um Juiz, Promotor de Justiça/Procurador da República, Delegado de Polícia Judiciária Civil/Federal ou a população em geral), de um fato supostamente delituoso, praticado por um cidadão, não deve de plano adotar como verdadeiras e internalizar todas as acusações que são feitas ao suspeito, sob pena de ter sua visão ou pré-compreensão acerca dos fatos prejudicada/distorcida por um pré-conceito formado de modo extremamente errôneo e precipitado.

Ao contrário disso, quanto mais incisivas e agressivas forem as acusações, mais ainda deve se precaver aquele que toma conhecimento da ocorrência de um suposto fato delituoso, pois tal acusação pode ser fruto de uma injustiça ou de um mal entendido, que pode gerar um transtorno demasiadamente devastador para a vida do acusado, no que atine à sua reputação, em razão do estigma que é imposto na vida de uma pessoa a qual é alvo, ou que recebe a desonra, de, responder, a um procedimento administrativo inquisitorial extrajudicial (inquérito policial) ou a processo criminal, judicial.

Fruto de uma injustiça porque pode acontecer de alguém incriminar o cidadão por algo que não tenha efetivamente feito, forjando provas, como no caso daquele policial que implanta drogas no carro de alguém e até obriga certa pessoa a confessar a pratica de

¹ BARBOSA, 1985 apud, ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 22.

determinado crime, pela via da tortura, pratica repugnante e moralmente reprovável que, infelizmente, em pleno século 21, ainda é realizada nos porões das delegacias, nas cadeia públicas, ou em lugares ermos, sendo que muitas das vezes a pessoa nada tem a ver com o ocorrido.

Pode acontecer ainda de uma pessoa acusar publicamente um cidadão de ter praticado determinado delito sem que seja verdade, ou até confundi-lo no reconhecimento de pessoas por acreditar que aquele seria o seu algoz que teria efetivado o roubo de seu objeto material, ou até por uma rivalidade ou raiva pessoal, acabar acusando o sujeito ou a moça de ter o (a) estuprado (213), ou agredido, aproveitando-se, assim, da lei 11.340/06 (Chamada lei Maria da Penha), aplicada de maneira errada, em diversas situações, tal lei.

Observe ainda a hipótese de um cidadão ser acusado de ter tentado furtar um carro, quando na verdade o que aconteceu foi um mero descuido que ensejou na incidência do chamado erro de tipo justificável (art.20 CP), ou ainda, na situação em que o sujeito não sabia que seu colega estaria pegando uma bicicleta que não era de sua propriedade e, assim, acabar sendo envolvido também no suposto furto apenas pelo simples fato de estar presente no momento.

Outro exemplo ilustrativo é aquele em que um empregado público de terminada, empresa pública, venha a ser acusado, e incriminado por seu colegas, de ter sido ele quem pegou valores acondicionados no cofre da empresa, sendo que, em verdade, quem o fez foi seus colegas de trabalho. Enfim, além dessas, outras situações desagaveis podem surgir, restando claro e evidente a necessidade de se ter precaução antes de levar a cabo um juízo de valor errôneo para não se tomar decisões precipitadas.

Note-se. Não está a se falar aqui que o estado (presunção) de inocência (não culpabilidade) deve incidir apenas nas situações expostas. Pelo contrário. Deve valer até mesmo nos casos em que o arcabouço probatório encontra-se robusto, pois tal regra de tratamento é devida a todos (garantia constitucional), e em todas as situações, em razão das suas características de abstração e generalidade, isto é, sem escolher destinatário.

Ou seja, enquanto restar pendente a palavra última do Judiciário acerca do fato com aparência delituosa resta existente dúvida acerca da real culpa do sujeito. E nesse caso a execução da pena não está autorizada a ser levada a seus estritos termos.

Nesse diapasão, se mostra oportuno apontar o sentido da distinção feita, propositalmente, no título do presente capítulo, acerca da menção, com tantas divisões, a um estado (presunção) de inocência (não culpabilidade).

Quando se diz estado de inocência, conduz-se à situação em que o cidadão é reconhecido como tal (inocente) (ser), sendo protegido ou revestido desta situação até o completo deslinde da relação processual, sem que possa vir a pender sobre esta dúvida alguma a respeito de sua inocência. Ou seja. Nessa situação, o acusado não é presumidamente inocente. Ele é inocente.

Já a presunção de inocência, remete a uma ideia de dúvida acerca de fidedignidade do cidadão, ou seja, aparenta ser inocente, e deve este ser (dever ser) tratado como tal, mas lá no íntimo resta resquício de incerteza acerca desta situação.

A razão de ser da distinção sobre a inocência /não-culpabilidade, é a de que na inocência, repousa-se a certeza da ausência de envolvimento de alguém em determinada empreitada criminosa até que a palavra última do judiciário seja prolatada. De outro lado, a não-culpabilidade remonta à situação em que o acusado apenas não tem contra si um juízo de valor finalizado, isto é, sua culpa ainda não foi devidamente acertada².

E esse não é um debate irrelevante, inútil, inócuo ou sem importância para o direito, posto que a finalidade do estabelecimento de conceitos jurídicos é a de conferir maior lastro a seu significado com vista a viabilizar a sua aplicação no caso concreto³.

Logo, entendo que o cidadão deve ser revestido da condição de inocente até o trânsito em julgado da decisão que o condenou, pois, assim, pensamentos e ações tendenciosos contra o acusado são evitados, sendo, para isso necessário que o juiz se desvincule de todas as suas pré-compreensões para proferir uma decisão técnica (ademais, é isso que se espera de um magistrado) apesar de na prática não ser bem assim. Posto isso, a nomenclatura correta seria estado de inocência.

Assim, o estado (presunção) de inocência/não-culpabilidade, é o direito fundamental do indivíduo de preservar sua qualidade de inocente enquanto não lhe for imposta uma condenação definitiva (com trânsito em julgado), regra comum a todos, brasileiros (natos

² ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.44.

³ PEDRO, João, Professor UNICEUB, Direito das Sucessões, 1º semestre de 2017. Ideia exposta em aula.

ou naturalizado) ou não (estrangeiros e apátridas), sem distinção de qualquer natureza, não podendo ser perdida de vista, por todas as situações delineadas acima, isso enquanto não estiver totalmente liquidada a prova e reconhecido o delito. Desse modo, é necessário que das decisões proferidas ao longo do devido processo legal penal não caiba um misero recurso que seja, porque antes disso, a culpa não foi devidamente acertada/formada, elemento este que constitui pressuposto da pena. Ou seja, é vedado restar dúvida pendente antes do último e, repita-se, definitivo pronunciamento judicial acerca da real existência do crime.

1.1.2 Origem e evolução histórica.

O princípio da presunção de inocência, regra proveniente do sistema de *common law*, insere-se entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo inicializado pela revolução liberal do século XVIII⁴.

Anteriormente a esse período imperava a inquisição da idade média (sec. V a XV), na qual a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova e comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade⁵.

Cabe antes de adentrar à narrativa histórica, deixar claro que tal sistema processual penal (inquisitivo) não se deu de maneira linear no tempo, sendo que hora era aplicado, ora o afastado.

Segundo a lógica do ordenamento pré-revolucionário, o acusado não era um simples suspeito, mas alguém já considerado culpado pela opinião pública, devendo demonstrar sua própria inocência, sendo que como consequência dessa inversão do ônus da acusação, passou-se a ser normal a imposição ao imputado de restrições à sua liberdade pessoal durante o processo e após a verificação da insuficiência de provas, sendo que o soberano cerceava a liberdade de seus súditos sem qualquer julgamento⁶.

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.10.

⁵ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.94.

⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.10.

EYMERICH, no século XIV, orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”⁷.

A confissão tinha um valor extraordinário. Se o réu confessasse, seria condenado⁸. As principais provas eram os ordálios (Juízos de Deus) e o juramento. O acusado jurava não ser o criminoso e o mesmo era aceito, pois acreditava-se que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade. Caso isso acontecesse Deus poderia castigar aquele que jurasse falsamente⁹.

Nos ordálios ou juízos de Deus, era promovida uma espécie de duelo judicial, ou seja, se o acusado vencesse seria absolvido porque era inocente. Os chamados *purgationes vulgares*, como o da “água fria”, da “água fervente” e do “ferro em brasa” consistiam no seguinte: No primeiro, se o sujeito fosse arremessado à água e submergisse era inocente, se permanecesse na superfície era culpado. No outro o réu tinha seu braço colocado dentro da água fervente. Caso ao retirá-lo não fosse verificada lesão alguma, era inocente, caso contrário, culpado. No último, o acusado deveria segurar um ferro incandescente por tempo a definir. Caso não queimasse era inocente¹⁰.

Em roma, bastava a *notitia criminis* para que o Magistrado procedesse às necessárias investigações. Essa fase preliminar era chamada de *inquisitivo*. Os depoimentos das testemunhas eram tomados secretamente e o interrogatório do imputado era conduzido também, sem contraditório e mediante tortura. Tanto é que a tortura era regulamentada. Veja: “deve cessar quando o imputado expresse a vontade de confessar. Se confessa durante os tormentos, para que a confissão seja válida, deve ser confirmada no dia seguinte. Infere-se desse modo que na maioria das vezes a tortura era mais grave que a pena em si”¹¹.

As penas, em diversas situações (crimes graves), eram horrorosas. Não que as penas cumpridas nas prisões também não o fossem, mas as penas tais como se verá abaixo eram extremamente desarrazoadas. Tal percepção se extrai da leitura do capítulo 1 da obra de Michel

⁷ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.106.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.106.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.106.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.107.

Foucault “Vigiar e Punir”, onde em sua primeira página resta evidenciada a barbárie perpetrada nas execuções das penas: Senão vejamos:

“[Damien fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (...) Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d’Amsterdam].² Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas...(...)¹².

A defesa era proibida. Diziam que, “se o imputado é inocente, não precisava de Defensor, e se culpado, era indigno de defesa”¹³.

Com o término das investigações o magistrado infligia a pena sem a necessidade de haver acusação formal, o que demonstra a ausência de limites ao arbítrio dos juízes¹⁴. A figura do magistrado e do acusador aglutinava-se em uma só pessoa¹⁵, o que deixa claro que nenhuma garantia era dada ao acusado¹⁶.

No século XVIII surgiu na Europa continental um movimento revolucionário de combate ao sistema inquisitivo¹⁷ o qual materializava-se, como vastamente visto, no uso indiscriminado de medidas odiosas contra a pessoa do acusado, cuja expressão máxima era a tortura¹⁸.

Montesquieu era contra as torturas, elogiava o Ministério Público, defendia a ocorrência dos processos públicos¹⁹ etc.

¹² FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 20 ed. São Paulo: Vozes, 1999. p.8.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.108.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.103.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.105.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.107.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.110.

¹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.10.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.110.

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, era contra as atrocidades e injustiças dos processos criminais da época, e contribuiu para a reformulação deste sistema levantando-se para tecer duras críticas a respeito. Sustentava o Marquês que o direito de punir deveria ser exercido dentro dos limites da justiça e equidade²⁰. Vejamos primeiro, com relação às acusações secretas:

“(...) se eu tivesse de ditar leis novas em alguma parte isolada do universo, minha mão trêmula recusar-se-ia a autorizar as acusações secretas: pensaria ver toda a posteridade atirando sobre mim a responsabilidade pelos males terríveis que elas provocam. (...) Montesquieu já o afirmou: “As acusações públicas estão de acordo com o espírito do governo republicano, no qual o cuidado do bem geral deve ser a primeira paixão dos cidadãos”.²¹

Agora, com relação à tortura:

“É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado (...) ou o crime é certo ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais necessidade das confissões do acusado. Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar o inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado. (...) Contudo, o que pensar das torturas, esses suplícios secretos que a tirania utiliza na obscuridade das prisões e que são reservados tanto ao inocente como ao crime?”²²

Sobre a consideração prévia da culpa, asseverava:

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.”²³

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.110.

²¹ BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e da Penas. São Paulo: Afiliada, 2004. p.33.

²² BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e da Penas. São Paulo: Afiliada, 2004. p.37.

²³ BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e da Penas. São Paulo: Afiliada, 2004. p.37.

Voltaire criticava a *Ordonnance sur la procédure criminelle* (sistema processual criminal de cunho inquisitivo adotado na França no reinado de Luiz VIX em 1670, Sec. XVII). Dizia que o juiz agia mais como inimigo da parte do que como magistrado²⁴.

Na Inglaterra após o IV Concílio de Latrão (considerado o concílio ecumênico - reunião de todos os bispos cristãos convocados para discutir e resolver as questões doutrinárias ou disciplinares da igreja²⁵ - mais importante da idade média²⁶), que aboliu os “Juízos de Deus”, passando-se a considerar o processo, como um *fair trial*, onde o acusado deveria ser tratado como um *gentleman*²⁷.

Em Toscana (Itália) começou-se a proibir as denúncias secretas²⁸. Na França, em 1778 começava-se a proibir as torturas, a exigir sentença motivada e a conceder ao acusado absolvido uma reparação moral consistente na publicação da sentença²⁹.

Em 1789, na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembleia Constituinte³⁰, as ideias revolucionárias, liberais e democráticas do Iluminismo (Montesquieu, Voltaire, Beccaria etc.) foram acatadas³¹, as quais objetivavam impedir novos abusos e exageros por parte do poder estatal³².

Nesse período, houve a transição do processo inquisitivo para o misto. Os princípios do sistema inquisitivo tinham força na primeira fase, a fase preparatória. Nessa fase o processo era conduzido pelo magistrado, por escrito, de forma secreta e sem contraditório. Durante a instrução preparatória a defesa não atuava. Somente no momento da sessão de julgamento é que tornava-se acusatório o processo: oral, público e contraditório³³.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal, São Paulo, Saraiva 35ª ed., p.106, 2013.

²⁵ ARRUDA, Fabiana dos Santos. Congresso Internacional de História, A dimensão pastoral do IV concílio de latrão. set.2011.

²⁶ ARRUDA, Fabiana dos Santos. Congresso Internacional de História, A dimensão pastoral do IV concílio de latrão. set.2011.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.110.

²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.110.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.110.

³⁰ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.37.

³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.110-110.

³² ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.37.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.p.112.

No sec. XIX surgiu um novo movimento com vistas à extinção do sistema inquisitivo da fase instrutória. Logo surgiram diversos diplomas processuais que mesmo não extinguindo o sistema inquisitivo da fase instrutória, oportunizava a participação da defesa³⁴.

O processo acusatório, cujas suas bases se encontram entre os atenienses, na Índia e entre os Romanos durante o período republicano, que varia de 509 a 27 a.C³⁵, com as alterações trazidas pelas evoluções históricas³⁶, passou a vigorar na maioria das legislações atuais.

Suas características principais são as de separação das funções de acusar, defender e julgar; a previsão do exercício do contraditório tanto na fase investigativa quanto na de instrução processual; processo público, oral e escrito, podendo assim ser fiscalizado pelo povo (exaltando-se, assim, o republicanismo e a democracia) e é estabelecido um estado chamado de paridade de armas onde defesa e acusação encontram-se no mesmo pé de igualdade³⁷.

Esse sistema tem extrema relevância e repercute positivamente na esfera de proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo principalmente no que toca ao estado (presunção) de inocência-não culpabilidade.

Há quem diga que o sistema processual vigente no ordenamento jurídico Brasileiro não seria o puramente acusatório, mas sim acusatório com resquícios de inquisitório³⁸, em razão de algumas das funções da acusação e do investigador também estarem na esfera de disponibilidade do órgão julgador.

Exemplos vários encontram-se positivados em nosso ordenamento jurídico, *in casu*, no Código de Processo Penal - Dec. Lei 3.689/41. O juiz está autorizado determinar diligências para dirimir dúvidas relevantes (art. 156, inciso I), decretar de ofício prisão preventiva (art.311), requisitar abertura de inquérito (art.5º, inciso II), ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209) entre outras.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013,p.112.

³⁵ Brasil Escola, Disponível em:< <http://brasilecola.uol.com.br/historiag/roma-periodo-republicano.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2013,p.113.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2013,p.114.

O processo acusatório, e o estado (presunção) de inocência/não culpabilidade, passaram a ganhar espaço nas legislações das nações, através das influências trazidas pela Declaração da Virgínia e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pelo reconhecimento no âmbito internacional dos direitos humanos por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (decorrendo daí os demais diplomas internacionais de Direitos Humanos) e após a Revolução Francesa, momento em que o pensamento jurídico-liberal espalhou-se pelo mundo.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776 (uma das treze colônias na América do Norte), primeira declaração de Direitos Fundamentais moderna, a qual foi inspirada nas teorias iluministas, abarcava as bases dos Direitos do Homem, especialmente assegurando o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento célere, sendo que ninguém seria privado de sua liberdade sem julgamento e sem previsão legal³⁹.

A presunção de inocência ainda não era positivada expressamente, mas existia previsão que impunha ao cidadão uma presunção de que possivelmente seria inocente das imputações que lhes fossem dirigidas⁴⁰.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é que a presunção de inocência foi prevista de maneira expressa em um diploma legal, sendo a partir de então o marco inicial da positivação⁴¹ desse importantíssimo mandamento, norteador do sistema penal e processual penal.

O referido postulado encontra-se no art. 9º, sendo que traz ainda consigo a noção de excepcionalidade das prisões provisórias, impondo, por complemento, a necessidade de punição de todo o rigor desnecessário à efetivação da prisão. *In verbis*:

“Art. 9º. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado a efectuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”

Esta previsão nada mais é do que a reação contra os abusos abordados ao longo do presente tópico com o objetivo de universalizar tal regra de tratamento.

³⁹ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.37.

⁴⁰ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.37.

⁴¹ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.38.

No fim do sec. XIX e início do sec. XX, a presunção de inocência volta a ser atacada pelo fascismo, uma das facetas do totalitarismos, pela pessoa de MAZINI, titulando-a de “estranho e absurdo extraído do empirismo francês”. Argumenta que há um esvaziamento da tutela da inocência no processo penal em razão dos ideais da democracia francesa. Alude que deve se presumir o fundamento da imputação e a verdade da decisão e não a inocência. Acredita ser a presunção de inocência uma atenuação da presunção de culpabilidade⁴².

O Código Italiano de 1930 (Código de Rocco) não observou a presunção de inocência em razão da doutrina ditada por MAZINI e por considera-la um excesso de individualismo e garantimos⁴³.

Após a Segunda Guerra Mundial a comunidade Internacional identificou a necessidade de positivar normas que disciplinassem e gerassem observância à dignidade da pessoa humana, postulado este fundante de todo Estado Democrático de Direito, no qual um dos objetivos era o de se evitar que atrocidades, tais como os terríveis atos cometidos naqueles eventos, se repetissem.

Assim, em 1948, as Nações Unidas, que posteriormente passou a ser a Organização das Nações Unidas – ONU, uma organização intergovernamental criada com o propósito de salvar as gerações futuras da devastação dos conflitos internacionais, editaram, o que viria a ser o documento de direitos humanos de maior repercussão em âmbito mundial que já existiu, delineando os direitos fundamentais que formam a base para uma sociedade democrática⁴⁴, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁴⁵.

Os ideais defendidos nessa Declaração ratificam os preceitos da Revolução Francesa, de modo que os direitos previstos são exigências básicas de respeito à dignidade da pessoa humano⁴⁶.

⁴² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94.

⁴³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95.

⁴⁴ Human rights. Disponível em:< <http://br.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/>>.

⁴⁵ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.41.

⁴⁶ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.41.

A presunção de inocência encontra guarida no artigo 11 da Declaração:

“Art. 11. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove a sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

A partir de então, tal postulado repercutiu universalmente, dando ensejo à criação de diversos outros Tratados que versam sobre direitos humanos, de modo que acabou também por influenciar na positivação/proteção interna (ou seja, no âmbito interno dos Estados partes) de outras Nações.

No Brasil, na assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987, desde logo o princípio teve maior atenção, estando entre os projetos da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (“presume-se a inocência do acusado até o transito em julgado da sentença condenatória” – art.3º, XIX, g), e da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (“considera-se inocente todo cidadão, até o transito em julgado de sentença penal condenatória”).⁴⁷

Em 22 de novembro de 1969, como reflexo do supra Tratado paradigmático, surgiu através dos Estados membros da Organização dos Estado Americanos – OEA, a necessidade de se positivar o respeito e observância estrita aos Direitos Humanos no âmbito da América, pela celebração do Pacto de San Jose da Costa Rica –Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n 27, de 26 de maio de 1992, tendo seu cumprimento determinado no Brasil via Decreto do Poder Legislativo de nº 678 de 06 novembro de 1992, o Pacto trouxe inovação no Ordenamento jurídico dos Países signatários principalmente no que atine ao processo penal.

Em seu art.8º, II, é estabelecido de maneira expressa a norma princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, a qual indica que “Toda pessoa acusada de

⁴⁷ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva. 1991. p. 32.

delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Em solo brasileiro, apesar de ter ratificado o Pacto em 1992, a normal princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade já possuía previsão expressa, mas com baixo índice de observância, desde 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa, por força da previsão constitucional do art.5º, inciso LVII, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Após a ratificação do Pacto pelo Brasil, passou a surtir efeito o que consta do art. 5º, §2º, que fez com que a norma disposta no art.8º, inciso II do referido pacto fosse internalizada no direito interno, a qual declara que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁴⁸. A partir de então a norma ganhou mais força interna.

Desse modo, conforme visto, é inegável que a presunção/estado de inocência, atualmente, é fundamento que norteia toda a atividade estatal de repressão à desvios sociais significantes para o direito penal, sendo norma de observância obrigatória, estando contemplado em toda a sua amplitude nos ordenamento jurídicos, inclusive no nosso, em nível constitucional, que foi utilizada como balizadora e refreadora das atrocidades históricas ocorridas em períodos anteriores, considerado como “período das trevas”, conforme demonstrado ao longo do tópico, sendo que através do ponto inicial dado com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, toda a comunidade internacional foi influenciada a prestar observância aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, surgindo, desde então, diversos outros acordos internacionais que primam pela efetivação dos Direitos Humanos.

⁴⁸ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.41.

1.2 Medidas Cautelares: Prisões Cautelares/Provisórias x Estado (presunção) de Inocência/não culpabilidade. Da flexibilização à contradição jurídica.

A despeito do todo supra exposto, levando-se em consideração a existência em nosso ordenamento jurídico das chamadas prisões provisórias, perplexidade inquietude e inconformismo, gera-se na consciência e no interior de um cidadão, que possui senso crítico, quando se verifica a possibilidade da aplicação de tais medidas constritivas da liberdade do cidadão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, medida essa que entra em confronto com o Estado (presunção) de Inocência/não culpabilidade.

E com esteio em tal proposição, surgem os seguintes questionamentos: Seria o encarceramento provisório uma contradição existente em nosso ordenamento jurídico? Estaria autorizado em alguma situação? Como prender alguém que não foi definitivamente condenado?⁴⁹ Que inocente é esse, já que pode ser preso cautelarmente?⁵⁰ E como ainda afirma Mazini: “E afinal, de que inocente se trata? E então por que não se aplica o princípio com todas as suas consequências lógicas? Porque não abolir a prisão preventiva”?⁵¹

Para desmistificar tais questionamentos, se faz necessário um adendo à realidade normativa brasileira acerca de tais medidas provisórias supressivas da liberdade do cidadão, onde então, em cotejo com as críticas, soluções, apontamentos e observações, as resposta começaram a surgir, e assim a explanação ganhará maior significação, aguçando-se o debate, viabilizando-se a tentativa de resolver a problemática lançada, sem que se faça promessa de que isso venha efetivamente ocorrer.

As prisões provisórias/cautelares em nosso ordenamento jurídico (brasileiro) encontram regramento na lei nº 7.960/89 (dispõe sobre prisão temporária), nos art. 301 a 310 (Flagrante) e 311 a 316 (Preventiva) todos do Código de Processo Penal – Decreto Lei Nº 3.689/41, recepcionado pela CRFB/88 com “status” de lei ordinária, e as chamadas ex-lege (automática, vedação de liberdade provisória, art.44, da lei nº 11.343/06 (declarada inconstitucional no ARE 663.261), art.31 lei nº 7.429/86 (declarado inconstitucional pelo STF

⁴⁹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

⁵⁰ VINÍCIUS REIS BASTOS, Marcos. Professor UNICEUB, Direito Processual Penal III, Ideia exposta em aula. 2 semestre de 2016.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão.4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.p.511.

no RHC 83810), art.3º, lei nº 9.613/98- revogado- entre outros) todas elas, tendo requisitos e regras de incidência próprias.

Opera-se e considera-se o/em flagrante delito quem (i) está cometendo a infração penal; (ii) acaba de cometê-la; (iii) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; (iv) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

No art. 1º da lei nº 7.960/89:⁵² encontra-se os requisitos autorizadores da prisão provisória, sendo eles (i) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; (ii) quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; (iii) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:⁵³

⁵² Brasil. Lei nº 7.960/89, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

- ⁵³ a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

Esta somente pode ser decretada no curso da investigação policial, mediante representação policial, ou requerimento do Ministério Público, sem que possa a autoridade judiciária decreta-la de ofício, tendo duração de 5 dias, prorrogáveis por igual período, no caso de crimes comuns; de 30 dias, prorrogáveis por igual período, quando o crime praticado for o chamado “hediondo” (lei 8.072/90) e 60 dias também prorrogáveis por igual período no caso de organização criminosa (Lei n 12.850)⁵⁴, mediante fundada justificativa.⁵⁵

Os requisitos para a decretação da prisão preventiva são os seguintes: (i) garantia da ordem pública, (ii) da ordem econômica, (iii) conveniência da instrução criminal, (iv) assegurar a aplicação da lei penal (*Periculum Libertatis*), quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*Fumus Comissi Delicti*).

