

A FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bruno Teixeira Lins¹

José Eduardo de Santana Macêdo²

Direito



**cadernos de
graduação**

ciências humanas e sociais

ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

A aplicação renovada de entendimentos na execução da pena no âmbito do processo penal constitucional vem propiciando a edição de novas jurisprudências por parte do Supremo Tribunal Federal, admitindo que o cerceamento da liberdade do indivíduo ocorra antes do trânsito em julgado em definitivo da sentença penal. Diante disso, o presente estudo propõe uma análise sobre os entendimentos do STF acerca da constitucionalidade da execução da pena logo após o julgamento em duplo grau de jurisdição, seguido pela averiguação da hermenêutica utilizada, não verificando uma superinterpretação dessa Corte Suprema sobre a noção de “trânsito em julgado” e estabelecendo em seguida, uma fundamentação legal e jurisfilosófica para determinar que a privação de liberdade poderá se dar logo após condenação em segunda instância com o intuito de preservar a finalidade preventiva da sanção penal. Por fim, será utilizada a doutrina para justificar que, apesar de haver uma flexibilização, ou relativização do princípio da não-culpabilidade, esta é justa pois está de acordo com a teoria de Robert Alexy dos princípios constitucionais poderem ser satisfeitos em graus variáveis e com a característica dos direitos fundamentais de não serem absolutos. Será utilizada como fundamentação teórica para essa pesquisa as jurisprudências do STF, a doutrina jurídica, a opinião de advogados renomados e um pouco da filosofia jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal. Princípio da Presunção de Inocência. Trânsito em Julgado. Culpabilidade. Sanção Penal.

ABSTRACT

After the evolution of the constitutional criminal procedure, it is necessary to analyze the new jurisprudence of the Supreme Federal Court (SFC) in the consonant to admit that the restriction of the freedom of the individual occurs before the final decision of the criminal sentence. Therefore, the present study proposes an analysis of the SFC understandings about the constitutionality of the execution of the sentence soon after the double degree of jurisdiction, followed by the investigation of the hermeneutics used, not verifying a superinterpretation of that court on the notion of "res judicata" and then establishes a legal and jurisprudential basis to determine that deprivation of liberty may occur immediately after conviction in a second instance in order to preserve the preventive purpose of the criminal sanction. Finally, the doctrine will be used to justify that, although there is a relaxation or relativization of the principle of non-guilt principle, this is fair because it is in accordance with Robert Alexy's theory that constitutional principles can be satisfied to varying degrees and with the characteristic of fundamental rights not to be absolute. The SFC jurisprudence, the legal doctrine, the opinion of renowned lawyers, and a little of the legal philosophy will be used as theoretical basis for this research.

KEYWORDS

Supreme Federal Court. Presumption of Innocence Principle. Res judicata. Guilt. Criminal Penalty.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa averiguar se há uma flexibilização do princípio da não-culpabilidade diante do entendimento do STF esposado no Acórdão do HC 126.292, e conseqüentemente nos julgamentos do julgamento dos ADC 43/44 e no recente HC 152.752, o quais sustentaram a tese estabelecida por esse Colegiado de que seria constitucional a execução da pena privativa de liberdade antes de exaurida as instâncias recursais para reexame da sentença penal condenatória.

O debate trazido por esse estudo seria se o fato de, ao possibilitar a execução imediata da pena após a condenação em segunda instância, o Supremo Tribunal Federal estaria realizando uma nova hermenêutica que ultrapassa a norma constitucional, ou seja, estaria agindo como um legislador negativo e alterando a regra por meio do seu entendimento, o que seria, em tese, equivocado se considerados os princípios da hermenêutica constitucional, ou se realmente o poder constituinte originário admitiu essa execução imediata da pena e se admitiu como ela influenciaria a ideia de presunção de inocência trazida pelo texto constitucional.

Por se tratar de uma questão de grande relevância social, já que seu objeto de discussão é a possibilidade de retirar a liberdade de um indivíduo que ainda

não sofreu sanção definitiva, essa pesquisa trará duas formas de olhar essa possibilidade, a questão do “ser”, avaliando a constitucionalidade dessa prisão, no qual focará no lado exclusivamente jurídico do assunto e em seguida a questão do “dever ser”, na qual buscará na filosofia jurídica se seria mais eficaz socialmente a prisão poder ser cumprida antes do trânsito em julgado.

O debate acerca da possibilidade jurídica e eficácia social (*pro societas*) da perda da liberdade em decorrência de sentença quando ainda não exaurida a última possibilidade recursal e, portanto, ainda não transitada em julgado, é de extrema relevância social, tendo em vista que a liberdade do indivíduo é uma das características que o define como ser humano, sendo por isso um assunto difícil de se expressar a opinião, pois pode-se muito bem vir a condenar um inocente por não esperar o trânsito em julgado para iniciar a fase executória da punição e ao mesmo tempo, pode-se permitir a impunidade ou punição tardia de um culpado.

A importância jurídica dessa discussão é inquestionável, tendo em vista que o entendimento equivocado do Supremo Tribunal Federal pode constituir um desrespeito à norma instituída pelo poder constituinte originário, que detém poder de fato e de direito para inaugurar a ordem jurídica, sendo uma interpretação que mude o sentido de sua norma para algo não pretendido um atentado ao estado democrático de direito.

Constituem objetivos deste estudo, primeiramente, a análise dos julgamentos supracitados e dos argumentos dos integrantes do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da prisão logo após a condenação em segunda instância. Em seguida, será analisada se a hermenêutica utilizada para possibilitar esse tipo de cerceamento da liberdade está de acordo com os princípios hermenêuticos constitucionais, seguida de uma análise jurídica e juris-filosófica acerca desse tipo de restrição da liberdade e, por último, como a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado afeta o princípio da presunção da inocência, se ele o nega totalmente, se simplesmente o relativiza ou se não o afeta.

A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, onde foram analisados os acórdãos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, além da opinião de doutrinadores e teorias da filosofia jurídica sobre a finalidade da pena.

2 DOS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO

Nos primeiros 10 anos da promulgação da constituição cidadã, o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal sempre foi o de que era constitucional que se executasse a pena logo após sentença proferida em grau recursal, mesmo que ainda houvesse cabimento de recurso especial e/ou extraordinário, porém, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, que se originou como meio recursal de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2004, a tese sempre sustentada pelo Ministro Marco Aurélio foi apreciada pelo Pleno do Tribunal, nas palavras de Gilmar Mendes (2016, p. 2):

Por maioria, em julgamento concluído em 5.2.2009, o Pleno do STF afirmou que a prisão somente ocorre após o trânsito

em julgado da decisão condenatória. Uma ordem de prisão anterior teria caráter cautelar e, em consequência, teria que ser demonstrada sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade.

O que foi defendido nesse julgamento foi que ao se admitir a execução da sentença logo após o julgamento do recurso de apelação, estaria sendo feita uma restrição ilegítima do princípio da ampla defesa, que deveria estar presente em todas as fases processuais, não sendo possível, então, a prisão no decorrer do processo, senão em título cautelar.

Ficou assim definido que se deveria esperar a sentença definitiva para que pudesse iniciar a execução da pena. Porém, em 2016, esse entendimento viria a mudar no sentido de declarar constitucional que a execução da pena se desse quando ainda houvesse cabimento de recurso especial ou extraordinário ao processo.

No acórdão do HC 126.292, foi defendida pelo relator, Teori Zavascki (2016, p. 9-10) a ideia de que a prisão após o julgamento de apelação seria uma relativização justificável da presunção da inocência, pois, segundo o acórdão, as instâncias extraordinárias não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, pois não seria avaliada matéria fática probatória, sendo assim, seria justificável a relativização e até inversão da presunção da inocência.

O argumento defendido pelo relator foi de que, devido ao caráter especial ou mesmo extraordinário dos recursos para tribunais superiores, seria possível que aquele que foi condenado por tribunal de apelação cumprisse de imediato a pena imposta.