Já as prisões ex-lege são aquelas cuja a liberdade provisória é expressamente vedada, o que implica na automaticidade da prisão (prisão automática).

No caso da lei 11.343/06, incide da seguinte maneira: art.44. “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Na lei nº 9.613/98, art.3º- acontecia da seguinte forma: “Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

E por fim, no art.31 da lei nº 7.429/86, ocorre assim: “Nos crimes previstos nesta lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

⁵⁴ PACELLLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015. pg.548.

⁵⁵ PACELLLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015. pg.545.

recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.”

Basta uma breve leitura dos requisitos das prisões, acima escritos, que logo se nota a antinomia existente no que se refere ao estado (presunção) de inocência (não-culpabilidade).

A prisão em flagrante se revela medida extrajudicial relevante quando utilizada com o fim de refrear dada ação delituosa, causadora de desordem social, e para subsidiar a instrução de futuro processo penal contra aquele que violou a norma penal. Para isso se observa todo o procedimento previsto no art.304⁵⁶, no que toca à lavratura do Auto de Prisão em Flagrante – APF. O que excede ao alcance destes dois objetivos demonstra-se desnecessário. Logo, afigura-se sem efeito a existência do art.310 CPP⁵⁷, que trata das deliberações a serem operadas pelo juiz criminal quando do recebimento do APF, em especial ao inciso II (deliberação acerca da prisão preventiva), para quem adota a corrente de que as prisões cautelares seriam uma das contradições existentes no processo penal.

As prisões ex-lege ou automáticas, são definitivamente inconstitucionais, isso porque sempre é necessária a deliberação por parte do magistrado acerca da situação jurídica

⁵⁶ Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.(Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005).

⁵⁷ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

do acusado, de acordo com a sistemática jurídica, e assim, decidir se merece ou não a liberdade provisória.

É evidente que estas não guardam compatibilidade com a CRFB/88, posto que violam os direitos de ampla defesa e igualdade entre as partes no processo e ainda foram revogadas expressamente pela lei 11.719/08⁵⁸. Por isso a lei não pode estabelecer prisões provisórias obrigatórias, nem pode proibir genericamente a liberdade provisória no caso da suposta prática de determinados crimes. Tais prisões são levadas à status de antecipação e execução de penas ou seja, satisfação imediata da pretensão punitiva, o que afigura-se em completa dissonância com a presunção (estado) de inocência (não culpabilidade)⁵⁹.

A crítica mais veemente que se nota é a que aponta o elevado grau de abstração e ausência de delimitação para verificar a incidência no caso concreto dos requisitos autorizadores, fato este que segundo, afirmam, levaria à arbitrariedade por parte das autoridades judiciais. Nesse sentido já postulava Beccaria:

“(...) apenas à lei cabe indicar o caso em que se há de empregá-la. Assim, a lei deve estabelecer, de maneira fixa, por que indícios de delito um acusado pode ser preso e submetido a interrogatório. (...) Esses indícios, contudo, precisam ser especificados de modo estável pela lei, e não pelo juiz, cujas sentenças são um atentado à liberdade pública, quando não são apenas a aplicação particular de uma máxima geral emanada do código das leis⁶⁰

Tal abstração suscitada se extrai da leitura do art.1º da lei 7.960/89 e do art.312 do Código de Processo Penal.

O inciso primeiro é o ápice da generalidade. Implicitamente afirma que a autoridade policial poderá solicitar a prisão temporária de certo indivíduo, sempre que “achar” (atente-se à problemática deste vocábulo apostrofo entre aspas propositalmente) imprescindível para as investigações no inquérito policial. Ou seja, fica ao critério da autoridade policial (na condição de postulante da medida) e judiciária (como avaliador e concessor do pedido), a aplicação ou não da medida constritiva, permitindo-se que a polícia disponha como bem entender do imputado, sem que exista critérios reais que expressem a necessidade e adequação,

⁵⁸ Art. 3º Ficam revogados os arts. 43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

⁵⁹ LÚCIA KARAM, Maria. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Vol.6. Rio de Janeiro: 2009.p.42.

⁶⁰ BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e da Penas. São Paulo: Afiliada, 2004. p.26.

ou seja, cautelaridade da medida, o que nos leva à triste realidade de que tal medida continua sendo sucedânea da antiga “prisão para a averiguação” ou “identificação dos suspeitos”⁶¹.

Outro ponto que vale destaque como bem leciona Aury Lopes Jr. é o de que, ao contrário da prisão preventiva, em que o sujeito passivo fica em estabelecimento prisional e, se a polícia quiser conduzi-lo para ser interrogado ou participar de algum ato de investigação, deverá obrigatoriamente solicitar autorização judicial, na temporária a polícia tem plena autonomia sobre o detido, inclusive para que este fique preso na própria delegacia de polícia. Significa que ficará 24 h por dia a disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo “confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba”⁶².

Isto é, se é suspeito deve-se prender, para que este esteja completamente à disposição da polícia, o que não é compatível com o atual quadro constitucional brasileiro.

Segundo Pacelli, a medida do inciso II⁶³ é importante, pois se nada se sabe acerca da real identidade do indiciado ou não se tem notícia de seu endereço, as investigações seriam prejudicadas⁶⁴, servindo assim de medida para fins de fazer cumprir aquela obrigação inerente a todo cidadão, qual seja, a de promoção de sua identificação civil como atributo de sua personalidade jurídica. Mas será que a prisão seria a melhor solução para tal problemática? Parece que não. Isso porque tal situação pode ser rapidamente resolvida, tendo em vista todos os mecanismos e meios de identificação que se encontram atualmente a disposição das autoridades.

Em relação ao inciso III⁶⁵, segundo afirma Pierpaolo Cruz Bottini⁶⁶, defendendo a contradição jurídica entre a presunção/estado de inocência e as prisões provisórias. Diz que:

⁶¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 692.

⁶² LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 692.

⁶³ Art. 1º Caberá prisão temporária:

(...)

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

⁶⁴ PACELLII, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015. pg.546.

⁶⁵ Art. 1º Caberá prisão temporária:

(...)

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

“é evidente que as fundadas provas de autoria e participação somente autorizam a prisão após o trânsito em julgado da condenação, ou seja, pela *presunção de inocência* é inconstitucional a privação de liberdade apenas por fatos ainda pendentes de decisão judicial”⁶⁷.

Há um debate na doutrina acerca da necessidade da configuração de todos os requisitos da prisão temporária para que esta possa ser decretada, ou se a existência de um ou outro já seria o suficiente.

Eugenio Pacelli, assevera a necessidade do preenchimento dos requisitos constantes no inciso I e III. A hipótese do inciso II já estaria contemplada pela aplicação do inciso I (imprescindibilidade para a investigação policial)⁶⁸.

A necessidade de se aplicar ambos é de evitar que seja aplicada a medida sem análise da cautelaridade inerente à medida, quais sejam, *fumus comissi delicti* (constante no inciso II) e o *periculum libertatis* (descrita no inciso I). Cumpre observar ainda que o art.282⁶⁹ CPP deve ser cotejado com os requisitos autorizadores da prisão temporária, embora previsto em lei apartada, pois constitui norma geral que se aplica a qualquer medida cautelar⁷⁰.

A prisão temporária cria condições favoráveis para tornar-se uma prisão para fins de tortura psicológica, pois o preso fica a disposição do inquisidor. É um instrumento muito utilizado pela cultura inquisitória na qual a “confissão” e a “colaboração” são incessantemente buscadas. Por isso todo cuidado deve ser tomado ao lançar mão de tal medida (que nem deveria existir para os que entendem pela contradição de tal medida frente a *presunção (estado)* de

⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo. Direito de Defesa - A prisão temporária merece críticas considerações. Consultor Jurídico, ago. 2011.

⁶⁸ PACELLLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015. pg.545.

⁶⁹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁷⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 691.

inocência (não-culpabilidade), até porque tal cultura (de obter uma confissão a qualquer custo) ainda é muito forte⁷¹.

Assim “isolados ou em conjunto, os critérios para a *temporária*, ou justificam a *prisão preventiva*, ou não se sustentam pela *presunção da inocência*, razão pela qual o instituto parece carecer de legitimidade frente ao sistema jurídico pátrio”⁷².

Abstração e generalidade se extrai ainda dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. O primeiro que será analisado é o chamado de Garantia da Ordem Pública.

O que seria a tal “Garantia da Ordem Pública? “O que seria Ordem Pública? Complexidade há na definição desse termo.

José Frederico Marques, assevera que, “desde que a permanência do réu, livre solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial no meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva “como garantia da ordem pública”⁷³.

Já Scarance entende que tal prisão, como garantia da ordem pública, deve ser inovada somente nos casos em que o acusado venha reiterando a pratica de infrações penais, ou seja, visa impedir o acusado de continuar a praticar delitos⁷⁴.

Penso que para que a ordem pública seja violada é necessário que a pessoa cuja é candidata a receber uma das maiores restrições na vida do ser humano, qual seja a privação de sua liberdade de locomoção, ainda que preventivamente, venha a abalar a paz social de maneira bastante acentuada, causando um estado de inquietude e insegurança coletiva, ou seja, um efetivo terror social, na convivência entre os cidadãos e que essa pessoa já venha causando esse temor na paz dos cidadãos a considerável tempo.

Dos conceitos acima exposto, extrai-se que ordem pública seria o estado de paz social, onde desvios sociais relevantes para o direito penal são prevenidos e reprimido, visando proporcionar uma sensação de segurança coletiva.

⁷¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 692-693.

⁷² BOTTINI, Pierpaolo. Direito de Defesa - A prisão temporária merece críticas considerações. Consultor Jurídico, ago. 2011.

⁷³ FREDERICO MARQUES, José. Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV. Millenium. São Paulo: 2009.p.43.

⁷⁴ SCARANCE FERNANDES, Antônio. Processo Penal Constitucional. 6.ed. São Paulo: 2010. p.284-285.

Mas outro questionamento se impõe: a partir de qual momentos se constata a chamada “reiteração criminosa”?

Afigura-se demasiadamente perigoso colocar nas mãos e a cargo do julgador a definição e constatação de reiteração criminosa, posto que não é possível definir a partir de qual momento se dá a reiteração criminosa sem que haja um juízo de valor levado a cabo pelo magistrado, o que se revela perigoso ao estado de Direito e à Harmonia entre os Poderes, pois é dado poder absurdo ao magistrado, sem nenhum limite, para dizer o que seria reiteração criminosa e quantos crimes seriam necessários para que ela se configure, podendo ensejar na efetivação de arbitrariedades, o que levaria também á usurpação de Poderes do Legislativo.

Logo, além de ser um exame (anseio mítico por um direito penal do futuro) difícil de ser feito (acerca da reiteração criminosa), é flagrantemente inconstitucional a análise da reiteração criminosa, posto que a única presunção permitida em nosso ordenamento jurídico é a de inocência, de forma que os fatos futuro permanecem inalterados⁷⁵.

Tal generalidade leva a ausência de fundamentação idônea nas decisões que decretam as prisões provisórias, sendo muitas das vezes, apontadas como abstratas e genéricas, sendo fontes de vários debates, travados principalmente pelos advogados nos tribunais Superior Brasileiros⁷⁶.

Entendo que a prisão com fundamento na ordem pública (se formos adotar a tese da ausência de contradição jurídica entre a presunção de inocência e as prisões provisórias) somente deve ser decretada em situações de extrema extremíssima necessidade, devendo essa se amoldar ao conceito de meu juízo, que expus linhas acima (estado de inquietude e insegurança coletiva, um efetivo terror social, na convivência entre os cidadãos e que essa pessoa já venha causando esse temor na paz dos cidadãos a considerável tempo).

Necessidade há, dessa forma, de se estabelecer critérios muito bem delimitados para se mostra o que seria ordem pública a fim de, como dito, se evitar abusos, inclusive estabelecendo-se prazos para as prisões.

⁷⁵ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 667.

⁷⁶ Fundação Getúlio Vargas (BOTTINO, Thiago - coordenador do curso)) DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade - CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”. p.92.

Talvez uma das soluções possíveis para esse problema do tempo da prisão cautelar seria fazer tal como ocorre nas temporárias (aqui no Brasil) e como se dá em diversos países como Portugal, Alemanha, Espanha etc. em que o tempo varia de 6 meses podendo ser prorrogável por igual período, chegando-se ao limite máximo de 2 anos⁷⁷.

A garantia da ordem econômica, foi acrescentada no rol dos requisitos autorizadores da prisão preventiva pela lei 8.884/94 (antiga lei antitruste).

Tourinho Filho alega que não há cautelaridade alguma na decretação da prisão preventiva com base neste requisito porque a prisão não seria a medida eficaz para impedir abusos contra a ordem econômica. Assevera que se o objetivo é preservá-la (a ordem econômica), preservando coibir a ganância que rodeia o sistema capitalista, o lucro fácil, a desonestidade de agentes econômicos, melhor seria aplicar sanções contra a sociedade empresária, tais como as estabelecidas no código penal peruano, quais sejam, fechamento do estabelecimento temporária ou definitivamente, dissolução ou liquidação da sociedade, suspensão de suas atividades por um limite de 2 anos etc. , pois, afinal: “para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, meter-lhes a mão no bolso é pior que a prisão”⁷⁸.

Ainda, segundo Tourinho Filho, a prisão preventiva só se justifica quando presente os requisitos autorizadores, atinentes à conveniência da instrução criminal, que seria para tornar realizável a coleta de provas sem embaraços provocados pelo réu, tais como intimidação de testemunhas, destruição de provas; e aquele para assegurar a aplicação da pena, que seria a tomada com vista à impedir que o réu se furte a execução de uma futura pena contra si imposta, porque nessas situações realmente existe cautelaridade, não visando fins extraprocessuais. Logo toda prisão provisória que vá além desse objetivo é arbitrária, fere o princípio da presunção de inocência e representam antecipação de pena⁷⁹.

Vale pontuar que a época da elaboração do nosso Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) se deu na vigência do regime ditatorial, o que demonstra que resquícios daquele tempo, sombrio, diga-se de passagem, ainda pairam sobre nosso processo

⁷⁷ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007.p. 152-157.

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2010.p.557.

⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2010.p.550.

penal, haja vista que nesse tempo a presunção de inocência não era elevada a nível de dogma constitucional⁸⁰.

Beccaria, defensor da limitação das prisões preventivas, tanto com relação a sua duração como nos requisitos autorizadores, pensava:

“Sendo a privação ou constrição da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade. Precisamente: a custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, ... deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível, e não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime”⁸¹.

Essa posição, a de que a prisão seria autorizada para impedir a fuga ou a deterioração das provas, não impede, segundo Luigi Ferrajoli, o desenvolvimento patológico da prisão sem juízo, tendo ela (a prisão sem juízo) suscitado certa percepção no pensamento iluminista: a incoerência entre a presunção de inocência e o falso entendimento de que esta é totalmente desvinculada do caráter penal⁸².

O referido autor assevera que os princípios éticos-políticos, como os da lógica, não admitem contradição, sob pena de inconsistência. Uma vez admitido que um cidadão presumido inocente possa ser encarcerado por “necessidade processual”, não há como a necessidade penal não ser utilizada também por um simples jogo de palavras⁸³, o que leva, desse modo, à odiosa antecipação de pena, demonstrando-se, assim, a contradição existente entre a prisão preventiva e a presunção de inocência, pois o caráter processual não está totalmente desvinculado do caráter penal, havendo desse modo, contradição jurídica latente.

Beccaria, fortificando esse argumento de Ferrajoli, considera toda privação de liberdade uma pena, dizendo que: “sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade”⁸⁴.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2010.p.551.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão.4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.p.508.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão.4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.p.508.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão.4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.p.511.

⁸⁴ BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e da Penas. São Paulo: Afiliada, 2004.

Ainda Ferrajoli: “Função efetiva de ordem punitiva da prisão preventiva ligada à sua natureza de pena antecipada. Primeiro se pune, e, depois se processa, ou melhor, se pune processando”⁸⁵.

Ocorre que há aqueles que acreditam não poder a presunção de inocência ser interpretada em sua literalidade sob pena de restar obstada a ação estatal no que toca à *persecutio criminis*, argumento este que legitimaria, em tese, ainda, as prisões provisórias. Quanto a isso teceu Tourinho Filho algumas considerações:

“Enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Claro que a expressão presunção de inocência “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente (...)”⁸⁶”.

Complementando tal raciocínio Mirabete afirma que as normas processuais que impõe gravames a serem suportados pelo suposto autor do crime em função da grande quantidade de indícios de sua culpa, não ofendem o princípio da presunção de inocência, mas tem correlação e garantem um maior grau de efetividade, isso até por que não existe princípio absoluto. E é em razão disso que se exige, por exemplo, graus diferentes de indícios ou provas de materialidade e autoria para a prisão em flagrante, o recebimento da denúncia, a ordem de busca e apreensão, a decretação da prisão preventiva etc⁸⁷.

Plausibilidade encontra-se ainda no argumento, utilizado para demonstrar a contradição jurídica das prisões cautelares, que indica a triste realidade de na maioria das vezes o tempo de custódia cautelar acabar sendo maior que o da prisão imposta na sentença, o que causa perplexidade, isso porque o encarceramento cautelar jamais pode ser mais gravoso que o definitivo⁸⁸.

Ou seja, o cidadão é preso preventivamente e ao final do julgamento recebe uma pena ínfima, sendo que em razão do período em que esteve preso preventivamente já teria cumprido a pena integralmente ou até ultrapassado o limite da pena a que lhe foi imposta na sentença definitiva, beneficiando-se desse modo, do instituto da detração penal, instituto este

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p.516.

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.29.

⁸⁷ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.310.

⁸⁸ Fundação Getúlio Vargas (BOTTINO, Thiago - coordenador do curso)) DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade - CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”.

que revela o caráter de pena da prisão preventiva, pois serve para computar o tempo preso preventivamente como tempo de pena cumprida.

Assim, revela-se um contraponto absurdo, pois isto demonstra que enquanto o sujeito é presumidamente inocente mantém-se preso e quando o processo chega em seus ulteriores termos, é posto em liberdade⁸⁹.

Segundo os que tomam a prisão preventiva como um “mal ou injustiça necessária(o)”⁹⁰, é imperioso, para que se imponha a prisão preventiva, como cediço, a análise da configuração concreta dos requisitos, não bastando a mera presunção e o esteio em elementos abstratos e genéricos sem nenhum grau de profundidade quanto à análise exaustiva da preexistência dos requisitos autorizadores. Para todos eles (requisitos autorizadores) é necessária a comprovação satisfatória mediante a utilização de elementos concretos nos autos do processo quando de sua imposição.

Dando fechamento ao argumento, Mirabete salienta que toda prisão antes do trânsito em julgado da condenação é provisória e de natureza cautelar, admissível somente e excepcionalmente na hipóteses expressamente previstas em lei (283 CPP) que deve ser aplicada mediante decisão judicial motivada, e que deve perdurar somente enquanto for necessária à finalidade que a justifica⁹¹, o que se chama de caráter provisional da medida.

Conclui-se por fim que há argumentos tanto em relação à possibilidade de se lançar mão das prisões provisórias (ausência de contradição jurídica, constitucionalidade) quanto com relação à contradição jurídica existente entre estas (prisões provisórias) e a norma do art. 5º inciso LVII da CF/88 (inconstitucionalidade).

1.3 Corolários da Presunção de Inocência.

Quando o assunto é presunção (estado) de inocência-não culpabilidade, percebe-se que impossível se torna a sua análise sem se passar também por algumas outras normas que são reputadas, no ordenamento jurídico, brasileiro, *in casu*, como elementos integradores deste preceptivo normativo, as quais dele decorrem, o qual é detentor de matriz constitucional (art.5º,

⁸⁹ Fundação Getúlio Vargas (BOTTINO, Thiago - coordenador do curso)) DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade - CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão.4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.p.508.

⁹¹ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.309.

LVII, CFRB/88), sendo que em conjunto, compõem uma sistemática orquestrada e ritmada com vistas a garantir maior envergadura a este direito fundamental.

A primeira delas é a norma princípio a qual se convencionou chamar de Juiz Natural, a qual encontra previsão constitucional no título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, incisos XXXVII e LIII.

O art. 5º inciso XXXVII expressa que: “não haverá juízo ou tribunal de exceção.

Tempos atrás, Tribunais eram constituídos para a realização de julgamentos de indivíduos em determinadas situações. Talvez o caso mais emblemático tenha sido o da instituição do Tribunal de Nuremberg logo após a segunda guerra mundial para o julgamento de atos praticados por nazistas na Segunda Guerra Mundial⁹².

Tal fato fere de morte o Estado Democrático de Direito, pois deixa o cidadão a mercê do Estado para instituir a autoridade que quiser e na hora que quiser para conduzir o seu processo. E para se evitar tal atentado aos direitos fundamentais é que foi instituído o supra citado preceito fundamental.

A razão de ser desse preceito constitucional é o de evitar que um cidadão que será alvo de um processo penal, no caso, venha a ser surpreendido, quando de seu julgamento, pela instituição de um juízo criado apenas para julgar o seu processo.

De outro lado, o art.5º inciso LIII preconiza que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Esse dispositivo visa a permitir que o cidadão seja julgado pelo juiz instituído na constituição da república como competente para tanto. O art.92 da nossa carta política elenca todos os juízos competentes e seus regimentos internos delimitam as competências no que toca à matéria, estrutura e organização política, administrativa e financeira.

Caso essa norma constitucional não existisse (juiz natural), poderia acontecer de o Congresso Nacional, atendendo ao clamor público, e impelido por um sentimento de ódio, vingança, acreditando que os sujeitos ativos do crime são realmente culpados, votar

⁹² GONÇALVES, Rainer. Tribunal de Nuremberg. História do Mundo. UOL. Set.. 2015.

rapidamente um Projeto de Emenda à Constituição, instituindo um juízo ou tribunal de exceção para julgar um caso emblemático, que tenha impactado intensamente a sociedade, como por exemplo o caso da morte de Isabella Nardoni, o que entra em total dissonância e torna sem efeito o estado (presunção) de inocência, pois acaba por desconstituir a ideia de imparcialidade, ou de concepção e distância do juiz em relação às partes⁹³.

O contraditório, uma das maiores normas constitucionais, é regra a ser observada no processo penal, com vistas a oportunizar ao acusado a possibilidade de apresentar contra argumentação ao alegado pela acusação, sendo direito indisponível que deve ser efetivo e equilibrado⁹⁴.

A indisponibilidade se dará em relação à defesa técnica, que é exercida pelo advogado em razão da técnica jurídica para patrocinar a defesa do imputado. Já a autodefesa, que é o momento de que dispõem o réu para, direta e pessoalmente, alegar tudo aquilo que seja útil em favor de sua defesa, pode ser rejeitada pelo réu em virtude de possuir o direito de permanecer calado (art.5º, inciso LXIII) o que implica, consequentemente, na sua desobrigação em produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)⁹⁵.

A sua efetivação e equilíbrio se dão no momento em que mesmo que o réu seja revel no processo crime, o juiz dar-lhe-á defensor (CPC, 261 e 263 c.c art.3º CPP), declará-lo-á indefeso, no júri, e nulo o processo nos casos em que reputar, a defesa, como estando abaixo dos padrões mínimos toleráveis (497, inciso V, CPP), e suspenderá o processo e o curso do prazo prescricional caso o réu citado por edital não compareça nem constitua advogado (366 CPP)⁹⁶.

Essas normas constitucionais, que encontram previsão no art.5º, inciso LV⁹⁷, tem íntima ligação com a presunção de inocência, posto que impede a formulação de juízo prévio, por parte da autoridade julgadora, maculado de pré-conceitos, sem antítese (o oposto da tese, formulada pelo Ministério Público ou pelo particular, nos casos de queixa crime ou de Ação Penal Privada subsidiária da pública) e comprovação, e possibilita que a parte acusada mostre

⁹³ FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo:2013. p.463.

⁹⁴ SCARANCE FERNANDES, Antônio. Processo Penal Constitucional. 6.ed. São Paulo: 2010.

⁹⁵ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.75.

⁹⁶ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.76.

⁹⁷ LV - 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;

o contrário, ou seja, o lado oposto da controvérsia, a sua inocência, sendo este, então, o único momento em que a síntese⁹⁸ pode ser levado a cabo pela autoridade judiciária de maneira livre e desembaraçada.

A ampla defesa é feita mediante a viabilização ao réu, de dado processo penal, de que este possa dispor de todos os meios existentes e admitidos em direito para que possa tornar efetiva sua defesa em juízo, devendo ainda tomar ciência de todos os atos que eventualmente ocorram no curso do processo, tanto a parte ré quanto a sua defesa (advogado), tendo direito de se manifestar em tudo quanto lhe interesse, sendo que a inobservância fere o sentido da própria expressão (ampla defesa)⁹⁹.

Vários são esses mecanismos, podendo se citar alguns como exemplo, o reconhecimento por parte da jurisprudência da necessidade de se promover a intimação pessoal não somente do acusado em caso de não se encontrar o réu, estando solto, (392 CPP) mas também de seu defensor¹⁰⁰; a viabilização de o defensor, no interesse do representado, mesmo sem procuração, tomar conhecimento dos elementos de prova encartados nos autos do inquérito policial em curso (art.7º, inciso XIV e Súmula Vinculante nº 14), a vedação da incomunicabilidade do investigado, indiciado ou acusado, disposta no artigo 21 do CPP, posto que a constituição, em seu art.5º inciso LXIII, garante a assistência da família e do advogado, e que se no estado de defesa a constituição veda a incomunicabilidade (art.136, §3º, IV), quanto mais no estado de normalidade; e a previsão de uma defesa após o oferecimento da denúncia (introduzida pela lei 11.719/08).¹⁰¹

Outrossim, a publicidade (vir a público) dos atos judiciais ao lado da oralidade, são previsões constitucionais e legais de suma importância para o processo penal, e encontram normatização nos art.5º, inciso LX, 93, IX da CRFB/88 e art.2º, 65, §3º 75 caput, 77 caput. e § 3º, 81 caput, todos da lei 9.099/95.