Contra isso, o Ministro-Presidente Ricardo Lewandowski (2016, p. 98) reafirmou que o Código de Processo Penal, admitindo o caráter não suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, o art. 5º, LVII da Constituição Federal é claro no sentido de impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado. No entendimento do Ministro, o dispositivo constitucional analisado tem natureza taxativa, não cabendo assim interpretação extensiva ou ampliativa quando afirma que a não-culpabilidade persiste até o trânsito em julgado da sentença e sustenta que apesar de que se tenha de voltar à escola da exegese, deve-se respeitar o que garante o texto constitucional.

Apesar disso, restou vencido no julgamento, sendo retomado o entendimento do Tribunal anterior a 2009, de que é constitucional que haja a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No sentido de forçar o STF a mudar seu posicionamento, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram um Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que traz o seguinte:

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. (BRASIL, 1941, [s.p.]).

Na petição impetrada pela Ordem dos advogados do Brasil (OAB), afirma-se que deve ser declarada a constitucionalidade do artigo supracitado por se tratar de uma representação de natureza infraconstitucional do art. 5º, LVII e LXI, da CF/88, não podendo ser declarado inconstitucional, pois a teoria defendida por Otto Bachof sobre a existência de normas constitucionais inconstitucionais nunca foi defendida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, afirma o Autor na petição:

Se essa Suprema Corte rejeita a tese de Bachof, negando a existência de normas constitucionais inconstitucionais, disso resulta a seguinte conclusão, por derivação lógica: caso uma norma infraconstitucional reproduza, repita, copie o teor de uma norma constitucional, então o que se verificará é sua constitucionalidade espelhada. (BACHOF, 2016, p. 11, grifo dos autores).

Porém, o STF, no julgamento da medida cautelar do ADC 44, persistiu com o entendimento firmado no HC 126.292, no sentido de que é constitucional a prisão antes do trânsito em julgado e que o art. 283 é também constitucional, porém deve ser interpretado de acordo com a Constituição. Sobre isso, vale ressalva ao voto do Ministro Edson Fachin (2016, p. 48), o qual entendeu pela constitucionalidade do referido artigo do Código de Processo Penal (CPP), porém que este deve ser interpretado conforme a Constituição, permitindo então o início da execução da pena após o julgamento nas instâncias ordinárias, salvo o caso de atribuição de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Por fim, a discussão foi retomada devido ao repercutido HC 152.752, que teve como paciente o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, no julgamento, no qual foi mantida a tese defendida pelo Tribunal nos últimos dois julgamentos. A questão que agora deve ser analisada é se o Supremo, ao manter por 23 anos (1988-2009; 2016-presente) a teoria de que é constitucional a prisão logo após julgamento em sede recursal, está cometendo um abuso no tocante a hermenêutica constitucional e afirmando que o princípio da não-culpabilidade, consagrado como cláusula pétrea da CF/88 somente se aplicaria até a segunda instância.

3 DOS LIMITES HERMENÊUTICOS DO SUPREMO

O Supremo Tribunal Federal na sua missão instituída pelos Constituintes de 1988 foi alçado à condição de órgão maior responsável pela guarda da Constituição, ou seja, aquele capaz de julgar as normas em sede de controle concentrado e que é a *ultima ratio* da hermenêutica constitucional. Porém, apesar de tudo isso, ainda se encontra limitado pelas normas do constituinte originário. Ao exercer seu papel hermenêutico, o Supremo entendeu como constitucional a prisão após a condenação em grau de apelação, o que não guarda conformidade de convalidação de sua posição, à exemplo da posição de Emilio Peluso Neder Meyer (2016, s/p.):

A Constituição expressamente estabelece uma exigência para afastamento do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade: que haja o trânsito em julgado da decisão. Não há possibilidade de trânsito em julgado sem que recursos aviados para os tribunais superiores sejam decididos. Ainda que se pense em uma divisão da sentença ou acórdão condenatórios em capítulos, cuidar-se-ia de “excesso interpretativo”, uma ginástica para que se pudesse alcançar um Estado ainda mais punitivo.

O conteúdo do art. 5º, LVII da CF/88, sendo tão claro ao afirmar essa exigência para a presunção da inocência ser afastada, como o STF pôde entender no sentido de que é possível que ele seja afastado anteriormente? O Ministro Gilmar Mendes (2016, p. 7-8) ao se posicionar defende a ideia de que sempre estará presente o princípio da presunção da inocência, mas que, conforme o julgamento avança nas instâncias judiciais a culpa irá sendo provada, podendo então, o Poder Judiciário, tratá-lo de forma diferenciada.

Defende o Ministro que a presunção da inocência não impede os efeitos da condenação antes do trânsito em julgado, como a perda da elegibilidade, sendo assim, o cumprimento da pena antes da avaliação do recurso também não lhe parece negar a ideia de não-culpabilidade. Cabe depreender, então, que a presunção da inocência, no entendimento de citado Ministro, não seria afastada em momento algum. Ela simplesmente seria relativizada conforme a culpabilidade fosse sendo provada ou mesmo ratificada.

Se tratando de uma norma proveniente do poder constituinte originário, é oportuno utilizar a ideia do direito comparado para delimitar a sua interpretação. O Ministro Teori Zavascki utiliza disso no julgamento do HC 126.292 para sustentar seu entendimento sobre a possibilidade constitucional da prisão logo após julgamento em segunda instância, nas palavras dele:

Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “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”. (ZAVASCKI, 2016, p. 12).

Na pesquisa de autoria de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, trazida pelo Ministro Zavascki (2106, p. 12-15), o princípio da presunção da inocência possui força normativa nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra, dos Estados Unidos, do Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina e em todos esses países há previsão expressa para que haja a possibilidade da execução da pena ainda que haja possibilidade recursal, mesmo com os respectivos ordenamentos, prevendo o princípio da presunção de inocência.

Em contrapartida, o Conselho Federal da OAB, na petição de ADC do art. 283 do CPP, afirmou que, no julgamento do HC 126.292, Zavascki esqueceu de relatar

que a nenhuma das constituições desses países traz o princípio da presunção da inocência como a nossa, explanando ainda “O que fazer se a nossa Constituição é mais garantista e garantidora que as outras?” (2016, p. 4). Porém, cabe lembrar que a ideia do direito comparado é de grande relevância para interpretar o texto constitucional, não devendo ser descartada a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado não afetar a presunção de inocência simplesmente pelas diferentes redações dos textos constitucionais.

O último ponto que deve ser abordado é acerca da possibilidade de ter havido uma superinterpretação do STF quanto ao que seria o trânsito em julgado. A ideia que é debatida aqui é se o Supremo, ao definir que a prisão possa ocorrer logo após julgamento em segunda instância, estaria reformulando o conceito de trânsito em julgado do art. 5, LVII, da CF/88, que afirma: “Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

O Conselho Federal da OAB (2016, p. 16) afirmou na sua petição que:

Em suma, ao redefinir a expressão “trânsito em julgado”, essa Suprema Corte não apenas ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional, como lhe **esvaziou seu sentido originário**, ou mais primitivo, na medida que segundo a interpretação proposta pelo ministro Teori Zavascki – e vencedora no plenário do tribunal – **“trânsito em julgado” se converteu, precisamente, em “não-trânsito em julgado”**. (Grifo dos autores).

Porém, ressalta-se que a manifestação do Supremo querer dar um novo significado a esse termo como algo que padece de lógica. A ideia de trânsito em julgado é algo já definido e certo, um conceito jurídico imutável e a hermenêutica utilizada pelo STF no HC 126. 292 não visou, em momento nenhum, modificar a definição do que seria o trânsito em julgado, mas sim admitir que a execução da pena ocorresse antes do trânsito em julgado. Pedro Lenza (2016, p. 162) nos ensina que “onde não existir dúvida, não caberá ao exegeta interpretar”, ou seja, nunca coube à Suprema Corte o trabalho de reavaliar o conceito de trânsito em julgado.