A primeira, a publicidade, representa requisito de realização de grande parte dos atos processuais, afim de que sejam previamente conhecidos, oportunizando a participação dos interessados e a fiscalização do procedimento, o que culmina na transparência da jurisdição,

⁹⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.74.

⁹⁹ SCARANCE FERNANDES, Antônio. Processo Penal Constitucional. 6.ed. São Paulo: 2010. p.266.

¹⁰⁰ Nesse sentido: RT 528/379 e 539/326; JTACrim 37/24, 38/85, 39/207 e 255, 41/94 e 246, 42/35, 45/57, 39, 171, 234 e 323, 44/434; RJDTCrimSP 7/161, Código de Processo Penal anotado, de Damásio E. De Jesus, p.258.

¹⁰¹ SCARANCE FERNANDES, Antônio. Processo Penal Constitucional. 6.ed. São Paulo: 2010. p.267-268.

que é de interesse tanto das partes quanto da sociedade, gerando assim paz social e segurança pública¹⁰², evitando, em parte, aquilo que acontecia na idade média, conforme demonstrado no tópico 1.1.2 (origem e evolução histórica).

Já a oralidade visa a permitir que os atos produzidos em juízo venham a ser de conhecimento de todos os presentes na audiência, para que o procedimento não fique totalmente documentado, tendo acesso somente as autoridades, e obstando, dessa forma, a perfeita realização da defesa e fiscalização da população.

É vedada a utilização no processo judicial de provas obtidas por meio ilícito, devendo elas serem desde logo desentranhadas do processo.

Tal garantia é encontrada no art.5º inciso LVI da CRFB/88, e art.157 do CPP, e foi instituída para, dentre outras funções, conferir maior lastro à proteção da presunção de inocência, impedindo abuso por parte daquele que possui o monopólio do uso legítimo da força (polícia) e das autoridades envolvidas no deslinde do processo penal.

No caso por exemplo de um policial vir a implantar drogas no carro de um cidadão, essa situação acaba manchando sua idoneidade de maneira aviltante, podendo proporcionar uma punição injusta, maculando sua idoneidade e dificultando a comprovação de sua inocência. Posteriormente, caso o judiciário venha a reconhecer a inocência do réu, pode ser que seja tarde, pois fora operada uma devastação muita grande na vida da pessoa.

Exemplo que não pode deixar de ser aqui lembrado é o dos irmãos naves, considerado um dos maiores erros judiciários, se não o maior, na história do judiciário brasileiro.

A paridade de armas tem sido a fonte de inspiração da reformulação da legislação processual penal e norte para as legislações fundamentais modernas, dentre elas a Constituição da República Federativa do Brasil de 88¹⁰³.

Consiste a paridade de armas na conferência por parte do Estado, de meios iguais às partes, componentes da relação processual penal (Ministério Público e Defesa), *in casu*, de tudo aquilo que for necessário para solucionar a lide, objetivando-se, com isso, atingir a verdade

¹⁰² LAURIA TUCCI, Rogério, Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.184.

¹⁰³ LAURIA TUCCI, Rogério, Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.143.

material, ou atingível, em conjunto do órgão jurisdicional¹⁰⁴. Ou seja. É necessário um equilíbrio entre a atuação dos encarregados da autotutela do interesse punitivo do Estado e daqueles que visam promover a defesa do cidadão em juízo¹⁰⁵.

As normas dos incisos LXIX¹⁰⁶, LXI¹⁰⁷, LXII¹⁰⁸, LXIII¹⁰⁹, LXIV¹¹⁰ e LXXIV¹¹¹ do art. 5º da CRFB/88 visam dar concretude à paridade de armas, prevalentemente à defesa, tendo em vista que esta é sem sombra de dúvidas bem mais vulnerável que o Estado que é bem mais equipado do que a defesa, diga-se de passagem, no que diz à disponibilidade de meios para a *persecution criminis*, no caso da acusação, como aventado nas linhas a cima.

Desde a prisão, até o trânsito em julgado, deve o cidadão ter uma assistência técnica, por profissional habilitado, a fim de que lhe seja disponibilizado, materialmente, uma ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, gerando assim uma autentica paridade de armas¹¹².

A importância dessa instituição em relação à presunção de inocência é tamanha, tendo em vista que caso não haja equilíbrio entre a *persecution criminis* e a defesa, seria mais difícil o cidadão conseguir demonstrar sua inocência, tendo em vista que na maioria das vezes, na sede de se encontrar um possível culpado pela pratica de determinado fato, a acusação se ensoberbasse de razão e de premissas maculadas pela vontade de punir, sendo dessa forma necessário um agente que esteja compromissado apenas com a defesa para dar um novo olhar a controvérsia para assim influenciar uma melhor solução ao imputado, praticando, inclusive, diversos atos em seu interesse, como requisitar cópia de inquérito policial, e de procedimento do Ministério Público (Sumula Vinculante 14), dentre outras.

¹⁰⁴ LAURIA TUCCI, Rogério, Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.144.

¹⁰⁵ LAURIA TUCCI, Rogério, Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.144.

¹⁰⁶ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

¹⁰⁷ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹⁰⁸ LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

¹⁰⁹ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

¹¹⁰ LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

¹¹¹ LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

¹¹² LAURIA TUCCI, Rogério, Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.144.

O Dever de motivação das decisões judiciais (93, IX, da CRFB/88) reputa-se extremamente necessário à presunção de inocência por conta de que caso não seja observado pelo magistrado tal imperativo, impossível se torna a extração das razões que levaram o órgão julgador a condenar o acusado, o que inviabiliza a promoção da defesa e faz com que este tenha sobre si o estigma da culpa sem poder mostrar o contrário ou contraditar.

O duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de um cidadão que teve uma decisão judicial imposta contra si, poder usufruir do direito de provocar um novo exame de sua demanda por um órgão jurisdicional de competência administrativa imediatamente superior. Esse instituto jurídico encontra previsão expressa no art.8º, 2, h do Pacto de San José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é parte, o qual passou a ter vigência no ano de 92, em razão da ratificação, e que possui ordem de observância interna no art.5º, § 2º da CRFB/88.

O Supremo Tribunal Federal entendeu por meio do RHC n. 79.785/RJ, que não existe um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser nos casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como na situação dos recursos ordinários ou apelação para instância imediatamente superior (arts.102, II; 104, II; 108, II) sob o argumento de que seria um desrespeito a soberania nacional permitir que tratados e convenções internacionais, embora recepcionados, estabelecessem outros grau de jurisdição não previstos pelo constituinte originário ou pelo constituinte originário ou derivado¹¹³.

Dado o devido respeito ao argumento aventado pela Corte Suprema, cumpre expor minha discordância acerca do fundamento utilizado para justificar. Isso pois, em verdade, o que acontece com a permissão ao cidadão de poder provocar uma avaliação de sua demanda, por um órgão jurisdicional imediatamente administrativamente superior, não é o estabelecimento de outro grau de jurisdição, até porque estes encontram-se delimitados no art. 92, e dos arts.101 a 126, todos da CRFB/88. O que ocorre é o pleito para que um outro órgão, superior, dentre os já previamente estabelecidos pela constituição (arts.101 a 126, todos da CRFB/88) venha a reavaliar sua demanda.

Penso que apenas no caso de competência originária do Supremo Tribunal Federal é que não teria, o sujeito, direito ao duplo grau de jurisdição, até por consequências materiais e logicas. Fora esse caso, considero o duplo grau de jurisdição (art.8º, 2, h Pacto de

¹¹³ FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo:2013. p.388-390.

San José da Costa Rica) um direito fundamental que deve ser observado, em razão de sua internalização no direito brasileiro, por meio do art.5º, §2º da CRFB/88, adquirindo status de norma supra legal (acima das leis e abaixo da constituição, segundo diz o STF), eis que aprovada pelo decreto-lei 678/92 antes da EC. 45/04, que possui inclusive conteúdo de Direitos Humanos, sem falar ainda da controvérsia que grassa acerca da previsão expressa na constituição, em razão do inciso LV do art.5º, onde diz que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e ao acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes”.

A regra do *in dubio pro reo*, que possui origem no direito romano, especialmente por influência do cristianismo, consiste em que na hipótese de o juiz dispor de provas das quais se revelem insuficientes para, com plena convicção, condenar determinado acusado, nesse caso, a medida que deve adotar é a da absolvição, posto que a dúvida nunca pode ser utilizada para embasar um decreto condenatório. O art.386 do nosso CPP, traz esta regra¹¹⁴. Caso isso fosse permitido, estaríamos retornando ao período da idade média, como exposto no item 1.1.2, da presente monografia.

Essa regra guarda estrita ligação com o *favor libertatis*, pois em razão da dúvida que surgiu quando da análise das provas pelo juiz, este opta pela liberdade, ou seja, a favor da liberdade, e não pela condenação ou privação da liberdade¹¹⁵.

Outrossim, a regra do *favor rei* possui identidade com estas duas acima expostas, pois visa a permitir que tudo o que for mais favorável ao réu/acusado no curso do processo penal, seja em relação à normas, institutos ou interpretações, deve ser a ele conferido¹¹⁶.

Por derradeiro, o devido processo legal – *due process of law* – ou ainda devido processo legal penal, *in casu*, cujo seu fundamento é extraído do art. 5º, inciso LIV da Constituição de 88¹¹⁷, é o princípio que visa a permitir que o deslinde da ação penal chegue a seus ulteriores termos mediante a observância da legalidade prevista no âmbito do direito

¹¹⁴ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.146.

¹¹⁵ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.150-151.

¹¹⁶ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.143.

¹¹⁷ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

material e processual penal¹¹⁸, sem que abusos, excessos e arbitrariedades sejam praticados pelos componentes da trama processual.

Revela-se ainda, com tudo isso, ser o princípio do qual todos os princípios e instituições aventadas anteriormente se encaixam, sendo de extrema necessidade o fiel cumprimento, respeito e observância de todos eles, os quais passam a adquirir posição de condition sine qua non do processo penal.

1.4 Implicações para o Processo Penal.

O processo penal brasileiro recebeu influência significativa com a carga valorativa histórica que foi trazida pela presunção de inocência. E isso gera diversas repercussões nesse ramo do direito.

Quatro são as implicações verificadas para o processo penal, sendo elas, a presunção de inocência como regra de tratamento, como imperativo direcionado ao juiz, ônus da acusação, e coibição da chamada “espetacularização midiática”.

Em relação ao acusado, impõe-se uma regra ou dever de tratamento a seu respeito, seja ele, formalmente, acusado, indiciado ou acusado, porque antes da condenação não pode ser considerado, em hipótese alguma, ou equiparado a culpado¹¹⁹, o que leva por consequência, a rígidas restrições no (ab)uso das prisões cautelares¹²⁰.

E isso é muito sério, porque a paz jurídica, e principalmente a interior, daquele que, inocentemente, tem contra si um processo penal, pode ser que venha a ser restaurada somente após alguns anos, ou talvez nunca¹²¹.

Sobre a acusação recai o ônus de demonstrar a culpabilidade do réu, sendo que este, em virtude da presunção de inocência, nenhum esforço para tanto deve fazer, pois, se é inocente nada tem de provar, tendo em vista ainda que a dúvida o favorece, valendo lembrar que debate há acerca da necessidade de comprovação das excludente de ilicitude e das atenuantes por parte deste, existindo aqueles que afirmam positivamente¹²².

¹¹⁸ SCARANCE FERNANDES, Antônio. Processo Penal Constitucional. 6.ed. São Paulo: 2010. p.43-44.

¹¹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.37.

¹²⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

¹²¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.28.

¹²² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.24.

O Juiz, no transcorrer da lide processual penal, deve ser o ator mais atento ao princípio da presunção de inocência, isso porque será ele quem irá, de acordo com sua persuasão racional, emitir juízo de valor acerca do fato supostamente delituoso posto para análise, devendo observar para todos os efeitos, no curso do processo, a regra do *favor rei*, e no momento da decisão, as regras do *in dubio pro reo*, *favor libertatis*, regras estas que são corolários da presunção de inocência.

Há quem sustente a inconsistência da previsão de tantas distinções no art.386 do CPP brasileiro no que atine a absolvição do réu, eis que se este não é culpado/condenado logo é inocente, por ser essa palavra, inclusive, antônimo daquela, não havendo, assim, que se falar em absolvição por insuficiência de provas (incisos II, V e VII), o que demonstra que possivelmente o sujeito cometeu o crime, mas por não ser possível levar a cabo toda a coletas de provas, não se chegou à sua autoria, o que viola, mais uma vez, o próprio espírito da presunção de inocência¹²³.

Por último, a presunção de inocência visa a impedir a exposição midiática e a estigmatização (precoce) do réu¹²⁴. Publicidade do processo penal é uma coisa e ampla divulgação é outra totalmente diferente.

A publicidade serve para permitir que o cidadão faça a fiscalização dos atos praticados pelas autoridades no deslinde da ação penal. Todos aqueles que tiverem interesse de tomar conhecimento do conteúdo ou dos atos processuais podem consultar os site dos tribunais, ir às audiências, caso o sigilo não seja decretado (art.5º, inciso LX da CRFB/88), comparecer à secretaria, também dos tribunais, e pedir vistas e cópia de processos.

A ampla divulgação, seria uma espécie de publicidade abusiva onde se é montado um bizarro espetáculo midiático contra a pessoa do acusado, entorno do fato criminoso, do processo judicial, que escancara a vida do cidadão, o qual acaba por ferir várias garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade do investigado, acusado ou réu, que ainda se quer foi condenado. Tal pratica lembra o que vem acontecendo com a tão comentada operação lava a jato.

¹²³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.40-41.

¹²⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

Logo, entende-se ser essa prática aviltante, merecendo ser coibida severamente e de modo satisfatório¹²⁵. E esse é um dos pontos, diga-se de passagem, que o PLS 280/16 (direito pátrio, Senado Federal), que define os crimes de abuso de autoridade, busca refrear.

Visto todos os aspectos atinentes à presunção de inocência, necessário é caminhar para o próximo objeto desta monografia, qual seja, a execução da pena, voltando a análise, especificamente, para o momento de sua efetivação.

2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

2.1 conceito.

Antes de adentrar ao conceito de execução provisória da pena e entender o que ela vem a ser, importante é saber primeiramente o que seria a execução da pena.

A execução penal é o procedimento jurisdicional, dirigido pela autoridade judiciária competente (autoridade judiciária do juízo das execuções penais), com o auxílio das autoridades administrativas (agentes penitenciários, diretor do estabelecimento prisional, pessoal da penitenciária, polícia etc.), cujo objetivo é efetivar as disposições de sentença (penal condenatória, ou absolutória, no caso de o sujeito encontrar-se preso ou no da efetivação da medida de segurança) ou decisão criminal, garantir os direitos subjetivos do sentenciado e proporcionar condições favoráveis para a harmônica reintegração social do condenado e do internado, segundo o art.2º da Lei de Execução Penal- LEP (Lei 7.210/84¹²⁶¹²⁷).

Assim como em todo procedimento jurisdicional, o réu não pode ser visto como um mero objeto da execução, assim como se dá na fase do inquérito policial, pois este se torna titular de posições jurídicas de vantagem e desvantagem como sujeito da relação processual. Logo lhes devem ser amplamente assegurados os direitos fundamentais inerentes ao processo, sendo eles o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, igualdade processual, tudo isso mediante a observância do direito de defesa, compreendendo aí a defesa técnica¹²⁸.

¹²⁵ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal.13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

¹²⁶ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹²⁷ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13 p. 1-2, e aulas expositivas no 2º semestre de 2016.

¹²⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.344.

A execução penal possui características peculiares que lhes conferem identidade própria diferenciando-a dos demais tipos de execuções.

Constitui característica da execução penal o fato de ela ser sempre forçada. E isso implica em algumas consequências. Impede, a título de exemplo, que o sujeito vá ao estabelecimento prisional e peça que seja preso, porque para que esse ato seja realizado é necessário que o juiz da execução (execução de pena definitiva) ou do processo de conhecimento (execução provisória) expeça carta guia de recolhimento, delimitando todos os dados necessários do condenado, das circunstâncias e motivos da prisão afim de que possa iniciar seu cumprimento, ou seja, mesmo que queira não será preso, até por ser o direito à liberdade indisponível¹²⁹.

Procede-se, dessa forma, na execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, pois na execução da pena de multa o réu pode, voluntariamente, quitar seu débito¹³⁰.

Característica fundamental existente é aquela de ser a execução da pena ex-officio, tal como se dá na execução trabalhista, recuperação judicial, convolação em falência etc., segundo a égide dos arts. 105, 147, 171 e 194 da LEP. Quer dizer. O Juiz é quem, por iniciativa própria, realiza todos os atos tendentes a efetivar as disposições de sentença, não sendo necessário um novo pedido efetivado pelo Ministério Público¹³¹.

Outro ponto distintivo é a inexistência de nova citação do réu para ter executada a pena contra si imposta, apesar de receber intimação da sentença e da expedição de mandado de prisão. Só na exceção da pena de multa é que será citado para efetuar o pagamento (art. 164 LEP). Caso não o faça antes do prazo estabelecido, este passará a ter seu nome escrito em dívida ativa, momento em que a execução desta pena não será mais conduzida pelo Ministério Público estadual ou federal e pela Justiça comum estadual ou federal, mas sim pela procuradoria da fazenda e pela vara da fazenda pública¹³².

A clausula *rebus sic stantibus* há de ser observada ao longo de todo o procedimento de execução da pena, eis que certamente a situação do réu se alterará e não

¹²⁹ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13, p. 2, e aulas expositivas em no 2º semestre de 2016.

¹³⁰ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13, p. 2, Texto Aula 17.

¹³¹ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13, p. 2, Texto Aula 17.

¹³² REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução das Penas de Multa. Texto Aula 17.

permanecerá da maneira como fixada na sentença. *Exempli gratia* é o caso da progressão de regime, regressão por cometimento de falta grave, o que enseja na exclusão do período adquirido (requisito objetivo) para a progressão de regime, livramento condicional etc¹³³.

A execução da pena deve ser promovida mediante estrita observância do princípio da legalidade (observância à LEP e aos regulamentos da execução penal – Resoluções CNJ por exemplo) sem que seja permitida, em hipótese alguma, a analogia *in malam partem*, sendo, de outro lado, admitida a ultra atividade das leis penais, *in casu*, as que incidem no âmbito da execução penal¹³⁴.

Por derradeiro, cabe pontuar que compete ao juízo das execuções penais do Estado, a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual, segundo o teor do entendimento jurisprudencial consolidado na sumula de nº 192 do Superior Tribunal de Justiça¹³⁵.

De forma diversa, estabelecido que o condenado, em razão de seu alto grau de periculosidade, cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório, deve cumprir pena em estabelecimento penal federal, ou seja, os localizadas em Catanduvas-PR, Campo Grande-MS, Porto Velho-RO e Mossoró-RN, a pena será executada por juízes federais em cuja jurisdição encontra-se sediada a unidade prisional, independentemente de ter sido condenado por juiz estadual, de acordo com os arts.2º e 3º da lei 11.671/08¹³⁶.

Pois bem. Ocorre que hodiernamente os Tribunais vêm construindo um novo entendimento referente a forma de se proceder a execução da pena privativa de liberdade. Essa nova forma tão falada recebeu o nome de execução provisória da pena.

A execução provisória da pena consiste na situação em que o cidadão, seja ele investigado ou acusado, preso em virtude de prisão preventiva decretada, após a análise do flagrante (art.310, inciso II do CPP), no curso da investigação (art. 312 CPP) ou no momento da sentença (art. 387, §1º), passa a ter sua pena executada provisoriamente, por cumprir os

¹³³ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13, e aulas expositivas.

¹³⁴ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13.

¹³⁵ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13.

¹³⁶ REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13

requisitos objetivos¹³⁷ e subjetivos¹³⁸ para a concessão de benefícios da execução penal, quais sejam, a progressão de regime, o livramento condicional, as saídas temporárias e outros benefícios que por sua vez seriam concedidos apenas aos definitivamente condenados, tudo isso mediante a expedição da guia de recolhimento provisória, pelo Tribunal de Justiça ou Regional Federal, ao juízo das execuções¹³⁹.

2.2 Hipóteses de execução provisória: A favor do réu, contra o réu e a pedido do réu.

Existem três hipóteses de execução provisória, sendo elas a que é exercida em favor do réu, aquela que é contra o réu, e a que é feita a pedido do réu.

A favor do réu acontece quando o cidadão, que já se encontra preso em virtude da decretação de prisão preventiva, começa a ter a pena imposta executada provisoriamente no sentido de começar a ter em seu favor os benefícios da execução da pena, tutelados pela Lei de Execução Penal e pelo código penal, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, como se preso definitivo fosse¹⁴⁰.

Isso significa que o tempo que ficou preso preventivamente antes da expedição da guia de recolhimento provisória, será computado como tempo de pena cumprida para efeitos de detração penal (art.42 CP), poderá se valer do instituto da progressão de pena, cumprido os requisitos objetivos e subjetivos para tanto, transferindo-se do regime fechado para o semi-aberto, por exemplo, ou até para um mais benéfico (aberto) caso o estabelecimento prisional (colônia agrícola industrial ou estabelecimento similar) não detenha vagas suficientes para abrigar todos os presos no regime semi aberto, devendo assim a autoridade judiciária se valer do que se convencionou chamar de remanejamento prisional; passará a ter direito ao livramento condicional se observados os requisito etc¹⁴¹.

Já a que ocorre contra o réu, é aquela em que o cidadão encontra-se solto, ou seja, em liberdade, em razão de sua situação jurídica não demandar a imposição da prisão preventiva (não preencher os requisitos do art. 312 CPP), e mesmo assim, vem a ser preso para

¹³⁷ *quantum* para a progressão - 1/6 para primários, 1/3 para reincidentes, 3/5 para primários em crime hediondos e 2/5 para reincidentes, mais de 2/3 para livramento no caso de hediondos, sendo vedado aos reincidentes em crimes da mesma natureza, mais de 1/3 em crimes comuns se não reincidente em crime doloso, mais da metade se reincidente em crime doloso.

¹³⁸ Bom comportamento carcerário etc.

¹³⁹ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal, Editora Atlas, São Paulo, 12ª ed, p.317/320.

¹⁴⁰ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.317-320.

¹⁴¹ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.317-320.

que inicie a execução/cumprimento antecipado de sua pena, imposta na sentença, quando pender de julgamento recursos especial e extraordinário, por não possuírem efeitos suspensivos¹⁴².

Vale deixar bem claro ainda que, mesmo que o réu queira ter sua pena executada antes do trânsito em julgado, para “se livrar logo”, solicitando às autoridades competentes tal providencia, esta não poderá ser atendida, isso porque o direito à liberdade é indisponível, só podendo ser restringido nas hipóteses em que houver justificação constitucional e legal, ou seja, na eventual cautelaridade da prisão (art.312 CPP) ou mediante trânsito em julgado da sentença, de acordo com o art. 283 do CPP. Essa seria a hipótese de execução provisória da pena a pedido do réu, que como visto, é vedada, salvo no caso de o sujeito já se encontrar preso e virtude de prisão cautelar¹⁴³.

Conclui-se então que a execução provisória da pena só é admissível em favor do réu, nunca em seu prejuízo.

Por fim, note que não é à toa que chamo, a execução da pena precedentemente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ora de “execução provisória da pena” ora ‘execução antecipada da pena”. Acredito que há distinção entre as duas, sendo uma constitucional (provisória) e a outra incompatível com o ordenamento jurídico (antecipada) conforme se verá no capítulo seguinte.

Execução provisória da pena, seria aquela em que é promovida, como explicado, na situação em que o réu encontra-se preso em razão da decretação de prisão preventiva, e por preencher requisitos objetivos e subjetivos para a aquisição de benefícios penais e da execução penal. Ou seja, inicia a execução provisória de sua pena imposta na sentença, mediante a expedição da guia de recolhimento provisória.

Já a execução antecipada da pena, ocorre na situação em que o cidadão já inicia o cumprimento de sua pena a partir da confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição, mediante acórdão condenatório, como se condenado/preso definitivo fosse, em virtude de os recursos especial e extraordinário não possuírem efeito suspensivo. Nesse caso, o sujeito será recolhido ao estabelecimento prisional mesmo que esteja em liberdade, não havendo

¹⁴² QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

¹⁴³ Ideia exposta em aula de autoria do professor Marcus Vinicius Reis Bastos. 2º semestre de 2016.

necessidade de preencher os requisitos do art.312 CPP (requisitos autorizadores da prisão preventiva).

2.3 Disciplina acerca da execução provisória, Doutrina e Jurisprudência.

A execução provisória e a guia de recolhimento provisória não são previstas expressamente na lei de execução penal e nem no código de processo penal. Porém, há quem defenda¹⁴⁴ estarem previstas de maneira implícita, uma vez que o parágrafo único, art. 2º¹⁴⁵ da lei de execução penal aventa que a lei de execução penal (7.210/84) aplica-se igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária¹⁴⁶. Ademais, acredito ser aceitável tal conclusão.

As súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal tratam sobre o tema e prescrevem a admissão da progressão de regime de cumprimento ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada (sentença), antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ensinando ainda que tal providência não é impedida no caso de o réu se encontrar em prisão especial. Essas súmulas, criadas na sessão plenária, em 24/09/2003, foram o estopim para a disciplina da matéria.