Pode-se concluir que o entendimento do STF não buscou afirmar que o princípio da presunção da inocência se limitaria até o julgamento em sede de apelação, mas que ele persistiria por todo processo, só que conforme for sendo provada a culpabilidade, o Poder Judiciário poderá tratar o réu de forma diferente. Assim como é equivocado afirmar que o Supremo buscou redefinir a ideia de “trânsito em julgado”, pois é uma expressão que não necessita interpretação, sendo a hermenêutica limitada à ideia da execução da pena antes do trânsito como afronta ou não ao texto constitucional. Por fim, afirma-se que é importante para a interpretação de norma constitucional a ideia do direito comparado, até se não houver homogeneidade entre os textos constitucionais.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Nessa parte do estudo, será analisada a constitucionalidade da prisão logo após condenação em grau recursal de apelação, tendo em vista a legislação ordinária e o respeito ao texto constitucional. Primeiramente, existe norma de natureza infraconstitucional para fundamentar a prisão antes do trânsito em julgado e essa seria o art. 637 do Código de Processo Penal, que está presente em todas as sustentações dos Ministros do Supremo que, até o presente momento, defendem a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado. O supracitado artigo afirma o seguinte: "Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença" (BRASIL, 1941, [s.p.]).

O que se verifica nesse artigo é que o recurso de natureza especial ou extraordinária, ou seja, aqueles destinados a tribunais superiores, não possuem, em regra, efeito suspensivo. Segundo Daniel Assumpção (2017, p. 1567-1568), o efeito suspensivo se trata de a impossibilidade da decisão gerar algum efeito enquanto não for julgado o recurso, ou seja, não seria simplesmente o impedimento da execução, mas a impossibilidade daquela decisão judicial gerar qualquer efeito.

Ao ser manejado determinado recurso, demonstrando inconformismo com o decisor de piso, pleiteando a sua recepção com atribuição de efeito suspensivo, aquela decisão impugnada terá seus efeitos suspensos até futuro julgamento. Sendo assim, o citado artigo 637 do CPP, ao afirmar que os recursos de natureza extraordinária não possuem, em regra, efeito suspensivo, estaria afirmando que aquela decisão gerada em tribunal de apelação geraria seus efeitos imediatos.

O Ministro Edson Fachin (2016, p.5), no julgamento do HC 133.387 confirmou seu entendimento acerca do efeito suspensivo do recurso de natureza extraordinária, já proferido no julgamento do HC 126.292. Na ocasião afirmou ele que a atribuição de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária no âmbito penal é excepcional, pois com o advento do novo Código de Processo Civil, este passou a regular os recursos também no âmbito do processo penal.

Segundo o voto do ministro, o Novo CPC confirmou a redação do art. 637 do CPP. Porém esse entendimento de que o fundamento da possibilidade da execução da pena está na legislação infraconstitucional é, para alguns doutrinadores, uma afronta ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Vale ressaltar aqui a o entendimento de Lenio Streck (2016, s/p) atribuído ao voto em questão:

Permito-me dizer que o raciocínio, como um todo, mereceria reparo. O equívoco maior pode estar na sua tese de fundo. E qual é esta? A da *prevalência do CPC em matéria de direitos de liberdade*. Não posso concordar. Nenhum processualista penal ou constitucionalista concordará com ela. Do voto, pode-se concluir que o 283 do CPP tem função quando,

excepcionalmente, com base no CPC, o Superior Tribunal de Justiça ou o STF concedem efeito suspensivo ao RE. Ao que se entende do que o ministro disse, o CPP (lei especial) teria sido alterado pelo CPC (lei geral e fonte subsidiária). Nem menos, nem mais. Mas, pergunto: em termos de antinomia, o critério cronológico não é fraco diante da especialidade? Talvez o julgador ministro Edson Fachin tenha sido traído pelo professor doutor Luiz Edson Fachin, brilhante catedrático de direito civil, ao tentar imprimir ao direito constitucional uma equivocada lógica privatista. Mas o assunto é de direito constitucional e trata da processualística relacionada às liberdades.