A despeito disso, com a finalidade de aprimorar a execução provisória da pena, e os serviços judiciais ligados à execução penal, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, que entre os arts.8º e 11 (Da guia de recolhimento provisória), disciplina a execução provisória da pena.

Segundo consta, tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

¹⁴⁴ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.938. e QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

¹⁴⁵ Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

¹⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

Tal guia de recolhimento será expedida ao juízo da execução penal após o recebimento do recurso, acompanhada das peças e informações previstas no art. 1º da resolução¹⁴⁷, independentemente de quem o interpôs, e será certificada, sua expedição, nos autos do processo criminal.

Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remete-la ao juízo competente. Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia.

Sobrevindo condenação transitada em julgado, o juízo do processo de conhecimento encaminhará as peças complementares, nos termos do art.1º, ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa.

Eis o teor da resolução quanto à parte que disciplina a execução e guia de recolhimento provisória.

Grassa na doutrina debate acerca da possibilidade de se executar provisoriamente a pena apenas na situação em que houver trânsito em julgado para a acusação (recurso exclusivo da defesa), ou se seria possível a sua realização mesmo na eventualidade da interposição de recurso por parte da acusação.

Guilherme de Souza Nucci entende que: “a viabilidade somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois dessa forma, há um teto máximo para a sanção penal”¹⁴⁸.

No mesmo sentido, Mirabete vislumbra que:

¹⁴⁷ Da Execução Penal. Art.1º. A sentença penal condenatória será executada nos termos da Lei 7.210/84, da lei de organização judiciária local e da presente resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia, no que couber, as seguintes peças e informações: I – qualificação completa do executado; II – interrogatório do executado na polícia e em juízo; III – cópias da denúncia; IV – cópia da sentença, voto (s) e acórdão (s) e respectivos termos da publicação; V – informações sobre os endereços em que possa ser localizado, antecedentes criminais e grau de instrução; VI – instrumentos de mandato, substabelecimento, despachos de nomeação de defensores dativos ou de intimação da Defensoria Pública; VII – certidões de trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa; VIII – cópia do mandado de prisão temporária e/preventiva, com a respectiva certidão da data do cumprimento, bem com a cópia de eventual alvará de soltura, também com a certidão da data do cumprimento da ordem de soltura, para computo da detração; [...]”.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, Ed. Forense, 13ª edição, p.983.

“A guia de recolhimento provisória deve ser expedida após o decreto condenatório que impôs a pena privativa de liberdade e que transitou em julgado para o Ministério Público (ou querelante), mas contra o qual pende de julgamento recurso defensivo, no caso de estar preso o réu por força da decretação de sua prisão preventiva”¹⁴⁹.

Outro argumento utilizado por Mirabete, semelhante ao de Nucci diga-se de passagem, é o de que:

“o recurso do Ministério Público que visa piorar a situação do réu, torna incertos os limites da pretensão punitiva e, assim, impede o surgimento dos direitos mínimos a serem desde logo assegurados. As penas impostas podem ser aumentadas, alterando-se o tempo de cumprimento exigido para a concessão de benefícios legais o regime inicial pode ser modificado para um mais rigoroso etc. Na hipótese, não tem o réu senão mera expectativa de direitos, que está condicionada ao desprovimento do recurso pelo tribunal”¹⁵⁰.

Abrindo divergência, Paulo Queiroz leciona que é perfeitamente cabível a execução penal provisória sempre que a apelação não persiga aumento de pena. Cita a hipótese de a acusação insurgir-se apenas contra a parte da sentença que tenha absolvido um dos corréus (concurso de agentes), ou ainda quando objetive apenas a absolvição ou a atenuação da pena do condenado. Nesse caso será de todo legítima a execução provisória¹⁵¹.

Outra hipóteses que Paulo Queiroz postula é a de o recurso da acusação objetivar a majoração de pena mas o seu possível resultado não tiver qualquer repercussão sobre o direito especificamente postulado pelo condenado¹⁵².

¹⁴⁹ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.320.

¹⁵⁰ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.319.

¹⁵¹ QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

¹⁵² QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

A título de exemplo cita a situação em que o Ministério Público apela para obter a aplicação de uma causa de aumento de pena de 1/3 sobre uma condenação de 6 anos, caso em que aumentaria para 8. Nesse caso, tal circunstancia não teria relevância para fins de obtenção do livramento condicional, se o sujeito, primário e portador de bons antecedentes, já tiver permanecido preso a metade do tempo de pena imposta, ou até menos, a depender da situação, adotando-se como parâmetro o exemplo (no caso 3 anos). Isso porque o quantum necessário para a obtenção do livramento, nesse situação do condenado, é 1/3 (2 anos e 6 meses = 1/3 de 8 anos - art.83, I CP). Desse modo, seria viável a obtenção do livramento condicional desde já, mesmo que ainda restasse pendente recurso da acusação¹⁵³.

Assim, conclui-se e filio-me à corrente que entende ser possível a execução provisória da pena a partir da sentença condenatória, independentemente da interposição de recurso da acusação, desde que, mesmo objetivando a majoração da pena, o seu possível resultado não venha a gerar qualquer repercussão sobre o direito especificamente postulado pelo condenado, tudo isso sendo permitido apenas se o acusado estiver preso em virtude de prisão cautelar, vedando-se assim, com todas as letras, a prisão levada a cabo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 283 CPP).

Acerca da possibilidade/aceitabilidade da aplicação de tal construção jurisprudencial, percebe-se que não há divergências, apesar de a *prima facie* parecer que sua permissão seria uma afronta ao princípio do estado/presunção de inocência não culpabilidade.

Isso porque, tendo em vista a condição de preso provisório, e a imposição de separação dos presos definitivamente condenados (art. 84 da LEP e 300 CPP), restaria permitido que se aplicasse somente as normas compatíveis com sua condição de preso provisório, o que leva a concluir pela vedação da incidência de regras que pressupõem uma pena em execução¹⁵⁴.

José Carlos Daumas Santos lecionar que: “Negar a execução provisória ao acusado preso com sentença transitada em julgado para a acusação caracteriza constrangimento ilegal inaceitável que fere, indiscutivelmente, o princípio da legalidade”¹⁵⁵.

¹⁵³ QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

¹⁵⁴ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.318-319.

¹⁵⁵ SANTOS, José Carlos Daumas, apud, NUCCI. Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13.ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 984.

Guilherme de Souza Nucci, assevera que “os direitos e garantias fundamentais, previstos na constituição federal, servem para a proteção do indivíduo, e não para prejudica-lo, o que aconteceria caso fosse utilizado como causa impeditiva da execução provisória”¹⁵⁶.

Mirabete diz que “não existe insuperável óbice constitucional a que a lei ordinária discipline a execução provisória da pena privativa de liberdade”¹⁵⁷.

Paulo Queiroz milita que semelhante tratamento preserva o princípio da isonomia, conferindo aos condenados provisórios os benefícios assegurados àqueles já condenados definitivamente¹⁵⁸.

Walter Swensson propõe solução diversa. Diz que: “somente o réu, quando condenado e estando preso, se for do seu interesse, poderia pleitear a execução provisória da pena, pedindo, pois, a desconsideração da presunção de inocência”¹⁵⁹.

Ocorre que isso é inconcebível, posto que o direito à liberdade, repita-se, é indisponível e uma vez preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios penais não pode deles abrir mão, por implicar, outrossim, na tutela de sua liberdade. Logo, não cabe ao réu decidir se deseja ou não ser beneficiado por eventual progressão¹⁶⁰.

Entendendo que negar a execução penal provisória seria uma tamanha injustiça, tendo em vista que encontrando-se preso o condenado em virtude de prisão preventiva, se já preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para alcançar os benefícios penais, impedir que venha a se valer deles seria infligir a este pena mais gravosa que a propriamente aplicada definitivamente, ou seja, com trânsito em julgado.

Nesse caso, aí sim, vários direitos fundamentais estariam sendo violados, tais como o da individualização da pena (pelo excesso de permanência na prisão além do tempo designado na sentença), isonomia (em contrapartida aos presos definitivos), liberdade (porque retarda o seu alcance), dignidade da pessoa humana (em razão de aumentar o tempo de

¹⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016. p.984.

¹⁵⁷ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.307.

¹⁵⁸ QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

¹⁵⁹ SWENSSON, Walter, apud, NUCCI. Guilherme de Souza. Manuela de Processo Penal e Execução Penal. 13.ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 984.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13.ed. São Paulo: Forense, 2016. p.984.

permanência em local que gera degradação da saúde física, mental e moral do ser humano, tendo em vista a realizada dos presídios brasileiros) dentre outros.

Apesar disso, vale deixar bem claro que expedida a guia de recolhimento provisória, deverá ser retificada sempre que sobrevier modificação dos termos da condenação recorrível, especialmente os relativos ao início ou duração da pena aplicada, ou ao regime prisional inicial fixado. No caso de superveniência de absolvição, anulação da condenação ou extinção da punibilidade, o cancelamento da guia de recolhimento provisória e a imposição imediata da liberdade é a consequência¹⁶¹.

Como a prisão provisória possui natureza cautelar, a expedição da guia de recolhimento provisória não impede a soltura do réu se por acaso for revogada a prisão preventiva ao longo do processo¹⁶².

De outro lado, transitada em julgado a condenação, a guia de recolhimento provisória deve ser substituída pela guia de recolhimento definitiva expedida pelo juiz do processo¹⁶³.

Caminhando para o último ponto do tópico, cumpre expor o rumo a que tem tomado a jurisprudência no que se refere à execução provisória da pena.

O Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ, endossando o defendido por Guilherme de Souza Nucci, Mirabete, Paulo Queiroz e José Carlos Daumas Santos, emitiram decisão nos HC's 42877 – SP em 15-9-2005 e HC 104506 – PI, em 02-10-2008, respectivamente, defendendo a constitucionalidade da execução provisória da pena, enquanto instituto provedor de direitos fundamentais, no que toca à antecipação da liberdade daquele que se encontra preso em razão de prisão provisória.

Chancelou, ainda, a expedição da guia de recolhimento provisória após sentença condenatória transitada em julgado para o Ministério Público, ou seja, quando restar pendente apenas recurso exclusivo da defesa, pois, nesse caso, é possível estabelecer o *quantum*

¹⁶¹ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.320.

¹⁶² MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.320.

¹⁶³ MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013 p.320.

da pena a fim de estabelecer os limites e parâmetros para o início da execução provisória da pena. A despeito, cabe colacionar extrato dos julgados:

STF: “A pretensão de cumprimento da pena definitiva em sede provisória de execução é cogitável em sede de *habeas corpus*. Pois a negativa afronta o patrimônio legal do acusado, dentro da orbita libertária protegida pelos mandamentos constitucionais. Corrente jurisprudencial [...], garante o início de cumprimento da pena por meio de execução provisória, bastando trânsito da condenação para o órgão de acusação e a tão-só possibilidade de recursos sem efeito suspensivo. Ordem concedida para permitir a execução provisória, a partir da confecção da guia própria, cabendo à defesa requerer ao juízo da execução os benefícios legais”.

STJ: “Não se verificando a interposição de apelo por parte do Ministério Público Estadual contra a sentença condenatória proferida em desfavor do paciente, de ser concedida a ordem de ofício para determinar a expedição de guia de recolhimento provisória em favor do paciente, permitindo-se-lhe que dê início à execução da sanção reclusiva que lhe foi imposta pelo juízo singular. Ordem conhecida e denegada, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício para determinar a expedição de guia de recolhimento provisório em favor do paciente, permitindo-se-lhe que dê início à execução da pena que lhe foi imposta pelo Juízo singular”

Corroborando o acima exposto, só que com outras palavras, e contraindo a tese de Paulo Queiroz sobre a possibilidade de se iniciar a execução provisória da pena mesmo quando da interposição de recurso por parte do Ministério Público em situações específicas, cumpre trazer à tona julgado do STJ, aonde foi fixada, justamente, a inadmissibilidade da execução provisória de condenação em primeiro grau sujeita a recurso do Ministério Público. *In verbis*:

“Processo Penal – *Habeas Corpus* – Crime de homicídio qualificado- Crime hediondo – Sentença condenatória – Execução provisória – Impossibilidade – Transito em julgado – Não ocorrência. Qualificado. Em havendo recurso do Ministério Público contra a parte da sentença relativa ao regime prisional, não há dizer de execução provisória. Ordem denegada” (EJSTJ 32/298).”

Já em consonância com o posicionamento de Paulo Queiroz, e permitindo a execução provisória da pena mesmo que o recurso do Ministério Público vise a agravar a pena do condenado, julgados do STF e STJ:

“STF: - 1. A jurisprudência prevalecente neste Supremo Tribunal sobre a execução provisória admite a progressão de regime prisional a partir da comprovação de cumprimento de pelo menos um sexto de pena máxima atribuída em abstrato ao crime, enquanto pendente de julgamento a apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do

paciente. Incidência, na espécie, da súm. 716 deste Supremo Tribunal (‘Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nele determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória’). Precedentes. 2. *Habeas Corpus* parcialmente concedido” (HC 90893-4-SP, j. em 05-06-2007, DJe de 17-08-2007 – RT 866/573).”

“STJ: Recurso em *habeas corpus*. Roubos majorados. Consumado e tentado. Sentença condenatória. Execução provisória da pena. Possibilidade Pendência de recurso da acusação. Irrelevância. Súmula 716/STF. Progressão de regime. Matéria não decidida pela corte de origem. Supressão de instância. Recurso provido em parte. I. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o processo de execução criminal provisória pode ser formado ainda que haja recurso de apelação interposto pelo Ministério Público pendente de julgamento, não sendo este óbice à obtenção de benefícios provisórios na execução da pena. II. Hipótese na qual incide a Súmula nº 716/STF. [...] (RHC 31222-RJ, j. em 24-4-2012, DJe de 30-4-2012).

Concordando com Walter Swensson, acerca da possibilidade da execução provisória da pena, apenas quando requerida pelo próprio réu, o STJ, no HC 3802 – RJ, DJU de 6-5-1996, argumentou que:

“A execução penal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado. Consequência lógica do princípio da presunção de inocência. Não havendo recurso do Ministério Público, restando somente da defesa, a execução, uma vez requerida pelo condenado, pode ser antecipada. A condenação tornara-se definitiva para a acusação. Com isso, o condenado antecipa o cumprimento da pena”.

Diante do exposto, visto todos os pontos relevantes no que toca à execução provisória da pena, passa-se agora ao último capítulo do presente trabalho monográfico, que tratará a respeito da execução antecipada da pena.

3 EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

3.1 Conceito

A execução antecipada da pena é uma situação jurídica criada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) onde a sentença penal condenatória imposta a um cidadão, ou seja, condenado em 1ª instância por um juiz singular, poderá ser executada na hipótese de o Tribunal de Justiça – TJ ou Tribunal Regional Federal – TRF – 2ª instância, confirmar tal condenação por meio de um acórdão condenatório.

Isto é, a pena poderá ser executada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (situação em que das decisões judiciais proferidas não caibam mais qualquer recurso – via impugnativa de decisões judiciais, ou habeas corpus, segundo o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes exarado no julgamento do HC 146.815-MC/MG, como se verá no item 4.3 – Análise Crítica) podendo-se, inclusive, desde logo, expedir-se a guia de recolhimento para execução, que no caso não é a provisória, como se dá na execução provisória da pena, exposta no capítulo anterior, mas sim a definitiva (art. 105 LEP).

Aqui, diferentemente da execução provisória da pena, o cidadão iniciará o cumprimento da pena imposta contra si independentemente de estar preso provisoriamente/cauteladamente.

Poderá ser recolhido ao estabelecimento prisional mesmo que esteja solto, em liberdade, fato este peculiar, que evidencia o caráter antecipatório da execução da pena, haja vista que antes do trânsito em julgado só é permitido o encarceramento em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou com fim acautelatório segundo o disposto no art. 283 CPP.

Como aludido no início, essa situação não tem previsão em nosso ordenamento jurídico, sendo fruto de interpretações das normas contidas em nosso sistema, levadas a efeito por magistrados da nossa Corte de cúpula do Judiciário Brasileiro - STF - e do auto intitulado “Tribunal da Cidadania” - STJ.

Anteriormente, o ordenamento jurídico Brasileiro não continha a normatização da execução provisória da pena, até que o CNJ, por meio da Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, entre os arts.8º e 11 (Da guia de recolhimento provisória), passou a disciplina-la.

O mesmo não ocorre com a execução antecipada da pena (normatização), até porque ela é considerada execução de pena definitiva pelos magistrados da Corte Suprema, segundo o atual entendimento.

3.2 Evolução da jurisprudência do STF: Uma análise dos 3 momentos. (i) admissão da execução antecipada da pena, (ii) inadmissibilidade da execução antecipada da pena, (iii) retorno à admissão da execução antecipada da pena.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal- STF passou por algumas alterações no que toca à execução antecipada da pena, alterações essas que dividem-se em três momentos. O primeiro perdurou por volta de 1991 a 2009. O segundo vigeu de 2009 a 2016. De 2016 até então (2017) vige o terceiro momento.

Vale, antes de tudo, deixar claro que será adotada como parâmetro para inferir os períodos supra citados, a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988, a chamada “constituição cidadã”, a qual fundou no Brasil o Estado Democrático de Direito, e que apenas serão veiculados os principais argumentos utilizados pelos Ministros para permitir a execução antecipada da pena.

No primeiro momento (i), no ano de 1991¹⁶⁴, o entendimento era no sentido de se admitir a execução antecipada da pena, sendo que muitos dos argumentos eram semelhantes aos utilizados pela nova composição do Supremo.

Já o segundo momento (ii) foi o que passou a adotar a tese da inadmissibilidade da execução antecipada da pena. O precedente veiculador da tese encontra-se disposto no HC 84.078-MG¹⁶⁵, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau.

A tese fixada no acórdão foi no sentido da inconstitucionalidade da “execução antecipada da pena”, pois fere o art.5º, LVII, da CRFB/88 e a dignidade da pessoa humana, art.1º, III, igualmente, da CRFB/88.

¹⁶⁴ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. Hc 68.726/DF. Plenário. Brasília, 28 de junho de 1991, DJe 11 de outubro de 1991.

¹⁶⁵ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º DA CF. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, CF. HC 84.078 – MG. Plenário. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, DJe 26 de fevereiro de 2010.

Entenderam os Ministros que a Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Argumentaram que a Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art.5º LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Daí que os preceitos veiculados pela lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art.637 do CPP.

Seguindo, disseram que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Não se pode visualizar a ampla defesa 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.

Foi pontuado que a antecipação da execução da pena, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal.

Críticos dizem, segundo os Ministros, que ao prestigiar-se o princípio constitucional, os Tribunais (leia-se STF e STJ) seriam inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Tal circunstância poderia ser apontada como incitação à jurisprudência defensiva, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais.

Citou-se um julgado (RE 482.006, relator Ministro Ricardo Lewandowski) em que foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da lei 2.364/61, que deu nova redação à lei n. 869/52).

O STF, nesse julgado, afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto inciso LVII do art.5º da CF. Isso porque, disse o relator, a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição.

Daí porque a Corte teria decidido, por unanimidade, sonoramente, no sentido de não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. Em razão disso é que os Ministros afirmaram que se nesse julgado, citado (RE 482.006, relator Ministro Ricardo Lewandowski), a Corte vigorosamente prestigiou o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deveria negar quando se trata da garantia da liberdade.

Por fim, Eros Grau, pontuou ser inadmissível a exclusão social de um cidadão sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstancias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Nesse sentido, os Ministros acordaram em conceder a ordem para que o interessado aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença, haja vista não estarem preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP, fixando, então, a partir desse momento, a tese da inadmissibilidade da execução antecipada da pena.

Enfim, é chegado o terceiro momento (iii). O momento do retorno à admissibilidade da execução antecipada da pena – entendimento atual.

Ele se deu a partir do julgamento do Habeas Corpus - HC 126.292 - SP, em 17/02/2016, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, que tiveram cautelar indeferida em 5/10/16, e que atualmente (30/6/17) foram encaminhadas ao Ministro Edson Fachin, pela Presidente Carmen Lúcia, para fins de lavratura do acordão, razão pela qual apenas se teve acesso aos votos dos Ministros Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Celso de Mello e Teori Zavaski.

No HC 126.292 - SP, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do STJ, o objeto era reverter a decisão por ele prolatada, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP, cujo objeto era a desconstituição de mandado de prisão expedido contra o paciente, que determinou a imediata execução antecipada de sua pena. Tal mandado foi exarado após o Tribunal de Justiça negar provimento à sua apelação. O paciente, in casu, foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade.

O Ministro, para indeferir a medida liminar pleiteada, argumentou que as quinta e sexta turmas do STJ firmaram o entendimento de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via do recurso especial.

Os fundamentos utilizados pelo impetrante para sustentar seu pleito eram os seguintes: (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF (que nega o conhecimento de HC impetrado em razão de ter sido negada liminar em HC impetrado em tribunal superior, salvo quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestamente ilegal); (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação.

Em 5.2.2015, o Ministro Teori Zavascki deferiu o pedido de liminar “para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”.

Na oportunidade, foi aceito o argumento do impetrante, conhecendo, desse modo, do HC impetrado perante o Supremo (HC 126.292-SP) e então foi dado início ao julgamento da controvérsia.

Os Ministros, ao fim, acordaram em denegar a ordem com a consequente revogação da liminar, fixando a seguinte tese: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

As premissas chefes utilizadas para permitir a execução antecipada da pena são as de que a presunção de inocência (art.5º, inc. LVII, CRFB/88) não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou sentença penal condenatória recorrível, porque as Cortes Superiores não são cortes revisoras, e que não se prestam a analisar a justiça ou injustiça das decisões das instâncias ordinárias, sendo que apenas possuem competência para manifestar-

se sobre matéria de direito, posto que o debate sobre matérias de fato e provas se encerra nas instâncias ordinárias.

Nesse sentido, a execução não pode iniciar-se apenas após os Tribunais Superiores darem a última palavra sobre a culpabilidade do réu, passando, dessa forma, a execução, a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.

Assim, seria necessário respeitar as decisões das instâncias ordinárias, pois não são instâncias de “passagem”, apesar de serem possíveis a ocorrência de falhas nos julgados, adotando-se a ideia de que o ser humano é falível, valendo lembrar que o Supremo Tribunal Federal também é sujeito a falhas e não é uma corte composta de “semideuses”. Se afirmarmos que não se pode executar a pena após avaliação de fatos e provas por parte das instâncias ordinárias, que são soberanos para tanto, estaríamos afirmando que a constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes dessas instâncias.

Para complementar, disseram que, afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

Em virtude disso, asseveraram que os recursos extraordinários - Recurso Extraordinário – RE (102 CF) e Recurso Especial – Resp (105 CF) - além de não permitirem a verificação da justiça ou injustiça das decisões e o reexame de fatos e provas, não possuem efeito suspensivo (637 CPP, 1.029, §5º CPC/15, antes regrado pelo revogado art. 27, §2º da lei 8.038/90), sendo que, caso seja condenado, o cidadão, poderá requerer a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (RE e Resp) que vier a interpor, segundo a égide do acima mencionado artigo 1.029, §5º do CPC/15.

Finalizando o argumento, ponderou-se que esses recursos não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, que o índice de êxito dos recorrentes é ínfimo, que a injustiça pode ser facilmente defendida/revertida/resolvida, por meio de habeas corpus, e que apenas servem para preservar a higidez do sistema normativo, tanto é que o Recurso Extraordinário – RE (art. 102 CF), e o Recurso Especial – Resp (art.105 CF), quando versar sobre questão constitucional (art. 1.032 CPC/15) possui o requisito da repercussão geral, não servindo para tutelar apenas direito individual.

Ficou consignado que o tema envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Expuseram que isso não é diferente no cenário internacional. Usaram observação feita pela Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28.10.2005), que assim segue: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. E para referendar a observação, colacionaram no voto estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, onde citam exemplos de países como Inglaterra, França, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Portugal, Espanha e Argentina, que permitem a execução antecipada da pena.

Foi pontuada a existência de quantidade excessiva de recursos protelatórios, o que seria outro fator que motivaria a execução antecipada da pena, tendo em vista que tais recursos objetivam, na maioria das vezes, a prescrição da pretensão punitiva, lembrando que o índice de provimento dos recursos é ínfimo, na ordem de 0,035 % (9 casos) no que toca a absolvição, e 1,12 % no que toca à provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria. Esses percentuais foram extraídos de dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF e compreendem o período entre 1.1.2009 19.04.2016, segundo citou o Ministro Luís Roberto Barroso.

Disseram que não são todas as pessoas que tem condições para contratar um advogado particular para interpor tantos recursos. Isso resulta na seletividade do sistema penal, na punição dos menos favorecidos financeiramente, e na vitória da impunidade, dos mais favorecidos e dos crimes de colarinho branco. A certeza da impunidade contribui para o cometimento de crimes. Completando disseram que, os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.

O “agigantamento” dos afazeres do Supremo Tribunal Federal, também seria outro fator autorizador, posto que a existência de muitos processos impediria o julgamento a

tempo e modo, até porque a própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento no Supremo repele qualquer interpretação que queira fazer delas instâncias revisoras universais.

A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau prejudica a efetividade da lei penal e confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).

A Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação da 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.

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, sem falar que não existe direito fundamental absoluto.

No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).

Ainda sobre a presunção de inocência, ventilou-se que ela não se esvazia com a prisão antes do trânsito em julgado, pois há diversos outros efeitos da condenação que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, tais como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.) da sentença penal condenatória.

Defendeu-se a ocorrência de mutação constitucional acerca do entendimento sobre a presunção de inocência, porque este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo, posto que, o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide.

Postulou-se que o entendimento que veda a execução antecipada da pena contribui significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, até porque “a sociedade não aceita mais a presunção de inocência”, que “estamos preocupados com o direito penal do acusado e esquecendo do direito fundamental da sociedade, que tem o direito de ver aplicada a ordem penal ”e que o princípio da proporcionalidade, como proibição de proteção deficiente, impede que o Estado resguarde de forma insatisfatória direitos e princípios constitucionalmente tutelados.

Consignou-se que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Desse modo, o tratamento progressivo mais gravoso é aceitável.

O ministro Dias Toffoli adotou diretiva diversa da dos ministros, assentando que a execução antecipada da pena pode ser operada a partir do julgamento do Resp pelo STJ, pois nesse caso a natureza desse recurso é geral e abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais. Já no RE, a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso tendente a tratar de tema de natureza individual.

E por fim, foi argumentado que o constituinte originário, por meio da CRFB/88, não trouxe o conceito do que vem a ser considerado “culpado”, fato este que torna necessária a intermediação do legislador, que o faz por meio da instituição de normas que demonstram que a medida que o procedimento avança, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, sua culpa vai sendo comprovada, e assim, enfraquece a presunção de inocência que sobre ele recai. Exemplo disso seria o de que, para impor uma busca domiciliar, bastam “fundadas razões” – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é imperiosa a prova além de dúvida razoável etc.

Nas ADC’s 43 e 44 os Ministros reproduziram muitos dos argumentos legitimadores da execução antecipada da pena, utilizados no HC 126.292 - SP.

No julgamento dessas ações ficou explanado que o Supremo não desconsiderou o que consta no art. 283 CPP¹⁶⁶, afirmando sua constitucionalidade, argumentando que o legislador não estabeleceu que as prisões só devem acontecer nas situações ali descritas, caso contrário, as prisões civis por obrigação alimentar (art.5º LXVII CF) e as administrativas, militares (142, §2º CF), não seriam mais possíveis.

Foram descritos diversos casos no voto do Ministro Barroso nas ADC's (Casos Pimenta Neves, Luís Estevão, Edmundo, Pedro Talvane etc.) onde retratou a gravidade dos crimes praticados, o distanciamento dentre a prática do delito e a punição, prescrição ou quase prescrição dos crimes. Tudo isso, com a finalidade de demonstrar que essas situações enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal.

Argumentou que ao autorizar-se que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos.

As cautelares indeferidas tinham como objeto, também, a modulação dos efeitos da decisão que permitiu a execução antecipada da pena, no sentido de que o entendimento viesse a ser aplicado apenas aos réus que viessem a ter processo iniciado contra si dali pra frente (efeito ex nunc), requerendo ainda que fossem postas em liberdade todas as pessoas condenadas em 2º instância (de 17/02/16 para trás) que tivessem sido presas em virtude do novo entendimento proveniente do julgamento do HC 126.292-SP, e que todos fossem postos em liberdade, caso modificassem o entendimento.

¹⁶⁶ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

3.3 Análise Crítica.

A partir desse ponto se dará início à análise crítica dos argumentos veiculados pelos Ministros do STF em seus votos, no HC 126.292-SP, e nas ADC's 43 e 44, que não são muitos, em virtude de grande parte deles terem sido trabalhados no HC 126.292-SP, pesando ainda o fato de que até a presente data não foi possível ter acesso ao acórdão do julgamento da cautelares, mas apenas a alguns votos, por estar este em processo de lavratura¹⁶⁷.

Recentemente o mérito da ação foi impulsionado pelo Ministro Marco Aurélio¹⁶⁸ e encontra-se em fase de requisição de manifestação a algumas instituições públicas, tais como Advocacia Geral da União, Procuradoria Geral da República dentre outras. Ao que tudo indica a ação será julgada esse ano, e então se saberá qual o posicionamento final do Supremo acerca do presente tema.

Cumprido de início deixar claro que argumentums ad hominem não serão aqui usados por entender que estes enfraquecem o debate da questão, tanto é que não foram muitas as transcrições dos nomes dos Ministros citados na transcrição das premissas por eles utilizadas.

No entanto, vale ressaltar, que possivelmente será mencionado o nome de alguns Ministros, mas para fins de localização do argumento e apenas para se referir à contradição existente entre sua produção acadêmica com o que expôs em seu voto, o que seria apenas uma análise de coerência epistemológica. Portanto, será analisado aqui a autoridade do argumento e não o argumento de autoridade (autoridade que emana o argumento).

Antes, cumpre estabelecer alguns critérios dos quais utilizarei para construir a crítica.

¹⁶⁷<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

¹⁶⁸ <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/08/27/recomeca-a-andar-no-stf-acao-sobre-encarceramento-na-segunda-instancia/>

3.3.1 Critérios e fundamentos jurídicos utilizados para embasar a análise crítica.

A presunção de não culpabilidade/inocência, como visto, é norma orientadora/norteadora da investigação policial e de todo o processo penal, que estabelece 4 (quatro) efeitos, como visto no item 1.4, primeiro capítulo da presente monografia, que devem ser respeitados por todas as autoridades que participam da persecução penal, e inclusive, pelos próprios cidadãos que tomam conhecimento da prática de determinado delito.

Esses efeitos são, primeiro, a regra de tratamento que tal norma determina que seja dado a todo aquele que é alvo de uma persecução penal, no sentido de respeitá-lo como não culpado/inocente para que juízos precipitados não venham a impedir que posteriormente sua inocência venha a ser demonstrada ou que sua culpa venha a ser devidamente comprovada pelo órgão acusador ao fim do processo penal.

O segundo efeito é o da determinação ao juiz de que se livre de pré-compreensões precipitadas, a fim de não macular seu juízo sobre o fato, que a acusação diz ser delituoso, posto para análise. Ou seja, deve-se precaver antes de qualquer manifestação acerca da culpa.

O terceiro é o do ônus da prova, o qual determina que a prova da materialidade do crime e da autoria seja demonstrada exclusivamente por aquele que acusa, para evitar-se o que acontecia na idade média.

O quarto efeito é o do resguardo de sua integridade moral, no sentido de que seja frontalmente vedada toda forma de ridicularização de sua imagem, no que toca à exposição excessiva do fato, tal como a mídia faz com seu sensacionalismo repugnante, onde a Polícia e membros do Ministério Público convocam coletiva de imprensa para expor a imagem do preso como se fossem “troféus”, ou as “caças abatidas do dia”, ou como, ainda por cima, ficam filmando o cidadão quando sai da delegacia, no momento da abordagem, da realização da ficha na delegacia, sentados nos bancos da delegacias etc. Publicidade é diferente de exposição abusiva, o que leva à ridicularização do indivíduo. Ato totalmente criminoso a meu sentir.

Esses quatro efeitos devem ser obrigatoriamente preservados até que a culpa do cidadão seja devidamente demonstrada. E então, a partir dessa afirmação, deve-se perquirir qual viria a ser o conceito de culpa.

Culpa, portanto, de acordo com o sentido que aqui se busca, é a certeza de que aquele que possui contra si um processo penal em curso, tenha efetivamente cometido o delito que lhe é imputado. E isso se faz com a demonstração da materialidade e autoria do respectivo delito (Fato Típico + Ilícito + Culpável).

Para que essa culpa esteja definitivamente formada, a CRFB/88 em seu art.5º, inciso LVII impõe uma condicionante inafastável: o Trânsito em Julgado da sentença penal condenatória.

Trânsito em julgado, sinônimo de coisa julgada¹⁶⁹, é o momento processual em que o decisório se torna imutável, não cabendo contra ele impugnação de um recurso se quer.

O sentido do termo, “caso julgado”, tem sua origem no direito português, e encontra-se estatuído no art. 677 do seu Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 329-A/95 de 12-12-1995)¹⁷⁰.

Apenas após o momento acima referenciado (trânsito em julgado) restará satisfatoriamente efetivado o contraditório, ampla defesa¹⁷¹, e o devido processo legal¹⁷².

As cláusulas pétreas são valores positivados em normas constitucionais pelo constituinte originário a fim de que jamais fossem suprimidas, alteradas do corpo da carta política, em razão da enorme importância que estas tem para, in casu, a República Federativa do Brasil, e para o Estado Democrático de Direito. Essas cláusulas são a Forma Federativa do Estado Brasileiro; o voto secreto, direto, periódico e universal; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais espalhados pela carta constitucional (art. 60º, §4º da CF).

A separação de Poderes, proposta pelos gregos (Platão, Sócrates e Aristóteles) e aperfeiçoada por Montesquieu, seria, a grosso modo, a existência necessária de autoridades que desempenham funções/atribuições no âmbito do Estado, de forma dividida, ante a

¹⁶⁹ Jusbrasil. A coisa julgada e o novo código de processo civil brasileiro, Disponível em:. Acesso em: 02 ago. 2017. LEITE, Gisele e HEUSELER, Denise. A coisa julgada e o novo código de processo civil. Jusbrasil, ago. 2011.

¹⁷⁰ LEITE, Gisele e HEUSELER, Denise. A coisa julgada e o novo código de processo civil. Jusbrasil, mar. 2015.

¹⁷¹ Art. 5º CF - LV - 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;

¹⁷² LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

potencialidade, leia-se, possibilidade, de que, caso o Poder concentre-se nas mãos de apenas um Poder ou autoridade, abusos ou arbitrariedades venham a ser perpetradas¹⁷³.

Logo, é de suma importância a existência de autoridades que exerça, poder de maneira dividida, um limitando a atuação do outro, de maneira independente mas harmônica ao mesmo tempo¹⁷⁴

O (s) direito (s) fundamental (is) (art. 5º inciso LVII¹⁷⁵ e XXXVI¹⁷⁶) possuem diversas finalidade, dentre elas a de conferir maior segurança jurídica ao cidadão, no que toca às decisões proferidas pelos membros do Poder Judiciário brasileiro, no sentido de possuírem a certeza de que o processo restou findo e que o debate sobre matéria não retornará a qualquer momento, fato este que gera inquietude na alma de qualquer pessoa, e, a observância desses direitos, conferem estrita observância aos postulados do contraditório, da ampla defesa, da plenitude de defesa (no caso do Tribunal do Júri) e do devido processo legal – due process of law, conforme já avençado e explicado.

¹⁷³ Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura >. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁷⁴ Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura >. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁷⁵ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁷⁶ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

3.3.2 Críticas aos argumentos dos Ministros do STF que permitiram a execução antecipada da pena.

3.3.2.1 Argumento: a constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma ou considera injusta, e não possui (o STF) competência para reavaliar fatos e provas e reverter/combater injustiças.

Os ministros falam muito que a constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma ou considera injusta, e que não possuem competência para reavaliar fatos e provas.

Seja lá o que o Supremo entenda por impossibilidade de se avaliar direito sem o fato e a respectiva prova daquilo que se alega (porque não verifico a possibilidade de se existir direito sem fato), ocorre que o que se busca não é uma revisão do julgado, até porque as instâncias superiores não se prestam a isso, em razão de tal atribuição ser de competência das instâncias ordinárias. Em verdade, o que se busca é a reavaliação de questões de direito, obviamente, que, caso observada sua má aplicação, podem alterar o decisório das instâncias ordinárias de maneira significativa.

Pense na situação de ser encontrada uma prova ilícita, ou uma nulidade no processo (questões infraconstitucionais – STJ - e constitucionais – STF). Essa situação pode influir na constatação de sua culpa e acabar por colocar o cidadão, preso injustamente, imediatamente em liberdade.

Reporto-me aqui ao caso *Miranda vs Arizona* em que um jovem de 23 anos, foi preso na sua casa em Phoenix, Estado norte-americano do Arizona, e conduzido para a delegacia de polícia para realização de seu interrogatório, por suspeita do cometimento dos crimes de estupro e rapto. Após 2 horas de interrogatório, foi obtida uma confissão assinada por ele¹⁷⁷.

Quando da realização do julgamento, Ernesto Miranda ainda justificava sua inocência, mas a confissão assinada foi suficiente para a sua condenação. Apelando para a Suprema Corte norte-americana, cinco dos nove juízes determinaram que Ernesto fosse

¹⁷⁷ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.83-84.

colocado em liberdade, posto que a polícia não teria lhe ofertado seus direitos constitucionais, dentre eles o direito ao silêncio e a ter assistência de advogado¹⁷⁸.

Tal caso demonstra a situação em que “questões de direito”, e o intermédio da Suprema Corte, influenciaram na análise do caso, sendo fundamental para colocar o cidadão imediatamente em liberdade.

Ou seja, violação do direito ao silêncio e a ter assistência de advogado (direitos fundamentais, trazendo para o Brasil, art. 5º, inc. LXIII CF). Caso tivesse sido alertado sobre esses direitos, não teria cedido à pressão dos policiais para que confessasse, sem falar que um advogado o orientaria quanto a isso e que os policiais não tratariam o cidadão da mesma forma em sua presença (do advogado). Haveria, sem dúvidas, maior respeito ao tratar o cidadão.

Fato que sustenta ainda o aqui defendido são os dados oficiais extraídos da assessoria de gestão estratégica do STF, que compreendem o período entre 1.1.2009 e 19.04.2016, onde apontam 0,035 % (9 casos)¹⁷⁹ no que toca a absolvição, e 1,12 % no que toca à provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento da dosimetria.

Note, com esses dados, que nem sempre se buscará a absolvição do condenado, mas também a imposição de uma situação menos gravosa, o que também implica na proteção do direito fundamental à liberdade.

Observe que a concessão de um dia a menos de pena pode implicar na transferência do regime fechado para o semiaberto ou do semiaberto para o aberto, o que em algumas unidades da federação significa cumprimento de pena em casa, eis que desprovidas de estabelecimentos prisionais apropriados.

Quem conhece ou já ouviu falar dos presídios brasileiros sabe o quão infame é passar se quer uma noite no regime fechado. O Levantamento Nacional de Informações

¹⁷⁸ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.83-84.

¹⁷⁹ (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458 citados no voto do Ministro Barroso).

penitenciárias – INFOPEN¹⁸⁰, demonstra um pouco disso. Superlotação de celas, ausência de condições mínimas de sobrevivência etc. Isso fere o fundamento do estado democrático de direito, que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF) e como tal deve ser protegida mediante coibição de todo ato que contra ela venha a atentar.

Vale destacar ainda que a execução da pena não fica suspensa aguardando referendo da Corte Suprema, como querem inferir os Ministros, mas o que ocorre é que a decisão definitiva ainda não foi proferida, pois “questões de direito” podem sim, como exposto, e ainda se exporá, vir a alterar a realidade fática da condenação, sem falar que não são apenas os recursos extraordinários que ficaram pendentes de julgamento, mas também os habeas corpus.

Pesquisas realizadas pelo IPEA e FGV, relatam que entre os anos de 2008 e 2012, foram providos 27,86% dos HC’s para reformar, total ou parcialmente as decisões dos tribunais de 2º instância. No STF, outros 8,27%. Números alarmantes se levarmos em consideração que “só” se leva aos Tribunais Superiores “questões de direito”¹⁸¹.

As estatísticas relativas aos HCs comprovam, cabalmente, que a expressiva maioria dos atingidos não são os ricos, diferente do afirmado pelo Ministro Barroso, mas, sim, os pobres, o que se pode ver pelo expressivo número de habeas corpus envolvendo a Defensoria Pública, sendo os crimes de maior incidência: roubo, tráfico de drogas, homicídio e furto¹⁸², e não crimes de colarinho branco, o que derruba o argumento do Ministro.

Assim, nota-se que as instâncias superiores se prestam sim à coibição de injustiças.

¹⁸⁰ Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, dez. 2014.

¹⁸¹ BOTTINO, Thiago (Coordenador da Pesquisa), Fundação Getúlio Vargas - DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade - CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”, p.92.

¹⁸² KARAM TRINDADE, André. STRECK, Lenio Luiz. O lado oculto dos números da presunção de inocência. Consultor Jurídico, ago. 2017.

3.3.2.2 Argumento: a solicitação de efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária e o uso do habeas corpus resolveria o problema da injustiça na condenação efetivada pelas instâncias ordinárias.

Com base nesses, ante referidos, dados venho criticar a argumentação dos Ministros quando dizem que a solicitação de efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária e o uso do habeas corpus resolveria o problema da injustiça na condenação efetivada pelas instâncias ordinárias.

É perceptível que não há como se esperar que as injustiças dessas decisões venham a ser combatidas por essas vias, tendo em vista a demora no julgamento. Quem já impetrou um HC ou interpôs um recurso de índole extraordinária sabe. O tempo em que o cidadão ficou preso da interposição ou impetração, até o julgamento, nunca mais será a ele restituído.

3.3.2.3 Argumento: os recursos de índole extraordinária não possuem efeito suspensivo.

Falam que os recursos de índole extraordinária não possuem efeito suspensivo, por isso seria possível a execução antecipada da pena.

Ocorre que apesar de a legislação infraconstitucional não conferir efeito suspensivo a esses recursos, o constituinte originário conferiu (CF 88, art. 5º, inc. LVII) pois, ao mencionar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quis dizer que sua prisão só será realizada após sua culpa estar definitivamente acertada, e isso só se obtém com o trânsito em julgado, posto que culpa é pressuposto de pena (execução). Logo, suspensos estão os efeitos dessa sentença.

De acordo com a hermenêutica jurídica, a legislação infraconstitucional é que deve ser analisada de acordo com as normas constitucionais, e não o inverso. Inteligência esta que se extrai do princípio da interpretação conforme a Constituição¹⁸³. Ou seja, ter ou não o legislador ordinário conferido efeito suspensivo a esses recursos é irrelevante. O que importa é a sua sintonia com as normas constitucionais, fato este que exalta a supremacia da constituição,

¹⁸³ FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo:2013. p.97.

sua força normativa e eleva sua posição de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

3.3.2.4 Argumento: poucos são os casos de absolvição.

Os Ministros argumentam que no final das contas, poucos são os casos de absolvição, com base em pesquisas feitas, sendo assim, não há óbice para se iniciar a execução da pena a partir do 2º grau de jurisdição.

Quer dizer então que esses “poucos” cidadãos que são absolvidos na Suprema Corte devem ter suas liberdades cerceadas em razão disso? Esse fato não justifica que o restante dos acusados devam sofrer pena que mais tarde serão declaras indevidas.

Essa argumentação lembra a premissa absurda de MAZINI (inimigo do iluminismo francês), impropria para o estágio de proteção dos direitos fundamentais em que se encontra o ordenamento jurídico brasileiro, onde diz que: “como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Segundo ele, a presunção de inocência seria “estranho e absurdo extraído do empirismo francês”¹⁸⁴.

Mesmo que sejam “apenas” 9 pessoas presas injustamente, ótimo. São 9 pessoas que estão sendo presas injustamente. Isso basta. A presunção de inocência deve ser observada até o fim do devido processo legal penal em seus estritos termos.

A verdade é que, o Supremo, com essa decisão, assegurou que a maioria dos culpados cumpram as penas que são devidas em um prazo mais curto, ainda que alguns inocentes também tenham que cumpri-las¹⁸⁵.

O Ministro Francisco Rezek, em palestra lecionada no Centro Universitário de Brasília, expos que: “Não há como ato de um juiz inferior ficar sem refreação por uma instância Superior”.

¹⁸⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13. d. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94-95.

¹⁸⁵ Texto. Os problema da decisão do STF sobre execução provisória da pena – JOTA- UOL. Publicado em 18.02.2016.

Gomes filho assevera que: “ao processo criminal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente”¹⁸⁶.

Beccaria, dizia: “A razão está em que o sistema atual (...) é que atiram na mesma masmorra sem distinção alguma, o inocente, o suspeito e o criminoso convicto”, e ainda diz que: “é melhor punir mal e prender menos, que punir bem e prender muitos”¹⁸⁷.

Eros Grau, argumentou em seu voto no HC 84.078 – MG que:

“À ampla defesa, não se dá de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases.”

Disse ainda que:

“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”.

Disse mais: “É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual”.

E para fechar:

“porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional de pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Tudo isso, não custa reforçar, é um postulado do contraditório, ampla defesa, conferindo desse modo, todos os recursos a ela inerentes, normas constitucionais estas que se respeitadas, exaltam e conferem legitimidade ao devido processo legal, o que guarda íntima

¹⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.11.

¹⁸⁷ BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e da Penas. São Paulo: Afiliada, 2004.

ligação com a certificação da culpabilidade de um cidadão apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3.3.2.5 Argumento: em nenhum país no mundo, após observado o 2º grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da suprema corte.

O alegado de que em nenhum país do mundo, após observado o 2º grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte, outrossim, merece crítica.

Foi afirmado, no voto do Ministro Teori, que a Suprema corte do Canadá, no julgamento do caso R.v. Pearson (1992) 3 S.C.R.665, consignou que a presunção da inocência não significa “é claro”, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida”.

Também no voto, foi pontuado que o Ministério Público Federal, por meio de sua 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, solicitou manifestação à embaixada dos Estados Unidos acerca das execuções penais em seu território nacional. Como resposta obteve a informação de que a partir da condenação em primeiro grau de jurisdição as penas já começam a ser executadas. Situação que causa espanto, pois a presunção de inocência, tem, inclusive, base do *common law*.

Sobre a França, é referido que em seu código de processo penal, no art. 465, existem hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendente outros recursos. Estranho tal dispositivo, posto que a constituição francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que foi utilizada como fonte de inspiração para a positivação de direitos fundamentais nas constituições e legislações do mundo.

Dizem que no art. 983 do CPP Espanhol, admite-se até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior. Isso suspende o direito do réu de usufruir seu direito à liberdade, tornando assim a prisão regra e não exceção

Note-se que, em verdade, após pesquisas¹⁸⁸, verificou-se que nas constituições e legislações dos países no mundo, em nenhum momento o vocábulo “transito em julgado” é mencionado, sem falar que algumas, se quer possuem a proteção do direito fundamental à presunção de inocência. O que se cita é que o cidadão será tratado como inocente até que o oposto seja provado ou até um veredicto efetivo, não deixando claro, assim, até que ponto/momento será o réu, tratado como inocente.

De todas analisadas, apenas a constituição Brasileira deixa bem claro que: “ninguém será considerado culpado até o transito em julgado da sentença penal condenatória”.

Logo não há que se comparar o ordenamento jurídico brasileiro com os de outros países, porque o Brasileiro exige o trânsito em julgado da sentença para que seja permitida a execução da pena, sendo que os outros não o exige.

Essa situação, demonstra que a constituição e código de processo penal Brasileiro(a), em termos de proteção de direitos fundamentais, *in casu*, presunção de inocência, encontram-se anos luz a frente de todas as outras constituições e legislações do mundo em termos de salvaguarda de direitos fundamentais, e revela-se bem mais moderna, avançada e evoluída que todas as demais existentes no mundo, respeitando bem mais o direito à liberdade e extirpando os juízos precipitados acerca da culpabilidade, fato este de extrema relevância.

Isso pois, como visto, após o duplo grau de jurisdição a controvérsia judicial ainda não se encerrou, podendo ser que erros judiciais, que ferem de morte o Estado Democrático de Direito, ou seja, a dignidade e liberdade da pessoa humana, venham a ser vislumbrados.

Não importa se em outros países se realiza a execução da pena a partir do 1º ou 2º grau de jurisdição. Os ministros da Suprema Corte devem se atentar à dogmática jurídica do ordenamento jurídico do qual fazem parte, e não dos outros países, sem falar que a estrutura política e a organização das instituições que compõe o poder judiciário são totalmente diferentes das do Brasil. Basta uma breve leitura da página 27 à 65 do livro do Ministro Luís Roberto Barroso, na parte que trata do constitucionalismo, para perceber isso¹⁸⁹.

¹⁸⁸ ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.53-138.

¹⁸⁹ ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 27-60.

Conclui-se portando, infundados os argumentos expostos pelos ministros, relacionando o ordenamento jurídico Brasileiro com os demais.

3.3.2.6 Argumento: interposição de diversos recurso com fins protelatórios, o que leva à prescrição das ações. Ineficiência do Estado na persecução penal.

Fala-se muito da interposição de diversos recurso, que teriam fins protelatórios, o que leva à prescrição das demandas penais.

Tal argumento é facilmente combatido e resolvido. Se o problema é esse, que criem mecanismos para combater esses atos de má-fé e deslealdade processual, ou apliquem multas por litigância de má-fé, como bem ventilou o ministro Dias Tofoli em seu voto no ADC 43 e 44, com valores altos para desestimular a prática (estabelecendo, é claro critérios para aferir a má-fé, porque caso contrário pode se tornar outro óbice ao acesso às cortes supremas).

Nota-se viável, outrossim, o acréscimo de nova causa de interrupção da prescrição (art. 117 CP) no caso da interposição de recursos de índole extraordinária para impedir que tal objetivo (prescrição) seja alcançado, ficando assim redigido:

Art. 117 – O Curso da prescrição interrompe-se:

(...)

VII – pela interposição de recurso de índole extraordinária.

Evidente que tais medidas são de competência legislativa, fato este que expõe, inclusive, a ausência de competência da Suprema Corte para autorizar a execução da pena.

Claro é que o problema da prescrição das demandas não recai apenas sobre a questão da interposição de diversos recurso, mas também da ineficiência da persecução penal.

Interessante é, antes de mais nada, trazer à tona a questão da cifra oculta¹⁹⁰, conceito da criminologia, o qual revela que de 100% do crimes cometidos, 3% são descobertos, e 1% é punido, em tese.

¹⁹⁰ Ideia exposta em aula, legislação penal extravagante, professor Fernando Parente. 2º semestre de 2016.