Em síntese, temos, pois, visões antitéticas: nossa tese, calcada na Constituição Federal e no artigo 283 do CPP, diz que não cabe execução provisória da pena, *em nenhuma hipótese*. Já a tese do ministro Fachin é: regra geral cabe prisão provisória; excepcionalmente, conforme o novo CPC, cabe um pedido de efeito suspensivo. Isto porque, para o ministro, *o CPC-2015 teria revogado o artigo 283 do CPP quando atribui ao RE e ao REsp tão somente efeito devolutivo*. Assim, procura escapar da discussão do espelhamento do artigo 283. Só que, neste caso, ele catapulta a discussão da Constituição Federal para a relação entre Códigos. Portanto, para o ilustre professor e ministro, trata-se de uma discussão meramente infraconstitucional.

A questão levantada pelo jurista é importante posto que não seria acertado fundamentar-se totalmente no efeito dos recursos para determinar que o cumprimento da pena se dê logo após julgamento da apelação. Há que se destacar e ser levado em consideração que o recurso só excepcionalmente possuiria o condão de suspender a decisão judicial do tribunal de segunda instância. Porém, para não se basear somente na legislação infraconstitucional, é mister analisar se há uma previsão constitucional para esse cerceamento da liberdade individual.

O princípio da presunção da inocência trazido no texto constitucional afirma, como já visto, que a condição para se declarar a culpabilidade do indivíduo é o trânsito em julgado da sentença, porém a CF não põe o trânsito em julgado como requisito para que haja a prisão do indivíduo, mas sim “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, na redação do art. 5º, LXI (BRASIL, 1988). Diferente do art. 283 do CPP, que afirma que a tal ordem deve decorrer de sentença transitada em julgado, nesse momento dever-se-ão analisar as normas de natureza constitucional já que não se admite no ordenamento jurídico pátrio norma que possa estar em dissintonia com a Lei Maior. É importante, então, diferenciar culpabilidade da possibilidade de prisão.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 436), a culpabilidade funciona como um fundamento para a punição estatal, é um juízo que atribui a responsabilidade penal a determinado indivíduo, se tratando da prova que o indivíduo cometeu o crime,

proveniente do princípio *nulla poena sine culpa*. Ou seja, em teoria, só pode haver pena quando a culpa for provada, porém, há casos excepcionais nos quais é possível cercear a liberdade do indivíduo legalmente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, denominadas de prisões processuais.

Assim, mesmo que o Código de Processo Penal afirme que a ordem de prisão deve decorrer de sentença transitada em julgado, a Constituição Federal não dá essa condição à ordem de prisão, tendo uma delimitação clara entre a ideia de culpa, que requer o trânsito em julgado da sentença penal e a possibilidade prisão, que a norma constitucional não afirma momento processual na qual ela pode ser espedida, ou seja, não há, no nosso entendimento, um impedimento constitucional à prisão logo após julgamento em tribunal de segunda instância, quanto ao art. 283 do CPP, segue-se o entendimento do Supremo no julgamento do ADC 43/44, no sentido de que este deve ser interpretado em conformidade com a CF/88.

Volta-se os olhos agora à questão de a eficácia da execução da pena ocorrer logo após o julgamento da apelação. Quando se pensa a ideia de eficácia, se liga muito a uma questão de utilidade da pena, no sentido de que seria mais efetivo atingir a finalidade desta se fosse realizada antes do demasiado tempo levado para que transitasse em julgado a sentença, assim compreendido como exaurida toda e qualquer possibilidade de manejo dos remédios processuais..

Uma questão a ser levada em conta aqui é o respeito ao devido processo legal. Com a evolução da cidadania e a primazia do exercício do poder pelo cidadão, delimitando de forma concreta e normativa o papel do Governo na sociedade, foi superada a ideia de um Estado totalmente punitivo, como aquele exposto por Immanuel Kant (2008, p. 205-206), quando afirma que:

A mera ideia de constituição civil entre seres humanos traz consigo o conceito de justiça punitiva pertencente à autoridade suprema. A única questão é ser ou não indiferente para o legislador quais tipos de punição são adotados, por quanto tempo se constituem medidas efetivas para a erradicação do crime (que viola a segurança que um Estado outorga a cada um na sua posse do que é seu), ou se o legislador deve ou não também levar em conta o respeito pela humanidade presente na pessoa do criminoso (isto é, respeito pela espécie) simplesmente com base em fundamentos de direito.

Com o advento do humanismo penal, superou-se a fase em que o Estado possuía um direito indiscriminado de punir e, buscando um princípio que seria conceituado no constitucionalismo de devido processo legal. Sobre esse princípio, Elpidio Donizetti (2017, p. 73) afirma que se trata de um preceito originário do processo, o qual gera os demais princípios processuais como o do contraditório e o da ampla defesa e incidiria não só no processo judicial, mas em toda ação do Estado em relação ao indivíduo.

O devido processo surgiu como forma de controlar o *ius puniendi* do Estado, de forma que estabelece requisitos que devem ser cumpridos para que possa haver a execução da pena, se tratando assim de um direito público do acusado. Aquele responsável por trazer à filosofia jurídica do direito criminal um lado mais humanizado foi Cesare Beccaria, ao falar sobre a importância de sua obra, Rogério Greco (2017, p. 58) afirma que:

A sociedade do século XVIII vivia numa situação de terror e desigualdades. O processo penal era inquisitivo, realizado secretamente, sem que o acusado tivesse conhecimento das provas que contra ele estavam sendo produzidas. A tortura era um meio oficial utilizado pelo Estado para obter a confissão daquele que se escolheu para ocupar o lugar de culpado. A confissão era compreendida como a rainha das provas. O réu, na verdade, era quase que obrigado a confessar, a fim de expiar sua culpa. Os juízes, principalmente na França, eram peças fracas e frágeis a serviço de um governo despótico. Sempre parciais, julgavam com desigualdade os processos que envolviam ricos e pobres. As penas eram indeterminadas, ou seja, ficavam ao alvedrio do julgador aplicá-las de acordo com a sua conveniência. As leis existentes eram confusas, de redação rebuscada, impedindo sua compreensão. Era permitido o uso da analogia para que se pudesse condenar alguém. Enfim, o caos reinou até que surgiram os pensadores iluministas, que se colocaram contra todo esse sistema, e Beccaria se transformou em um dos principais mentores de uma reforma que já se fazia tardia.

A relevância da obra do Marquês de Beccaria (2015, p. 53) para atingir a fase do garantismo penal constitucional é inquestionável. Seus ideais levaram a uma ideia de prisão humanizada, de que o condenado não perde sua natureza humana com a sentença definitiva. Ao tratar sobre o limite das penas, asseverou que os gritos daquele que sofreu o suplício não retirarão do passado o crime cometido, sendo assim, as penas possuem como finalidade única a preventiva.

Seus ensinamentos foram os precursores da ideia do devido processo legal, pois ele concedeu ao acusado do século XVIII um direito de resposta que era negado pelo soberano. Surge assim um prelúdio do que se conhece hoje como princípio do contraditório e da ampla defesa. Porém, vale ressaltar o seguinte:

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios de justificar-se, se lhe for possível; é preciso, porém, que esse tempo seja bem curto para não retardar demais o castigo, que deve seguir de perto crime, caso queira que esse castigo seja um freio útil contra os celerados. (BECCARIA, 2015, p. 47).