A partir do momento que as autoridades tomam ciência da ocorrência do crime (3%) muitas das vezes, se quer se consegue chegar a autoria, haja vista a extrema dificuldade de se descobrir, por exemplo, um criminoso do colarinho branco, estelionatário, homicídio, roubo etc. As investigações duram 4, 5, 7, 10 anos. Nesse interim as autoridades policiais tiram férias, fazem cursos etc. Fiz estagio na procuradoria da república no distrito federal e cansei de ver inquéritos transitarem entre Ministério Público e Delegacia por mais de 3 anos sem que nenhuma, repito, nenhuma diligência fosse feita. Em dado momento verifiquei um inquérito que levou 6 ou 8 meses para receber uma informação da Caixa Econômica Federal e para ser transferido da polícia civil para a federal (3 meses).

Temos o ajuizamento da ação penal, que leva tempo para ser recebida e marcar-se a audiência. Sem falar da dificuldade para citar o réu, que pode perdurar por outros longos anos.

E então vem a sentença. Interpõe-se Apelação, que leva, outrossim, bastante tempo para ser julgada. E assim sucessivamente. Diante disso, nota-se que o problema não é apenas do recursos, revelando-se, assim, necessário o aumento do efetivo e do comprometimento dos agente públicos e políticos envolvidos na persecução.

Ocorre que muitos se quer são aprovados nos concursos. De 40 vagas para procurador da república, 15 são preenchidas. De 60 vagas para juiz federal ou estadual 20 são ocupadas. De 30 para delegado civil ou federal, 10 são aprovados. Será se falta estudo, ou será que os concursos são muito difíceis? E será se esse nível de dificuldade realmente mede conhecimento? Saber a teoria da graxa, da bola de nele, da cegueira do avestruz, a análise na esfera paralela do profano, demonstra que alguém está preparado(a) para se tornar um(a) promotor(a) de justiça melhor? Um procurador da república melhor? Um juiz melhor? Será? Eis a questão.

Com isso, claro é que o problema não é apenas dos recursos “protelatórios” e que medidas drásticas devem ser tomadas. Que melhorem o sistema penal e processual penal mediante a utilização de políticas criminais e legislativas, mas nunca se deve permitir a supressão de direitos fundamentais mediante tais argumentos.

3.3.2.7 Argumento: ampliação das competências do STF e ausência de estrutura para realizar tantos julgamentos.

O agigantamento das competências do supremo tribunal federal, e a ausência de estrutura para realizar tantos julgamentos nunca será argumento sério para legitimar a execução antecipada da pena. Se o problema é a quantidade de ações, que aumentem a quantidade de ministros utilizando-se de sua competência estatuída no art. 96 da CF¹⁹¹.

¹⁹¹: Art. 96. Compete privativamente

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003](#))

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Ocorre que 11 são 11, mas 33 ou mais são muitos. Retiram o brilho, que se deve ter um ministro da Suprema Corte, metaforicamente falando.

3.3.2.8 Argumento: a constituição condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado e não a prisão, bastando a existência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Não merece guarida, como será avaliado adiante, o argumento de que a constituição condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado e não a prisão, bastando a existência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Antes, diante dessa argumentação questiona-se. Mas a culpabilidade não é pressuposto de pena? Logo, seguindo a linha de raciocínio, se a culpabilidade é condicionada ao trânsito em julgado, como bem afirmado no voto, como a pena, ou como diz, a prisão, pode ser efetuada sem que a culpa esteja definitivamente demonstrada?

A ordem escrita e fundamentada é sim necessária, mas o ordenamento jurídico brasileiro estabelece situações para que seja realizada. Essas situações são as das prisões cautelares, prisões espalhadas pelas legislações especiais penais, e decorrente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, após definitivamente comprovada a culpa do acusado.

Se o pressuposto para a privação da liberdade fosse pura e simplesmente a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente seria muito fácil. A qualquer momento juízes poderiam sair prendendo quem bem entendessem a qualquer momento, sem ser necessário, inclusive, processo. Bastava acordar de mal humor e redigir muito bem “fundamentada” uma ordem de prisão a qualquer pessoa.

3.3.2.9 Argumento: a presunção de inocência é um princípio, sendo portando ponderável com os demais existentes na constituição federal.

Passando-se ao próximo argumento, apesar de em um dos votos ter-se considerado a presunção de inocência como princípio constitucional, podendo ser ponderada com outros princípios, como o da efetividade da jurisdição, ousou discordar. Explico.

A doutrina costuma compilar diversos critérios para aferir a distinção entre norma regra e norma princípio, porém, estes podem ser reduzidos a 3 (três), quais sejam, o critério do (i) conteúdo, (ii) estrutura normativa e (iii) modo de aplicação¹⁹².

O conteúdo dos princípios relaciona-se à decisões políticas fundamentais e a fins públicos a serem realizados. Já as regras “são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão”¹⁹³.

Sobre a estrutura normativa,” princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida”. As regras “são normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do interprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação”¹⁹⁴.

Enfim, sobre o modo de aplicação, quanto às regras “aplica-se a modalidade do tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto”. Quanto aos princípios, estes indicam uma direção, um valor, um fim, devendo ser ponderados. Aquele que obtiver maior peso é o que deve incidir no caso concreto¹⁹⁵.

Analizando o inciso LVII (art.5º da CF) em confronto com os critérios supracitados, evidente é sua posição como regra jurídica. Isso porque quando se diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” o constituinte originário emanou um comando objetivo que prescreveu uma proibição de que

¹⁹² ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 240.

¹⁹³ ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 240.

¹⁹⁴ ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 241.

¹⁹⁵ ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 242.

qualquer pessoa viesse a ser presa, considerada culpada, (culpa pressuposto de pena) até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Os princípios não admitem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Já as regras, pelo contrário, descrevem o comportamento, havendo menor grau de ingerência do interprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipótese de aplicação.

No caso, o constituinte já descreveu de maneira bastante objetiva a conduta a ser seguida pelo interprete da norma, mandando que a prisão só venha a ser efetivada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O sentido do termo trânsito em julgado foi delineado pelo constituinte originário e pelo legislador ordinário, como sendo aquela situação em que não se caiba mais recurso da decisão, o que coadunasse com o imutabilidade da decisão, ou seja, coisa julgada material. Desse modo, não cabe a estes interpretes alterarem o sentido desse termo.

E por fim, a autoridade judiciaria, é obrigada a somente executar as penas apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente podendo emanar ordem de prisão na situações de cautelaridade, e para fins de execução provisória da pena, no sentido que se trabalhou no item 2 deste trabalho monográfico, que não se assemelham com a execução definitiva da pena, como fazem os ministros do Supremo com esse novo entendimento.

3.3.2.10 Argumento: não esvazia a presunção de inocência a prisão antes do trânsito em julgado, em virtude de outros efeitos da condenação, como os secundários e os extrapenais, não poderem ainda produzir seus efeitos.

Causa espanto a argumentação que indica não esvaziar a presunção de inocência a prisão antes do trânsito em julgado, em virtude de outros efeitos da condenação, como os secundários e os extrapenais, não poderem ainda produzir seus efeitos.

Diante desse argumento, questiona-se. Quer dizer então que o mais gravoso pode ser feito contra o cidadão (privação da liberdade com pendencia de dúvida) e o mais brando não (efeitos secundários e extrapenais)? Soa um tanto quanto teratológico, valendo-se aqui dessa palavra que os próprios ministros gostam tanto de usar...

3.3.2.11 Argumento: a execução da pena pode se dar a partir do julgamento do Resp, pois através dele se uniformiza o entendimento acerca da lei federal (trata de questões gerais), sendo que, além disso, a imposição da repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE, dificultou o acesso do indivíduo ao STF.

O argumento do Ministro Dias Toffoli não merece ser acatado porque um mecanismo de jurisprudência defensiva não pode ser utilizado para impedir o acesso do cidadão ao judiciário¹⁹⁶. Não existe caso desprovido de relevância jurídica. Se assim o fosse se quer seria objeto de tutela legal, sem falar que o cidadão não perderia tanto tempo buscando uma resposta, haja vista a famosa morosidade do judiciário Brasileiro, cabendo acrescentar que, *in casu*, o que se discute são direitos fundamentais individuais, o que é mais importante ainda.

O requisito da repercussão geral trouxe a necessidade de transcendência da matéria sobre os prismas jurídicos, políticos, sociais e econômicos. Transcendência da matéria significa dizer que a decisão a ser proferida a partir do julgamento do RE não incidirá na esfera jurídica de um único indivíduo, mas que incidirá também, inclusive, na esfera jurídica de uma grande gama de pessoas, que se encontram na mesma situação.

Ou seja. Tão somente com este argumento derruba-se o do ministro, pois, é verdade que o requisito da repercussão geral dificultou o acesso à suprema corte (indevidamente pois as justificativa, como se verá logo a frente, são indevidas), mas acontece que, assim que o recurso é recebido e julgado, a decisão proferida nele não atingira apenas as partes subjetivas do processo, mas também todos os cidadãos brasileiros que estão na mesma situação jurídica deste que interpôs o recurso e obteve seu provimento. Isso ressalta inclusive, seu caráter de instituto conferidor de eficácia erga omnes em controle difuso de constitucionalidade, em razão da exigência da transcendentalidade, remetendo-nos, assim, à ideia de processo objetivo dos alemães. Alemães esse que tanto gosta de citar o nosso ministro Gilmar Mendes...

O que pasma ainda é a justificativa dada pelo Supremo para se estabelecer, através da EC 45/04 o mecanismo de repercussão geral: Tentativa de impedir a grande quantidade de recursos levados à Suprema Corte. Esse fato revela que a finalidade não é a de julgar casos “relevantes” mas sim de evitar trabalho.

¹⁹⁶ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

3.3.2.12 Argumento: ocorrência de mutação constitucional.

Não coaduno com a possibilidade de se aplicar o instituto da mutação constitucional para fundamentar a viabilidade da prisão antecipada. Antes, cabe expor o que esta vem a ser. Para isso, utilizo os trechos do voto que tratou desse ponto no HC 126.292-SP (Ministro Barroso).

“Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto”.

“A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo”.

A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro.

Pois bem. Ocorre que mutação constitucional, somente será aplicada para ampliar direitos fundamentais, mas nunca para suprimi-los. O judiciário brasileiro não pode valer-se desse mecanismo para atender anseios da sociedade que sejam tendentes a abolir um direito fundamental, sustentáculo do estado democrático de direito. Pelo contrário. Deve ampliá-lo, conservando-se sempre seu núcleo essencial, em caso de diminuição.

Vale citar aqui um caso emblemático, alvo desse mecanismo, que resultou em decisão ocorrida no julgamento da ADPF n.º 132 e da ADIn n.º 4277, onde o Supremo Tribunal Federal (2011) conferiu uma interpretação sistemático-teleológica ao art. 226, §3º, da CF/88, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Esse decisório incentivou o CNJ a editar em 2013 a resolução nº 175, na qual impede os cartórios de todo o Brasil a se recusarem a celebração de casamentos civis de casais do

mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homo afetiva, sendo a conduta de recusar o ato, sancionada com multa¹⁹⁷.

Veja que nessa situação o STF deu interpretação no sentido de compatibilizar o referido dispositivo constitucional (art. 226, §3º da CF) com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica, ampliando seu âmbito de incidência, ou seja, permitindo que não só pessoas de sexo opostos possam manter uma união estável formalmente constituída (art. 1.723 CC), mas também pessoas do mesmo sexo. Ampliou-se a proteção e a conferência de direitos fundamentais¹⁹⁸.

No caso da execução antecipada da pena, houve supressão de direitos fundamentais. Os anseios da sociedade para ver aquele que comete crimes preso, não podem ser tomados como justificativa para permitir o uso desse mecanismo que deve ser utilizado para, repita-se, ampliação da proteção constitucional. Infundado, assim, o uso desse mecanismo para legitimar a execução antecipada da pena.

Para corroborar o acima exposto, o ministro Barroso, em seu livro Curso de Direito Constitucional, p.128-129,2001 diz também que “as mutações que contrariarem a Constituição podem certamente ocorrer, mas serão inconstitucionais”. Bingo, ministro!”¹⁹⁹.

3.3.2.13 Argumento: a presunção de inocência ganha peso gradativamente menor a medida que o processo avança e que as condenações vão saindo.

O argumento de que a presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor não é aceitável, pois enquanto o processo não restar findo e o trânsito em julgado não se operar, ainda resta pendente dúvida acerca da culpa do sujeito, haja vista ainda restar viva a possibilidade de se demonstrar o contrário do que afirma a acusação, sendo portanto, obrigatória a conservação da regra de tratamento imposta por tal norma, o que veda, nesse viés, o tratamento mais gravoso, no sentido de se impor pena definitiva.

¹⁹⁷ Jus.com.br e Supremo Tribunal Federal. Resolução sobre união de pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo CNJ. O STF e a união homo afetiva. Ago. 2017 e maio. 2011, respectivamente.

¹⁹⁸ O STF e a união estável homo afetiva, Jus.com.br. Maio de 2011.

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, ago. 2016.

3.3.2.14 Argumento: não existe direito fundamental absoluto, por isso a presunção de inocência pode ser mitigada, possibilitando-se, assim a execução antecipada da pena.

Falaram bem os ministros quando acordaram que não existe direito fundamental absoluto. Segundo penso, o único direito fundamental absoluto é o de não ser torturado.

Diante disso, cumpre afirmar que a presunção de inocência não é absoluta segundo o ordenamento jurídico brasileiro, tanto é que o legislador estabeleceu situações pontuais em que ela pode ser mitigada, caso contrário se quer poderia ser investigado o cidadão suspeito de ter cometido uma infração penal. Essas situações são a investigação policial, as prisões em flagrante, temporárias e preventivas. O que passa disso fere de morte o núcleo essência do direito fundamental disposto no inciso LVII, art. 5º CF.

3.3.2.15 Argumento: o constituinte não trouxe o conceito expresso do que vem a ser culpa, sendo necessária a intermediação do legislador.

Considero plausível o argumento de que o constituinte não trouxe o conceito expresso do que vem a ser culpa, sendo necessária a intermediação do legislador. Ocorre que, como cediço, esta é a imputação que se faz a alguém por ter cometido determinado delito, e essa culpa só pode ser certa e definitiva após esgotados todos os meios de defesa e, assim que restar findo o processo penal (trânsito em julgado, coisa julgada).

Adotando-se esse conceito de culpa, evidencia-se que é certa a necessidade de intermediação do legislador para estabelecer o que seria culpa, bem como o que seria trânsito em julgado. E este o faz através do artigos 105, 147, 164 da LEP; 109 e 110 CP e 283 do CPP.

Observe que no art. 283²⁰⁰, o legislador referenciou que ninguém poderá ser preso senão mediante “prisão efetuada no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”, e em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Ora. Se o legislador entendesse que o trânsito em julgado pudesse ocorrer antes de o processo restar-se findo, teria acrescentado uma ressalva no sentido de que o trânsito em

²⁰⁰ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

julgado poderia, igualmente, acontecer no curso do processo, como o fez, expressamente, com as prisões temporárias e preventivas.

Mas isso não ocorreu. Como se vê, percebe-se que o legislador afastou desse momento (“curso do processo”) a execução da pena/sentença, para fazer com que as medidas realizadas no curso do processo sejam apenas as por ele categoricamente pontuadas. Prisões temporárias e preventivas.

Observe ainda o art. 109²⁰¹ do Código penal, onde no título do artigo se tem a referência à “Prescrição antes de transitar em julgado a sentença”, e no art.110²⁰² se fala em “Prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória”.

²⁰¹ **Prescrição antes de transitar em julgado a sentença**

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

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

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

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

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

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

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

²⁰² **Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória**

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.234, de 2010).

Se o legislador fez menção ao antes e depois do trânsito em julgado da sentença final condenatória, ele entende que existe um momento para isso, e esse momento é o do último recurso cabível, ou instância existente no nosso ordenamento jurídico, pois caso entendesse ser antes disso teria feito referência no art. 283 do CPP, o que não aconteceu.

Nesse sentido, o trânsito em julgado, segundo o legislador brasileiro, apenas deve se operar quando restar-se findo o processo, e a partir daí, então, a culpa estará completamente formada.

Observe que, na argumentação dos ministros, em nenhum momento estes atacaram o conceito de trânsito em julgado, pedra angular do preceito normativo descrito no inciso LVII, que decide o momento da execução da pena. Da leitura dos votos, nota-se que estes limitam-se apenas a atacar a presunção de inocência e o conceito de culpabilidade, o que se mostra insuficiente para derrubar a autoridade desta norma.

Acontece que o Ministro Gilmar Mendes, em sua obra “Curso de Direito Constitucional” entende que o trânsito em julgado acontece após a manifestação do STF sobre a questão, conforme se extrai da leitura, senão, vejamos:

“Pouco importa que a decisão do Tribunal de origem tenha sido proferida antes daquela do Supremo Tribunal Federal no *leading case*, pois, inexistindo o trânsito em julgado e estando a controvérsia constitucional submetida à análise deste Tribunal, não há qualquer óbice para aplicação do entendimento fixado pelo órgão responsável pela guarda da Constitucional”²⁰³. Haha ministro!

²⁰³ FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 1.073.

3.3.2.16 Argumento: negar a execução antecipada da pena seria uma proteção insatisfatória aos direitos fundamentais implicando na quebra do princípio da vedação ao retrocesso.

Afirmam que negar a execução antecipada da pena seria uma proteção insatisfatória aos direitos fundamentais dos cidadãos (vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas - CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144) e isso quebraria o princípio da vedação ao retrocesso.

Mas, desde quando a execução antecipada da pena protege tais direitos? Por acaso o cárcere impede o cometimento de crimes? Pode ser que sim, mas transitoriamente, ou não, até porque como sabemos, as maiores organizações criminosas do Brasil são comandadas de dentro dos presídios. Exemplos são o Primeiro Comando da Capital, mais conhecido como PCC e o Comando Vermelho, que emitem diuturnamente diversas ordens de homicídio, coordenação do tráfico e etc.

Na verdade, “a vedação ao retrocesso serve de balizamento para que as liberdades fundamentais individuais não sejam diminuídas, especialmente por quem detenha apenas o poder constituído”²⁰⁴, no caso, (STF). Com essa decisão da execução antecipada da pena, o STF ao invés de vedar o retrocesso, pelo contrário, o permitiu, fazendo com que um direito fundamental fosse diminuído, suprimido.

3.3.2.17 Argumento: se dá muito valor ao direito fundamental do acusado e esquecem do direito fundamental da sociedade de ver sua ordem penal aplicada.

Alegam que se dá muito valor ao direito fundamental do acusado e esquecem do direito fundamental da sociedade de ver sua ordem penal aplicada. Mas desde quando isso é um direito fundamental (ver seu algoz sendo punido)?

Friedrich Nietzsche, em sua obra: “A genealogia da moral”, revela que o “malfeitor” não é castigado por ser julgado responsável por seu ato, mas sim para que o dano

²⁰⁴ Texto. JOTA-UOL. Execução Provisória – Causa para Corte Interamericana de Direitos Humanos? Publicado em 20 de fevereiro de 2016.

por ele praticado seja retribuído em forma de dor, afim de que seja compensado e equivalente ao dano sofrido pelo outro²⁰⁵.

E então vem o seguinte questionamento: será que o dano e a dor se equivalem? O dano sofrido é reparável com a dor do próximo? Isso não seria apenas uma forma de se vingar? Não existem outras formas de combater o mal? Combate-se o mal com o mal?²⁰⁶

Já que essas pessoas que nunca foram para a prisão, ou que “nunca” (?) cometeram crimes, se julgam tão boas e mesmo assim desejam punições para as pessoas que já cometeram crimes, quanto sangue e quanto horror repousam no fundo de todas as “pessoas/coisas boas”!²⁰⁷

3.3.3 Crítica geral aos argumentos, super poder do Supremo Tribunal Federal, judiciário brasileiro, autoridades e população brasileira.

Argumentos como “clamor social”, “a sociedade não aceita mais a presunção de inocência”, “impunidade”, “expectativa mínima de justiça”, “descrédito social”, “estímulo ao cometimento de crimes”, “prisão como exigência de ordem pública”, “credibilidade do poder judiciário e do sistema penal”, “nem todos tem dinheiro para pagar advogados a fim de interpirem tantos recursos e levarem o processo à prescrição”, “efetividade da lei penal”, reputam-se utilitaristas, contra direito, morais e políticos²⁰⁸.

O que estes argumentos tem de importância para um jurista? Ou melhor, para um Ministro que faz parte do maior órgão de cúpula do Poder Judiciário? “Fosse o clamor social decisivo, há números mostrando que mais de 60% aprovam a pena de morte. Um jurista-democrata deve dizer: e daí? A Constituição não é o remédio contra maiorias?”²⁰⁹

Argumentos desta estirpe não são argumento sérios, eis que desprovidos de qualquer embasamento técnico jurídico, devendo serem totalmente desconsiderados pelo direito. Se prestam apenas a dar prevalência ao punitivismo exacerbado, satisfazer o clamor

²⁰⁵ NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da moral. São Paulo: ESCALA, 2007. p.60-61.

²⁰⁶ NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da moral. São Paulo: ESCALA, 2007. p.60-61.

²⁰⁷ NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da moral. São Paulo: ESCALA, 2007. p.60-61.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, ago. 2016.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2017.

social e a conveniência do magistrado/Ministro e fundamentar uma decisão desprovida de qualquer critério.

O direito penal deve ser sempre a última ratio do ordenamento jurídico, no âmbito do controle social, e não pode ser orientado por paixões momentâneas ou interesses oportunistas²¹⁰.

O Judiciário Brasileiro, *in casu*, a Suprema Corte, não tem compromisso com a sociedade, mas sim com o direito. Há de se evitar a politização da justiça.

Os Ministros do Supremo não receberam suas competências constitucionais para decidir de acordo com o clamor social, ou com o que deseja a sociedade, mas sim de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, salvo a hipótese da mutação constitucional com fins de ampliar a tutela aos direitos fundamentais. A supremacia é da constituição e não das expectativas sociais.

Como afirmou Pisani, sobre a presunção de inocência: “isso se trata de uma presunção política na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal”²¹¹.

Nessa situação de reclames por providências, a opinião pública é levada a acreditar que a solução para os problemas sociais exige imediata intervenção do direito penal. Nesse diapasão, o princípio da subsidiariedade do direito penal tem sido desprezado, de modo que de última ratio, o direito penal passou a ser a primeira ou até mesmo a única saída para controlar os problemas sociais²¹².

Impunidade não é um argumento que deve ser levado em consideração para se viabilizar a execução antecipada da pena em virtude de isso ser um problema da política criminal, do sistema penal e processual penal. Nunca dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, sustentáculo do estado democrático de direito. Conforme aprendi nas minhas aulas de

²¹⁰ GALVÃO, Fernando. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.127.

²¹¹ GALVÃO, Fernando. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.127.

²¹² GALVÃO, Fernando. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.124.

direito penal, este ramo do direito nunca se prestará para combater o crime. O que combate crimes são políticas públicas²¹³.

Fernando Galvão pensa algo parecido. Diz que vigiar e punir não são tarefas eficientes para se combater a criminalidade, no entanto a política criminal tenta fazer isso mediante a desenfreada incriminação, o aumento da punição e a redução dos obstáculos processuais para se obter uma resposta penal rápida²¹⁴.

No HC 84.078 foi pontuado que “a antecipação da execução penal, além de incompatível com o texto da constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados e não do processo penal”.

Outrossim, elocubrou-se que: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

O Supremo não pode eliminar uma proteção dada ao cidadão por um direito fundamental. Ele pode interpretar o texto da lei, inclusive fugir de seu teor literal, desde que com parâmetros, mas não reduzir direitos fundamentais individuais e ampliar o poder punitivo do Estado²¹⁵. Uma coisa é interpretar, outra coisa é cometer arbitrariedades.

Aliás: “O STF não pode mais do que os limites semânticos do seu texto. E quem disse isso não fui eu (diz Lenio Streck): foi o próprio Ministro Barroso, no seu livro Curso de Direito Constitucional, 2001, p.128-129”²¹⁶.

A propósito, o Ministro Carlos Ayres Britto cunhou um termo para criticar a forma como muitos dos magistrados brasileiros e Ministros das cortes superiores, também brasileiras, conduzem a atividade interpretativa. O Ministro disse que há de se evitar o “salto triplo carpado hermenêutico”.

Saltos triplos são perigosos. Carpados mais ainda. Quando feitos sobre a hermenêutica jurídica (interpretação) da lei só servem para atrapalhar, porque fogem da real técnica interpretativa e dão espaço à arbitrariedades. Qualquer coisa passa a ser interpretação.

²¹³ José Carlos Veloso Filho. Ideia exposta em aula. Processo Penal. 1º semestre de 2016.

²¹⁴ GALVÃO, Fernando. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.125.

²¹⁵ Texto. Os problema da decisão do STF sobre execução provisória da pena – JOTA- UOL. Publicado em 18.02.2016.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2016.

E é isso que se nota com esses argumentos utilitaristas e secundários utilizados pelos ministros²¹⁷.

Os riscos que decorrem de uma leitura moral da Constituição pelo Poder Judiciário, principalmente em matéria penal, são justamente o aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositam no Estado como protetor dos direitos fundamentais. Esses riscos são suprimidos quando essa interpretação esteja voltada para a proteção da parte mais frágil na relação entre Estado-acusador e indivíduo-acusado²¹⁸.

O que gera descredito na população é deixar de promover os direitos fundamentais. Não deixar de executar antecipadamente a pena. A credibilidade do Poder Judiciário é respeitada caso ele proteja direitos fundamentais, e não os suprimindo. Em verdade isso gera insegurança e medo.

Ferrajoli já disse que, o sinal inconfundível da perda da legitimidade da jurisdição, e de sua involução irracional e autoritária, é o medo que a justiça implanta no cidadão. Toda vez que um inocente tem motivos para ter medo de um juiz isso quer dizer que tal fato está fora da lógica do Estado de Direito. O medo, a desconfiança ou até mesmo só a insegurança do inocente, demonstram a falência da função da jurisdição penal e a ruptura dos valores que a legitimam²¹⁹.

A admissão de medidas restritivas às liberdades fundamentais individuais demonstram-se inerentes ao sistema constitucional das crises, ou seja, vinculado a regimes temporários de exceção e aplicável a situações de excepcionalidade institucional (estado de defesa e estado de sítio)²²⁰.

De 2009 a 2016 houve alteração dos integrantes do Supremo, mas a constituição continua a mesma. Como explicar para os cidadãos que a cada novo ministro que integra a

²¹⁷ Poderonline. Disponível em: < <http://poderonline.ig.com.br/index.php/2010/09/22/o-que-e-o-salto-triplo-carpado-hermeneutico-do-presidente-stf-cezar-peluso/> >. Acesso em: 17 ago. 2017.

²¹⁸ Texto. JOTA- UOL. Os problema da decisão do STF sobre execução provisória da pena. Publicado em 18.02.2016.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.p.506.

²²⁰ Texto. JOTA-UOL. Execução Provisória – Causa para Corte Interamericana de Direitos Humanos? Publicado em 20 de fevereiro de 2016.

Corte, pode ser que as decisões anteriores venham a mudar sem a demonstração de sua pertinência técnico-jurídico constitucional?²²¹

Ao STF cabe assegurar os direitos consagrados no texto constitucional, bem como a previsibilidade do Estado Democrático de Direito e o respeito ao princípio democrático, até porque, segundo afirmou John Roberts em sua sabatina para assumir uma cadeira na Suprema Corte Norte Americana: “jurisprudência de corte Suprema não são como meias que se trocam todos os dias”²²².

Contrariando o acima exposto, recentemente (22 de agosto de 2017), o ministro Gilmar Mendes proferiu decisão no HC 146.815 MC – MG, indo contra seu próprio posicionamento, emanado no julgamento do HC 126.292 – SP em fevereiro de 2016.

O ministro concedeu a ordem para suspender a execução da pena do paciente até o julgamento de mérito do HC impetrado perante o STF, adotando como razão de decidir a mesma diretiva adotada pelo ministro Dias Toffoli no julgamento do HC 126.292 – SP, no sentido de que, no Resp avalia-se temas de natureza geral, que abrangem situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais, e que, no RE o requisito da repercussão geral dificultou a admissão do recurso, contando ainda a questão de se tratar de tema de natureza individual.

Perceba que com essa decisão, o ministro demonstra que a execução antecipada da pena somente pode acontecer, não somente após o julgamento do Resp, mas também que, para se executar a pena é necessário se aguardar o julgamento do Habeas Corpus, logo, o Habeas Corpus, desse modo, também entraria no conceito de via impugnativa de decisões judiciais, impedindo, assim, a ocorrência do trânsito em julgado.

Assim, o efetivo trânsito em julgado apenas poderia acontecer após o julgamento do Habeas Corpus Impetrado pela defesa, o que não é bom para os ministros, pois falam tanto no “agigantamento dos afazeres desta Suprema Corte” e dos chamados “recurso protelatórios”, que agora se tornariam as “ações protelatórias”.

²²¹ Texto. Os problema da decisão do STF sobre execução provisória da pena – JOTA- UOL. Publicado em 18.02.2016.

²²² Texto. Os problema da decisão do STF sobre execução provisória da pena – JOTA- UOL. Publicado em 18.02.2016.

Tal decisão, outrossim, fere de morte a segurança jurídica, gerando incerteza acerca do que decidirá o Supremo, até porque suas decisões possuem, muitas delas, efeitos erga omnes (vinculam o Judiciário e Executivo), afetando o modo de decidir das autoridades, e o pior de tudo, deixando o cidadão confuso acerca do direito.

A despeito disto, cumpre fazer menção a um método interpretativo cunhado pelo jus-filosofo norte americano chamado Ronald Dworkin, denominado “romance em cadeia”.

Tal método é utilizado na produção de decisões por magistrados e ensina que as decisões judiciais devem ser dadas mediante a observância de toda a produção de decisões anteriores daqueles que compuseram a Corte, a fim de que cada um venha a dar continuidade ao entendimento. Seria como vários romancistas que desejam escrever um livro. Assim, o primeiro escreve um capítulo, o próximo escreve outro, e assim sucessivamente, mas todos devem ter conhecimento dos capítulos anteriores para dar continuidade ao romance²²³.

Essa teoria é extremamente importante, pois orienta os magistrados a não emitirem decisões judiciais contraditórias e imprevisíveis, sem seguir a cronologia das decisões judiciais, e ainda evita a temida insegurança jurídica, insegurança esta que ocorreu com o atual entendimento do STF sobre a execução antecipada da pena e ainda mais, agora, com o novo posicionamento exarado pelo ministro Gilmar Mendes.

Outro mecanismo, fruto do common law, direito norte americano, que evitaria essa insegurança jurídica instaurada no Brasil, seria o instituto do Stare decisis. Esse instituto visa a estabelecer o respeito aos precedentes judiciais, vinculando-os às futuras decisões. Para que viesse a ser afastado, o órgão julgador teria de mostrar que o precedente não se aplica ao caso (distinguishing). Para que seja mudado, o órgão julgador deveria realizar um amplo debate sobre a matéria e demonstrar que não há razão de o precedente se conservar (overruling)²²⁴.

Na decisão do Supremo houve amplo debate da matéria, mas desprovidos de fundamentos jurídicos plausíveis para derrubar a autoridade do direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LVII da CF, ao meu ver, como visto e ainda se verá nesta presente análise crítica. Cumpre complementar ainda que o overruling somente se presta a ampliar direitos, nunca

²²³ Texto. DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012.

suprimi-los, não sendo viável valer-se dele para permitir a prisão antes do trânsito em julgado²²⁵.

Logo, nesse sentido, o mecanismo do *Stare decisis* se mostra ser um importante instrumento do combate à insegurança jurídica e visa a estabelecer a higidez do sistema.

Lenio Streck, em seu artigo²²⁶ conta a estória da Katchanga, criada por Luis Alberto Warat para metaforizar e criticar a ponderação e uso dos princípios e a dogmática jurídica. Dizia ele que “a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas”. Quando alguém entende “as regras do jogo”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um meio de superar os parâmetros por ela estabelecidos e decidir as coisas como bem entende²²⁷. Ela, por si, disse Lenio, é decisionista, no sentido da “vontade do poder” (em alemão - *Wille zur Macht* – conceito de mais alta expressão da filosofia de Friedrich Nietzsche que reputa ser a vontade por poder não somente a essência do ser humano, mas uma necessidade)²²⁸.

A Estória é de um forasteiro que desafiou o croupier de um cassino a participar de um jogo, posto que ali se jogava todos os tipos de jogos.

Aceito o convite, iniciaram a primeira partida. O jogo era com cartas. O forasteiro (desafiante) pegou 5 cartas e o croupier (desafiado) também. Cada um puxava as cartas e verificavam se estas eram boas para si. Até que depois de certo tempo o desafiante grita “katchanga!”, joga as cartas na mesa, com uma sequência de 3 cartas e as outras de maneira desorganizada, e puxa o dinheiro apostado na rodada.

O desafiado achou que tinha entendido o jogo, e que bastaria fazer o mesmo que fez o desafiante (formar a sequência com três cartas, sendo as outras desconexas, e gritar “katchanga”).

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2016.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2016.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2016.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2016.

Iniciou-se uma nova rodada. Distribuíram as cartas e fizeram como da outra vez. Só que o desafiante antecipou-se novamente ao desafiado, e dessa vez, ao invés de formar uma sequência com três cartas e outras desconexas, formou duas sequências e gritou “katchanga!”.

Desse modo, o desafiado entendeu que, na verdade, bastaria gritar “Katchanga” para ser o vencedor.

Outra partida foi promovida, só que dessa vez o desafiado, por achar que teria entendido realmente o que teria de fazer para ser o vencedor, apostou todo o cassino (era o proprietário) e o desafiante todo o dinheiro que tinha.

E então, pegadas as cartas, passado um certo tempo, o desafiado, grita “katchanga!”, joga as cartas na mesa, e, convencido de ter ganhado a partida dessa vez, leva as mãos ao dinheiro. Acontece que o desafiante fez uma cara de “pena”, jogando a cabeça de um lado pro outro, atirou as cartas na mesa e disse: “Katchanga real!”.

Moral da estória: a dogmática jurídica sabe tudo, tem — sempre — todas as saídas, mas sempre sobra algo. Os sentidos não cabem na regra. O direito não está na lei, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não dito, que pode ser tirado da “manga do colete interpretativo” ou da fábrica de princípios, que se espalhou pós constituição de 88, que provoca o autêntico “bulling hermenêutico”. Esse é o papel da interpretação. Para o “bem” e para o “mal”²²⁹.

Segundo Lenio, “em um Estado dito Democrático de Direito, a tarefa interpretativa (*applicatio*) da magistratura é argumentar dentro dos parâmetros dos mundos constitucionalmente possíveis”²³⁰.

Mas existem algumas situações que, em razão da regra do *non liquet*, o juiz não conseguirá encontrar resposta nas leis ou normas constitucionais (até por algumas conterem lacunas, falta de regulamentação ou sentidos abertos), devendo se valer de princípios e métodos interpretativos para conceder uma resposta ao pleito judicial. Acontece que isso não pode ser usado como saída para justificar o decisionismo, que significa proferir decisões judiciais sem anteparos ou critérios (“disseminação descriteriosa de ponderação de valores”)²³¹.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012.

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012.

Isso seria, em síntese, falar qualquer coisa sobre qualquer coisa²³² apenas para cumprir o requisito da fundamentação das decisões judiciais sem dizer quais os critérios usados, ou utiliza-los, mas desprovidos de tecnicismo jurídico.

Dizer quais são os critérios é estabelecer os parâmetros em que o julgador se encostará no momento de proferir sua decisão, tal como fiz no início do presente capítulo, demonstrando e conceituando todos os parâmetros que iria utilizar para construir a presente análise crítica (presunção de inocência, culpa, transito em julgado, clausula pétrea etc.), sendo que esses parâmetros devem guardar compatibilidade com a dogmática jurídica e com os princípios e métodos interpretativos admitidos em direito, não cabendo ao magistrado desbordar do sentido da lei ou da norma constitucional quando esta for de clara compreensão, dependendo da ocasião, valendo-se sempre dos anteparos referenciados e justificando a razão de ser de dado argumento utilizado.

Pense na situação, por exemplo em que o STJ consegue, em um dia, dizer que um furto de R\$ 85 (oitenta e cinco reais) não é insignificante e, no outro, dizer que uma sonegação de R\$ 3.296,00 (três mil duzentos e noventa e seis reais) é crime de bagatela²³³. Um tanto quanto pitoresco não? Qual a justificativa para tal decisão?

Do mesmo modo, “quando o STJ diz, que onde está escrito 15 dias, leia-se 15, mais 15, mais 15” (caso das escutas telefônicas), ele está dizendo: “dou as palavras os sentidos que quero”! Quando o TST diz “não recebo o recurso porque falta um centavo”, ele está dizendo “eis um belo e demolidor argumento”. Quando o STF diz que o não cumprimento do artigo 212 é nulidade relativa, ele está dizendo, em outras palavras: “a palavra nulidade significa o que nós queremos que ela signifique”. “Nem mais, nem menos!”²³⁴.

Ora. 15 dias, são 15 dias, e não 15 + 15 e +15. Nessa situação não cabe ampliar o que a norma diz, posto que clara e acabada, pensando ainda o fato de a ampliação do sentido da norma, nesse caso, ferir direito fundamental inclusive, direito a intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X, CF). Se o legislador estabeleceu tal limite, deve ser respeitado.

²³² STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012

²³³ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012

No caso do não recebimento de um recurso por faltar um centavo, seria “exegetismo” puro, pois retira o direito do cidadão de buscar a tutela judicial em razão da falta de quantia em dinheiro tão irrisória. Fere o postulado da proporcionalidade.

Não basta dizer: “decido conforme minha consciência” ou “decido conforme os valores escondidos debaixo da lei”, “decido conforme a razoabilidade”, “decido conforme a consciência”, “o livre convencimento”, “instrumentalismo processual”, “em nome do interesse público”, etc., pois, se não estaremos em face de um “ponto cego”, vitimados pela arbitrariedade interpretativa, dando ensejo à “ponderação à brasileira”²³⁵, termo utilizado por Lenio Steck para criticar a forma como grande parte dos juízes brasileiros realizam a ponderação de princípios e a hermenêutica jurídica de maneira arbitrária.

Nós possuímos um limite de sentido, um limite de cognição. E esse limite é o bloco de constitucionalidade, composto dos artigos 1º ao 250 da CF; Atos das Disposições Constitucionais e Transitórias; Emendas à Constituição; Princípios expressos e implícitos; Tratados de direitos humanos aprovados com quórum de emenda à constituição (art.5º, §3º) após a emenda constitucional nº 45/04, que passam a ter status de norma constitucional (EC); Tratados de direitos humanos aprovados sem o referido quórum, após a EC nº 45/04 que passam a ter status de norma supra legal; Tratados aprovados, que passam a ter vigência de lei ordinária; Súmulas Vinculantes; Súmulas; Tratados de direito tributário, que passam a ter status de lei complementar; preâmbulo como diretriz hermenêutica; leis infraconstitucionais, princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade como elementos de integração do direito.

A partir desses limites (leia-se, parâmetros), o magistrado exerce a hermenêutica jurídica, explorando-se então, métodos interpretativos, devendo sempre se atentar à imposição feita pelo art. 93, IX da CF, que se refere ao dever de motivação das decisões judiciais.

A constituição não é campo para se fazer juízos éticos e morais do tipo “a execução antecipada da pena é medida eficaz ao combate à corrupção, ao crime”, “é medida eficaz a impedir que advogados interponham recursos com fins protelatórios”, “é medida eficaz ao combate à impunidade”, “o clamor social deve ser acolhido”, “no final das contas poucas

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012.

peças são absolvidas”, “temos muito trabalho! Por isso vamos executar logo a pena, antecipadamente” etc.

A moral é um conjunto de valores arraigados no seio de dada sociedade/povo. E a moral brasileira (voluntas generales de Voltaire, por meio de nossos representantes eleitos²³⁶) encontra-se positivada nos diplomas normativos acima referenciados, sendo passíveis de integração, desde que esta seja extraída desse mesmo ordenamento jurídico. Não pode um único indivíduo, adotando sua própria moral, aplicar seu próprio sentido do que é execução da pena e de quando ela pode ser feita, porque, nesse caso, estaria sobrepondo-se à vontade da maioria, que se materializa no corpo da nossa carta constitucional, deliberada e votada na assembleia nacional constituinte de 1988.

Note que não se está a defender aqui o retorno à escola da exegese, do juiz boca da lei, como podem muitos críticos virem a querer inferir. O que se está aqui a afirmar é que o juiz ou magistrado (2º instância, Ministros dos Tribunais Superiores e da Suprema Corte) deve emitir sua decisão judicial com base em parâmetros e limites de sentido, pois até nas situações em que o juiz está autorizado a lançar mão do mecanismo da equidade, em razão da falta de norma material para o caso, tal como deve fazer na situação dos art. 1.694, §1º²³⁷, do CC (direito a alimentos) ou do art. 868²³⁸ da CLT, que permitem o juiz concretizar a norma em branco,

²³⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²³⁷ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

²³⁸ Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

criando e não declarando o direito, ainda assim, deve limitar-se a extrair do ordenamento jurídico a norma de equidade pertinente²³⁹.

Igualmente, se dá nos casos de existir lacuna na lei, onde ocorre integração da norma com base na analogia e nos princípios gerais de direito²⁴⁰.

Posto isso, nota-se que o que o Supremo fez no julgamento do HC 126.292-SP foi exatamente isso. KATCHANGA REAL! porque valeu-se de argumentos totalmente utilitaristas, políticos, morais, contra direito e desprovidos de critérios e tecnicismo jurídico. Os únicos que estabeleceram premissas de maneira mais acentuada para delinear sua argumentação foram os Ministros Teori Zavascky, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, mas segundo meu juízo, não dispõem de autoridade, não custa repetir, para derrubar o direito fundamental estatuído no art. 5º inciso LVII da CF, conforme demonstrado ao longo da presente crítica.

Quando digo: “estabelecer premissas, critérios”, não quero dizer que estes devem estar no início da decisão, tal como gostam de fazer os norte-americanos em seus escritos, estabelecendo e definindo os conceitos e premissas (e acredito que até pelo fato de o Ministro Luís Roberto Barroso ser adepto da cultura e direito norte americano, acabou por assim fazendo em seu voto, o que é muito bom porque deixa a decisão organizada), mas que as premissas e conceitos devem ser indicados ao longo da narrativa, o que não se viu, por exemplo, nos votos do Ministros Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes etc.

Dando continuidade à crítica ao judiciário brasileiro, Rezek, na palestra ante referenciada ainda afirmou que: “o problema do Brasil é que esse é o único país em que o Poder Judiciário realmente é um Poder e não uma longa manus do Estado”, “Atualmente o judiciário tem vivido um protagonismo excessivo. Isso não é bom”.

Tem razão o Ministro, pois o judiciário tem muito poder hodiernamente, sendo que, ainda, como segundo afirmou, “o parlamento e o executivo estão afundados no descrédito”. O cidadão procura o judiciário porque não confia nas outras instituições”. E diante disso, o que ocorre é que quanto mais um poder é procurado, mais poderoso ele fica. Por isso acontecem essas cenas de protagonismo excessivo do judiciário.

²³⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p.319-320.

²⁴⁰ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p.319-320.

O constitucionalismo significa, em linhas estreitas, a limitação do poder e supremacia da lei. Ou seja, a existência de uma constituição, escrita, ou não, para limitar o poder e evitar o arbítrio das autoridades componentes dos Poderes da república, sendo que esse poderes devem se controlar reciprocamente (checks and balances)²⁴¹.

O Poder judiciário é o órgão que pode controlar os atos de todas os poderes. Exemplo: no caso de um chefe do executivo, seja estadual, municipal ou federal emitir um ato normativo secundário que desborde da simples regulamentação da lei, nesse caso o poder judiciário tem poder para derrubar esse ato.

No caso de o parlamento expedir um ato normativo primário em dissonância com a constituição, o STF imediatamente, provocado pelo ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, terá a oportunidade de derrubar ou não esse ato normativo.

No caso das instâncias inferiores, os magistrados imediatamente superiores terão a oportunidade controlar as decisões proferidas por aqueles.

Mas, e no caso do STF? Quem controla o controlador? Quem controla aquele que tem a última palavra? Será se dada decisão é constitucional porque o Supremo disse que é Constitucional? Tecnicamente/formalmente sim. Mas será que materialmente estas decisões são constitucionais? A constituição é o que ela é, ou ela é o que Supremo diz que ela é?²⁴²

Não seria uma subversão do constitucionalismo (limitação de poder para se evitar o arbítrio das autoridades) a concessão de tal poder à Suprema Corte? Seria o caso de se perquirir o retorno do Poder moderador (4º Poder)? A experiência diz que não.

Será se a solução seria a realização de um controle dos atos do Supremo tal como o congresso o fez, mediante a edição da emenda constitucional nº 96, para permitir, enquanto o supremo negava, o uso de animais para a promoção da “vaquejada” como prática desportiva e cultural na ADI 4983? No caso o Congresso iria colocar na constituição o que ela já prevê, que é a vedação da prisão antes do transito em julgado, só que de maneira “desenhada”, para aqueles que não entendem que culpa é pressuposto de pena e que a constituição e o legislador ordinário

²⁴¹ ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.29.

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2016.

estabeleceram o transito em julgado (imutabilidade e impossibilidade de impugnação da decisão).

Ficaria assim então a emenda ao art. 5º: “LXXIX – É proibida a execução da pena antes da formação da culpa do cidadão, ou seja, enquanto houver recurso cabível contra a decisão, o que a torna imutável desde então”.

Vale lembrar que a adoção de tal medida pelo Congresso Nacional não encontra nenhuma vedação no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Isso lembra um pouco o controle de constitucionalidade tal como erra feito na Carta Política de 37, onde os atos do Judiciário eram revistos pelo Parlamento, sendo que este poderia, inclusive, derrubar seus julgamentos e editar leis e decretos convalidando a declaração de inconstitucionalidade feita por parte do Supremo, medida esta que não encontra guarida na Carta atual (88)²⁴³.

Mas isso também gera alguns problemas, porque a insegurança jurídica se agrava mais ainda, tendo em vista que o cidadão fica sem saber se a decisão que foi proferida pelo Supremo se sustentará, sem falar da interferência de um poder no outro.

Outro ponto é o jogo de interesses, pois o congresso apenas alterará aquilo que estiver na sua conveniência e que lhe for vantajoso. As vaquejadas geram uma grande fonte de renda para o Brasil, isso é fato. O lobby da bancada ruralista é intenso.

Nessa hipótese o congresso editou a emenda constitucional e acrescentou o §7º ao art. 225 da CF por não considerar a pratica como expositora dos animais à crueldade, conforme o que diz o inciso VII do §1º do mesmo artigo²⁴⁴.

No caso da vedação do financiamento de campanhas eleitorais, não houve como editar-se emenda ao texto constitucional, eis que claro e evidente a sua flagrante

²⁴³ FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo:2013. p.97-98.

²⁴⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento).

inconstitucionalidade, bastando uma rápida leitura do art. 14, §9º²⁴⁵ da nossa Carta Política. Caso contrário já teriam editado a emenda a muito tempo. Basta acessar o site do TSE e pesquisar quem são os maiores financiadores de campanhas eleitorais do Brasil.

Outro caso emblemático é o já citado na presente monografia, referente às uniões estáveis homo afetivas deliberada na ADPF n.º 132 e da ADIn n.º 4277, o que ensejou na imposição da celebração de casamento em cartórios, por parte do CNJ, sob pena de multa, por meio da Resolução nº 175 de 2013.

Há interpretações no sentido de que a constituição federal prevê que as uniões estáveis sejam feitas apenas entre homem e mulher, a partir da leitura literal do art. 226, §3º CF²⁴⁶.

Ocorre que, com a decisão do Supremo e a imposição do CNJ, por meio do mecanismo da mutação constitucional, houve a ampliação de direitos fundamentais, conforme já exposto nas páginas supra. Nessa situação ninguém reclamou. Apenas os mais conservadores. Mas ninguém saiu às ruas e nem o congresso nacional se manifestou.

A despeito disso, vale deixar claro que as emendas constitucionais são passíveis de controle de constitucionalidade. Na hipótese de o Congresso editar a emenda e, posteriormente, o Supremo vier a declara-la inconstitucional, nesse caso, inviável seria editar-se outra emenda no mesmo sentido, até mesmo por uma avaliação lógica do controle dos poderes. Mas ocorre que, mesmo assim, o Congresso Nacional poderia editar outra emenda por ausência de óbice.

²⁴⁵ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

²⁴⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁴⁶ Fundação Getúlio Vargas, BONETTI, Thiago (Coordenador da pesquisa) DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade - CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”.

A verdade é que o Povo e as autoridades da nação, até também, em algumas situações, por falta de conhecimento, só reclamam quando algo não está conforme seus interesses, e não quando algo não está de acordo com os direitos e garantias constitucionais fundamentais. Ou seja, só reclamam quando algo está em desacordo com os direitos fundamentais caso também esteja em desacordo com o seu próprio interesse.

Exemplo disso é o de que as autoridades (membros do Judiciário e MP), a partir do momento em que tomaram conhecimento da decisão do Supremo, no HC 126.292 – SP, de imediato já iniciaram o cumprimento da diretiva, sem se quer o decisório possuir efeito vinculativo ou eficácia erga omnes. Ou seja, só cumpre o que interessam para si. Caso essa afirmação fosse inverídica, não existiriam diversos recursos interpostos para que súmulas e decisões dos tribunais superiores fossem obedecidas²⁴⁷.

A população precisa se instruir para não ser lesada em seus direitos, e precisa deixar o egoísmo de lado, adotando-se uma posição mais ativa no pleito da proteção dos direitos fundamentais.

Já dizia inclusive o profeta Oséias: “Meu povo perece por falta de conhecimento”²⁴⁸

Quanto à importância do pleito do povo em relação à defesa de seus direitos, a experiência francesa é a melhor para se exemplificar, pois a partir da revolução francesa foram editados diversos tratados versando sobre a defesa dos direitos basilares do ser humano, todas elas com inspiração na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, maior documentos da história sobre a questão.

A marcha do povo rumo à Bastilha para a sua derrubada foi fundamental. Ou seja, é válido que a população brasileira lute pelos seus direitos? Os franceses que o diga...

²⁴⁷ Fundação Getúlio Vargas, BONETTI, Thiago (Coordenador da pesquisa) DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade - CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”.

²⁴⁸ Bíblia Sagrada. Livro de Oséias capítulo 4 versículo 6.

CONCLUSÃO

Diante disso, vê-se que a presunção de inocência é um direito fundamental (art.5º, inc. LVII CF) que estabelece, ao cidadão que é alvo de uma persecução penal, uma regra de tratamento no sentido de considera-lo inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (no caso do direito brasileiro) sendo vedado que, enquanto não liquidada a prova e comprovado o delito, juízos de valores precipitados (estigmatização e conclusão acerca da culpa) recaiam sobre si.

Sua observância é primordial para que aquilo que acontecia na idade média (presunção de culpa, torturas para extração de provas, penas precipitadas e horrendas) não volte a acontecer. Caso essa regra seja desrespeitada, de nada valeria essa conquista – presunção de inocência – conseguida de baixo de sangue. Ou seja todos os embates históricos ocorridos até então (Revolução Norte Americana, Francesa, Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, tratados de direitos humanos, constituinte de 88), iriam por água a baixo, isto é, de nada valeriam.

As prisões cautelares, conforme visto no item 1.2, são consideradas inconstitucionais por alguns, mas para outros ela seria constitucional. Para os que a consideram constitucional, seria porque não existe prisão sem pena, posto que não há como desvincular o caráter processual penal do penal, sendo que a tentativa de se fazer isso seria apenas a utilização de um mero jogo de palavras. O direito não comporta contradições. Tanto é que quando do encarceramento definitivo, se o cidadão já estava preso em virtude de prisão cautelar, o tempo que este permaneceu preso será computado como tempo de pena cumprida, aplicando-se aí, segundo o direito brasileiro, o instituto da detração penal, situação esta que levaria à inconstitucionalidade da medida por violar os artigos 5º incisos LVII, LIV e LV da CF, 283 do CPP e 105, 164 e 147 da LEP.

Já outros entendem não ferir porque caso a presunção de inocência fosse levada a seus estritos termos, as investigações se quer seriam permitidas, posto que nenhum inocente pode ser investigado e muito menos condenado. Nas situações do art. 312 CPP não seria violação dos artigos acima citados, pois nesse caso o que se quer é assegurar que a investigação chegue a seus estritos termos sem empecilho, ou sem que a paz social (ordem pública) seja abalada. Logo, seria permitido lançar mão do mecanismo da prisão preventiva.

A execução provisória da pena é um excelente, mecanismo normatizado pelo CNJ pela resolução nº 113, pois permite que aquele que se encontra preso em virtude de prisão preventiva inicie o cumprimento da pena como se preso definitivo fosse, uma vez que tal medida o garante as mesmas benesses que possuem os presos definitivos, no sentido de poder progredir de regime, caso já tenha um quantitativo estipulado na sentença, pendente recurso apenas da defesa (apesar da divergência doutrinária existente sobre a possibilidade da execução provisória na pendência de recurso da acusação), permite a remissão de pena (pelo trabalho e estudo), o acesso ao livramento condicional, direito de saída etc.

Tudo isso implica em direito de liberdade do réu, pois pode ser que ao final do processo penal, quando da condenação, já tenha cumprido sua pena, sendo assim liberado logo. Mas cabe deixar claro que essa medida só é permitida se o cidadão se encontra preso em virtude de prisão preventiva (nunca poderá pedir para ser preso ou ser recolhido à prisão sem motivo legal – 283 CPP – o que seria antecipação de pena, vedado pelo ordenamento jurídico, apesar de o supremo permitir).

Cumprir observar também que, caso os motivos da prisão preventiva cessem, este cidadão deverá ser imediatamente posto em liberdade, o que revela que seu caráter provisional (da prisão preventiva) permanecesse, ainda que esteja executando provisoriamente a pena.

Já a execução antecipada da pena é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, posto que todo cidadão brasileiro, segundo a nossa constituição da república, apenas pode ser levado ao cárcere (ser preso) após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art.5º, inc. LVII da CF).

Culpa é a demonstração/comprovação, efetiva, de que um cidadão realizou determinada conduta. No caso do direito penal, é a comprovação de que foi a pessoa quem realizou determinada conduta desviante/violadora da ordem social (crime/contravenção penal), e isso só se faz com a liquidação da prova, que no caso do direito brasileiro se dá após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Culpa, assim, é pressuposto de pena e o legislador brasileiro já disse o que ela vem a ser por intermédio dos artigos 5º inc. LVII CF, 283 CPP, art. 109 e 110 do CP e 105, 164, 147 LEP.

O trânsito em julgado, sinônimo de coisa julgada, se dá apenas quando não caiba mais um misero recurso que seja das decisões proferidas pelo STF (embargos de declaração dos embargos infringente), pois a partir daí, a decisão se torna irrecorrível, a ampla defesa já

foi realizada nos seus estritos termos, o contraditório já foi amplamente conferido, e assim, o devido processo legal penal encontra-se completo.

É incompatível, ainda, com o ordenamento jurídico porque a presunção de inocência é uma cláusula pétrea, por ser um direito fundamental individual (60º, §4º, IV CF), o que quer dizer que essa regra é imutável, inviolável, sendo que sequer o legislador pode alterá-la, apenas para ampliá-la, ou se reduzir, que mantenha-se o núcleo essencial, pois é vedada pela constituição qualquer proposta tendente a abolir cláusula pétrea, uma vez que caso essa proposta venha a ser impulsionada, tanto na Câmara dos deputados quanto no Senado Federal, deputados e senadores podem impetrar mandado de segurança sobre o fundamento de refrear tal proposta, fazendo assim, com que o Supremo Tribunal Federal realize o controle judicial preventivo de constitucionalidade.

Todos esses direitos fundamentais (presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, devido processo legal) são sustentáculos do Estado Democrático de Direito e garantias do cidadão contra o Poder Estatal, que de há muitos anos vem lutando contra, exatamente, isso como visto no primeiro capítulo dessa monografia, especificamente no item 1.1.2 (origem e evolução histórica da presunção de inocência). Caso sejam desrespeitados, seria um retrocesso devastador, fazendo todas essas conquistas, debaixo de grandes batalhas sangrentas, muitas delas, não terem valido de absolutamente nada.

Dos argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, extrai-se discursos oportunisticos, utilitaristas, moralistas, políticos e contra direito, que se prestou a satisfazer a própria conveniência.

A suprema corte tem competência para reverter injustiças sim. O que comprova tal afirmação são os dados, trazidos pelo próprio ministro Barroso em seu voto, onde demonstra que entre 1.1.2009 e 19.04.2016, foram constatados 0,035 % (9 casos) no que toca a absolvição, e 1,12 % no que toca à provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento da dosimetria. Isso demonstra que “questões de direito” podem ser cruciais para retirar o óbice da privação da liberdade do indivíduo.

Mesmo que sejam poucos os caso, ok. São Algumas pessoas que estão sendo presas injustamente. Isso basta. São “poucas” pessoas que estão sendo presas injustamente. E

mesmo que não tivessem reversões das condenações, não importa. Esse direito fundamental (art.5º inc. LVII CF) deve ser protegido mesmo assim, porque a razão de sua existência é a de conferir garantia ao cidadão de que não será molestado em sua liberdade enquanto sua culpa não restar comprovada, não sendo condição de sua existência e exercício a quantidade de pessoas que se valerão desse direito. Logo, questões de direito podem sim vir a ser importantes para se evitar uma condenação injusta, e por isso o STF deve se manifestar, dar a última palavra, por ser a última instância, instância esta que, após sua manifestação, trará o trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Se o problema é a prescrição das demandas, apesar de este autor não entender ser, pelo exposto no item 3.3.2.6, que se faça um projeto de lei pedindo que o congresso nacional acrescente no art. 117 do CP, um inciso positivando a interposição de recurso de índole extraordinária como uma causa de interrupção da prescrição. Se o problema é a quantidade de trabalho e ausência de estrutura para se realizar tantos julgamentos que alterem a composição da corte de 11 ministros para 33. Se o problema é a interposição de recursos protelatórios, que se aplique multa por litigância de má-fé, melhorem o sistema penal e processual penal, que utilizem as políticas criminais, mas não suprimam direitos fundamentais! que são, não custa repetir sustentáculos do estado democrático de direito.

De que importa o legislador ordinário não ter conferido efeito suspensivo aos recursos de índole extraordinária, se o constituinte originário conferiu através do art.5º inc. LVII da CF? Pois, quando o constituinte originário diz que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ está dizendo que como culpa é pressuposto de pena, e esta só pode ser definitiva após o trânsito em julgado, os efeitos da sentença proferida pelo juiz de primeira instância estão suspensos até esse momento. Assim, o constituinte originário conferiu efeitos suspensivo sim a esse recurso.

Tal assertiva demonstra que o ordenamento jurídico deve ser analisado de acordo com a constituição federal e não o contrário, fato esse que revela sua supremacia, força normativa e que demonstra ser ela, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Não importa se em outros países a execução da pena se dá após a análise da questão pela 2ª instância. Há de se atentar para a dogmática jurídica brasileira, porque aqui, para se efetivar uma prisão definitiva, se exige o trânsito em julgado (art.5º, inciso LVII CF), que, segundo o legislador, se dá após a análise da demanda pelo STF (art. 283 CPP, 109 e 110

CP e 105, 164, 147 LEP). É de se acrescentar, também, que a estrutura e organização das instituições brasileiras, de acordo com a nossa carta política, é totalmente diferente da de outros países, bastando uma rápida leitura das páginas 27 à 65 do livro do Ministro Luís Roberto Barroso, na parte que trata do constitucionalismo, para perceber isso²⁴⁹.

A presunção de inocência (art.5º, inc. LVII CF) não é princípio, é regra, pois, é dotada de cunho mandamental, não permitindo que o interprete realize esforço para identificar que um cidadão só pode ser preso após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, pois se culpa é pressuposto de pena e esta só pode se dar após o trânsito em julgado (que ocorre após a análise da demanda pelo - STF, 283 CPP, 105, 164, 147 LEP), logo está bem claro que a execução da pena só pode se iniciar a partir de então. Princípios são dotados de abstração e generalidade e se prestam a conferir otimização na interpretação, o que não é a hipótese, pois a prisão somente pode ocorrer após o trânsito em julgado.

Os efeitos secundários e extrapenais nunca foram mais importantes que a liberdade, como parece querer inferir o ministro Barroso, ao dizer que não fere a presunção de inocência a prisão antes do trânsito em julgado em razão de esses citados efeitos apenas poderem ser produzidos após o trânsito em julgado da pena.

Quer dizer então que o mais gravoso pode acontecer (privação da liberdade) mas o menos grave (efeitos extrapenais e secundários da pena) não? Um tanto quanto pitoresco tal argumento, tendo em vista o momento de proteção de direitos fundamentais em que nos encontramos(séc.XXI).

A execução da pena após o julgamento do Resp. porque trata de questões amplas de uniformização de jurisprudência, ao passo que o requisito da repercussão geral dificultou o acesso ao STF, também não é plausível, uma vez que a transcendência (elemento da repercussão geral) no RE imposto a partir da EC nº 45/04, significa que o interpoente do recurso deve demonstra que a questão da demanda não incidirá apenas a si, mas também a outros caso, pois várias pessoas também pleiteiam nesse sentido.

²⁴⁹ ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 27-60.

Isso nos leva à ideia de processo objetivo, e não apenas subjetivo (efeito inter partes), o que reafirma seu caráter de instrumento de concessão de eficácia *erga omnes* via controle judicial difuso de constitucionalidade, e sua obrigatoriedade de análise da demanda, no caso de condenação, pelo STF, pois pode ser que outras pessoas, através dessa decisão, venham a ser, também, impactadas, importando em sua absolvição ou concessão de situação jurídica mais favorável.

Não há que se falar em ocorrência de mutação constitucional, pois os anseios sociais, e esse é fundamento da mutação constitucional, só podem ser usados para ampliar direitos fundamentais, nunca para suprimi-los.

Todos nós sabemos que não existe direito fundamental absoluto. Segundo penso o único que existe é o de não ser torturado. A presunção de inocência, por seu turno, não é direito fundamental absoluto (art.5º, inc. LVII CF), e é mitigada. Porém existem situações específicas para isso, pois in matéria, estar-se a se tratar do direito fundamental a liberdade.

Sendo assim, o momento que o legislador entendeu por mitigar tal direito fundamental (liberdade) foi o do art. 283 CPP – prisões cautelares no curso da investigação e do processo, e trânsito em julgado – 105, 164 e 147 LEP, não sendo plausível o STF permitir a execução antecipada da pena sob esse argumento, pois o legislador já elegeu as situações em que a presunção de inocência será mitigada, conforme acima exposto.

A presunção de inocência não deve ganhar peso menor a medida que a investigação e o processo penal avança como afirma o Ministro Gilmar. Pelo contrário. Ela deve se conservar até o trânsito em julgado para que juízos precipitados não venham a restringir sua defesa, implicando em antecipação de culpa como acontecia no idade média.

Retrocesso e proteção insatisfatória de direitos fundamentais foi o que o Supremo fez com essa decisão. Permitir a execução antecipada da pena, ferindo a cláusula pétrea (art.60, §4º, inc. IV) disposta no art. 5º, inc. LII da CF. Na verdade, “a vedação ao retrocesso serve de balizamento para que as liberdades fundamentais individuais não sejam diminuídas, especialmente por quem detenha apenas o poder constituído”²⁵⁰, no caso, (STF).

Com essa decisão da execução antecipada da pena, o STF ao invés de vedar o

²⁵⁰ Texto. JOTA-UOL. Execução Provisória – Causa para Corte Interamericana de Direitos Humanos? Publicado em 20 de fevereiro de 2016.

retrocesso, pelo contrário, o permitiu, fazendo com que um direito fundamental fosse diminuído, suprimido.

Direito fundamental da sociedade em ver a ordem penal aplicada? Isso é direito fundamental? O que é ordem penal? O que é isso? Isso existe? Direito penal combate crime? Será se isso não é um papel das políticas públicas?

“Clamor social”, “a sociedade não aceita mais a presunção de inocência”, “impunidade”, “expectativa mínima de justiça”, “descrédito social”, “estímulo ao cometimento de crimes”, “prisão como exigência de ordem pública”, “credibilidade do poder judiciário e do sistema penal”, “nem todos tem dinheiro para pagar advogados a fim de interpirem tantos recursos e levarem o processo à prescrição”, “efetividade da lei penal” são argumentos para derrubar um direito fundamental (clausula pétrea)? Parece que não...

Friedrich Nietzsche, em sua obra: “A genealogia da moral”, revela que o “malfeitor” não é castigado por ser julgado responsável por seu ato, mas sim para que o dano por ele praticado seja retribuído em forma de dor, afim de que seja compensado e equivalente ao dano sofrido pelo outro²⁵¹.

E então vem o seguinte questionamento: será que o dano e a dor se equivalem? O dano sofrido é reparável com a dor do próximo? Isso não seria apenas uma forma de se vingar? Não existem outras formas de combater o mal? Combate-se o mal com o mal?²⁵²

Já que essas pessoas que nunca foram para a prisão, ou que “nunca” (?) cometeram crimes, se julgam tão boas e mesmo assim desejam punições severas para as pessoas que já cometeram crimes, quanto sangue e quanto horror repousam no fundo de todas as “pessoas/coisas boas”!²⁵³

De que importam tais argumentos para um jurista? Ou melhor, para um Ministro da Suprema Corte?

Nós possuímos um limite de sentido, um limite de cognição. E esse limite é o bloco de constitucionalidade, composto dos artigos 1º ao 250 da CF; Atos das Disposições

²⁵¹ NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da moral. São Paulo: ESCALA, 2007. p.60-61.

²⁵² NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da moral. São Paulo: ESCALA, 2007. p.60-61.

²⁵³ NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da moral. São Paulo: ESCALA, 2007. p.60-61.

Constitucionais e Transitórias; Emendas à Constituição; Princípios expressos e implícitos; Tratados de direitos humanos aprovados com quórum de emenda à constituição (art.5º, §3º) após a emenda constitucional nº 45/04, que passam a ter status de norma constitucional (EC), Súmulas Vinculantes; Súmulas; preâmbulo como diretriz hermenêutica; Tratados de direitos humanos aprovados sem o referido quórum, após a EC nº 45/04 que passam a ter status de norma supra legal; Tratados aprovados, que passam a ter vigência de lei ordinária; Tratados de direito tributário, que passam a ter status de lei complementar; leis infraconstitucionais, princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade como elementos de integração do direito.

A partir desses limites (leia-se, parâmetros) o magistrado exerce a hermenêutica jurídica, explorando-se então, métodos interpretativos, devendo sempre se atentar à imposição feita pelo art. 93, IX da CF, que se refere ao dever de motivação das decisões judiciais.

A constituição não é campo para se fazer juízos éticos e morais do tipo “a execução antecipada da pena é medida eficaz ao combate à corrupção, ao crime”, “é medida eficaz a impedir que advogados interponham recursos com fins protelatórios”, “é medida eficaz ao combate à impunidade”, “o clamor social deve ser acolhido”, “no final das contas poucas pessoas são absolvidas”, “temos muito trabalho! Por isso vamos executar logo a pena, antecipadamente” etc.

A moral é um conjunto de valores arraigados no seio de dada sociedade/povo, e a moral brasileira (voluntas generales de Voltaire, por meio de nossos representantes eleitos²⁵⁴) encontra-se positivada nos diplomas normativos acima referenciados, sendo passíveis de integração, desde que esta seja extraída desse mesmo ordenamento jurídico. Não pode um único indivíduo, adotando sua própria moral, aplicar seu próprio sentido do que é execução da pena e de quando ela pode ser feita.

²⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Note que não se está a defender aqui o retorno à escola da exegese, do juiz boca da lei, como podem muitos críticos virem a querer inferir. O que se está aqui a afirmar é que o juiz ou magistrado (2º instância, Ministros dos Tribunais Superiores e da Suprema Corte) deve emitir sua decisão judicial com base em parâmetros e limites de sentido, sendo que inclusive, nas situações em que o juiz está autorizado a lançar mão do mecanismo da equidade, em razão da falta de norma material para o caso, tal como deve fazer na situação dos art. 1694, §1º²⁵⁵, do CC (direito a alimentos) ou do art. 868²⁵⁶ da CLT, que permitem o juiz concretizar a norma em branco, criando e não declarando o direito, ainda assim, deve limitar-se a extrair do ordenamento jurídico a norma de equidade pertinente²⁵⁷.

Igualmente, se dá nos casos de existir lacuna na lei, onde ocorre integração da norma com base na analogia e nos princípios gerais de direito²⁵⁸.

Quanto ao problema do super poder dado ao Supremo Tribunal Federal, havendo ou não solução para o problema, uma coisa, pelo menos é certa. Se um legislador, que é a autoridade competente para criar leis e emendas à constituição, não pode suprimir direito fundamental por meio do processo legislativo em razão do impedimento que lhe é imposto (art.60, §4º, inciso IV, cláusulas pétreas, c/c art. 5º inciso LVII CF/88), quanto mais um Ministro da Suprema Corte que, também, exerce a sua função constitucional de dizer o direito devido ao fato de sua competência ter sido extraída do próprio texto constitucional sobre o qual

²⁵⁵ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

²⁵⁶ Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

²⁵⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p.319-320.

²⁵⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p.319-320.

desenvolve a hermenêutica constitucional, texto este editado/legiferado, obviamente, pelo Parlamento (constituente originário).

Rui Barbosa já disse que numa constituição em que se estabelece delimitação de autoridade para cada um do Poderes do Estado, é claro que estes não podem ultrapassar essa autoridade sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade²⁵⁹.

Todo o Poder emana do Povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, como diz o art. 1º, § único da CF, e não do Supremo Tribunal Federal²⁶⁰.

É como diz um professor que tive ao longo da graduação: “Esse é o Supremo Tribunal Federal. Cada dia mais Supremo! Não sei se mais Tribunal...”²⁶¹.

É claro que, sem dúvida, a prevenção e repressão dos crimes interessam à sociedades. Mas não se pode permitir que o direito penal perca sua cientificidade e se transforme em mero instrumento de dominação²⁶².

A constituinte de 88 já estabeleceu no corpo da nossa lei maior os artigos 5º, inciso LVII²⁶³ e LIV²⁶⁴, LV²⁶⁵, e 2º²⁶⁶, não sendo possível modifica-los por serem cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV²⁶⁷), salvo se fosse possível voltar no tempo para que a constituinte reformulasse tais dispositivos, ou na eventualidade de um Golpe de Estado/Militar.

Como bem disse o Ministro Marco Aurélio: “É esse o preço a ser pago por se viver em um Estado Democrático de Direito”²⁶⁸. Ou seja, doa a quem doer... os direitos fundamentais devem ser respeitado!

²⁵⁹ BARBOSA, apud, FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1004.

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, 20 ago. 2016.

²⁶¹ Ideia exposta em aula, administrativo II, professor Mauricio Muriack. 2º semestre de 2016.

²⁶² GALVÃO, Fernando. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.129-130.

²⁶³ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁶⁴ Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

²⁶⁵ “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”.

²⁶⁶ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁶⁷ “§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, IV- os direitos e garantias individuais”.

²⁶⁸

stf.jus.br.<Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287702&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Destarte, a execução antecipada da pena, como se depreende dos argumentos ante expostos, não guarda compatibilidade com a ordem constitucional e infraconstitucional, e viola os artigos 5º, inciso LIV, LVII, LV, e 2º (cláusulas pétreas- art.60, §4º, inciso IV) todos da CRFB/88 e 105, 147, 164 da LEP e 283 do CPP.

REFERENCIAS

ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ARRUDA, Fabiana dos Santos. Congresso Internacional de História, A dimensão pastoral do IV concílio de latrão. set.2011.

(ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458 citados no voto do Ministro Barroso).

BARBOSA,1985 apud, ALVES BENTO, Ricardo. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 22.

BARBOSA, apud, FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2013.

BECCARIA, Cessare. Dos Delitos e da Penas. São Paulo: Afiliada, 2004.

Bíblia Sagrada. Livro de Oséias capitulo 4 versículo 6.

BOTTINI, Pierpaolo. Direito de Defesa - A prisão temporária merece críticas considerações. Consultor Jurídico, ago. 2011.

DA SILVERA COUCEIRO, Júlio Cezar. A coisa julgada e o novo código de processo civil. Jusbrasil, ago. 2017.

FERREIRA MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo:2013.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão.4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 20 ed. São Paulo: Vozes,1999.

Brasil Escola, Disponível em:< <http://brasilecola.uol.com.br/historiag/roma-periodo-republicano.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

FREDERICO MARQUES, José. Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV. Millenium. São Paulo: 2009.p.43.

Fundação Getúlio Vargas (BOTTINO, Thiago - coordenador do curso)) DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade - CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.p.10.

GALVÃO, Fernando. Política Criminal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.127.

GONÇALVES, Rainer. Tribunal de Nuremberg. História do Mundo. UOL. Set.. 2015.

Human rights. Disponível em:< <http://br.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/>>.

Ideia exposta em aula, processo penal III, de autoria do professor Marcus Vinicius Reis Bastos. 2º semestre de 2016.

Ideia exposta em aula, Legislação penal extravagante, professor Fernando Parente. 2º semestre de 2016.

Ideia exposta em aula, administrativo II, professor Mauricio Muriack. 2º semestre de 2016.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. Hc 68.726/DF. Plenário. Brasília, 28 de junho de 1991, DJe 11 de outubro de 1991.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus. HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º DA CF. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, CF. HC 84.078 – MG. Plenário. Brasília, 05 de fevereiro de 2009, DJe 26 de fevereiro de 2010.

LAURIA TUCCI, Rogério, Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Jusbrasil. A coisa julgada e o novo código de processo civil brasileiro, Disponível em: Acesso em: 02 ago. 2017. LEITE, Gisele e HEUSELER, Denise. A coisa julgada e o novo código de processo civil. Jusbrasil, ago. 2011.

Jus.com.br e Supremo Tribunal Federal. Resolução sobre união de pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo CNJ. O STF e a união homo afetiva. Ago. 2017 e maio. 2011, respectivamente.

José Carlos Veloso Filho. Ideia exposta em aula. Processo Penal. 1º semestre de 2016.

KARAM TRINDADE, André. STRECK, Lenio Luiz. O lado oculto dos números da presunção de inocência. Consultor Jurídico, ago. 2017.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÚCIA KARAM, Maria. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Vol.6. Rio de Janeiro: 2009.

LEITE, Gisele e HEUSELER, Denise. A coisa julgada e o novo código de processo civil. Jusbrasil, mar. 2015.

Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, dez. 2014.

MIRABETE, Fabbrini Júlio. Execução Penal. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da moral. São Paulo: ESCALA, 2007. p.60-61.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

PACELLLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEDRO, João, Professor UNICEUB, Direito das Sucessões, 1º semestre de 2017. Ideia exposta em aula.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

PISANI, Mario, apud, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

Poderonline. Disponível em: < <http://poderonline.ig.com.br/index.php/2010/09/22/o-que-e-o-salto-triplo-carpado-hermeneutico-do-presidente-stf-cezar-peluso/> >. Acesso em: 17 ago. 2017.

QUEIROZ, Paulo. Execução provisória da sentença e garantismo. Texto de sua autoria.

REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13, p. 2, e aulas expositivas em no 2º semestre de 2016.

REIS BASTOS, Marcos Vinicius. Texto de sua autoria. Execução Penal. Aula 13, Texto Aula 17.

ROBERTO BARROSO, Luís. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, José Carlos Daumas, apud, NUCCI. Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13.ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 984.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. Processo Penal Constitucional. 6.ed. São Paulo: 2010.

SWENSSON, Walter, apud, NUCCI. Guilherme de Souza. Manuela de Processo Penal e Execução Penal. 13.ed. São Paulo: Forense, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? Consultor Jurídico, ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o Bullying interpretativo no Brasil. Consultor Jurídico, jun. 2012.

stf.jus.br.<Disponível.em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287702&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Texto. JOTA-UOL. Execução Provisória – Causa para Corte Interamericana de Direitos Humanos? Publicado em 20 de fevereiro de 2016.

Texto. DWORKING, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

Texto. Os problema da decisão do STF sobre execução provisória da pena – JOTA- UOL. Publicado em 18.02.2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. Processo Penal. 35.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

VINÍCIUS REIS BASTOS, Marcos. Professor UNICEUB, Direito Processual Penal III, Ideia exposta em aula. 2 semestre de 2016.