O que se observa é a necessidade da duração razoável do processo, no que concerne a entender como aplicação da celeridade da tramitação do processo penal, não a ponto de privar o acusado de sua defesa, mas, também, caso permita-se um suplício demasiadamente retardado, este não terá efeitos, ou seja, irá se tratar simplesmente de uma vingança pública pelo crime, visto que, devido ao tempo excessivo de duração da instrução e julgamento, não servirá mais para repercutir perante a sociedade o receio da eficácia do processo e do *ius puniendi* e nem tirar daquele que está sendo processado e acusado a vontade de voltar a delinquir.

Para que a sanção penal possa gerar seus efeitos àqueles que ela viria a afetar, é necessário que o apenado não se desligue do crime em razão de um lapso temporal demasiado. Sendo assim, pode-se ver como necessário para que a pena cumpra seu papel, que a execução dela seja feita logo após o julgamento em tribunal de segunda instância, tendo em vista que com o decorrer do processo penal será provada a culpabilidade do acusado, ainda será preservado seu direito ao contraditório, à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, conseqüentemente.

5 DA FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No decorrer do estudo, foram dadas sustentações suficientes para defender que seja possível que a execução da pena ocorra logo após julgamento em segunda instância, mesmo que ainda fosse cabível recurso especial ou extraordinário ao processo, porém, ao afirmar que é condizente com o texto constitucional que ocorra esse tipo de pena, não significa que ele não é impactante sobre o princípio da presunção da inocência.

Primeiramente, o que se entende por presunção da inocência, ou princípio da não-culpabilidade, segundo os ensinamentos de Izimar Cunha (2017, p. 37, on-line) é que a inocência é o estado natural dos indivíduos, portanto esse princípio advém ao mundo jurídico para, por meio da força normativa, obrigar àquele que acusa provar a culpabilidade do réu pelo devido processo legal.

No entendimento de alguns, o princípio da não-culpabilidade, ou presunção de inocência, é tão absoluto de modo que a simples inversão do ônus da prova no processo penal configura uma violação à norma constitucional. Sobre isso, vale ressalva de que:

É a acusação (Ministério Público ou querelante) que, ao provar o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias jurídicas relevantes, ilidirá a alegação, sem fundamento, propalada pelo réu. Transferir o ônus da prova no tocante à legítima defesa... ou a qualquer outra excludente de ilicitude ou culpabilidade é negar vigência ao preceito constitucional, e à lei (artigo 386, VI, *in fine*, do CPP), pois não se conseguindo produzir esta prova, presumir-se-ia a culpa (em sentido *lato*). Teríamos, então, uma situação inusitada, qual seja: haveria Presunção de Inocência se o réu se calasse por completo, nada dizendo. Mas, se, monossilabicamente, alegasse uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade,

transferir-se-lhe-ia o ônus da prova e, então, desmoronaria a Presunção de Inocência (princípio constitucional). Diga-se de passagem, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art.5º, LV, CRFB/88), viraria letra morta, pois seria mais vantajoso ao réu não se defender. (MIRZA, 2016, p. 10-11).

Porém, ver o princípio da presunção da inocência como algo tão inviolável (ou tão frágil), que a simples inversão do ônus da prova o anularia, é ignorar o fato de que ele também constitui um direito fundamental constitucional, ou seja, é sempre passível de limitações. Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p. 134) explanam que a ideia de um direito absoluto é de difícil aceitação, pois deriva de uma corrente extremamente jus-naturalista que não predomina mais na doutrina, então entende-se que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando enfrentam outros valores constitucionais.

O princípio da presunção da inocência não configura exceção à regra aqui levantada, uma vez em conflito com outra norma é passível de sofrer limitações por meio da ponderação. Robert Alexy (2008, p. 90-91), afirma que os princípios são caracterizados como mandados de otimização, ou seja, eles deveriam ser satisfeitos na maior medida do possível de acordo com as possibilidades jurídicas, não tendo que haver a supressão total de um princípio em favor do outro em caso de colisão. O que se pode aplicar dessa teoria neste estudo é a característica do princípio da presunção de inocência poder ser satisfeito em graus variáveis, não sendo totalmente descartado caso haja a inversão do ônus da prova no processo penal, nem se houver a prisão logo após a condenação em tribunal de apelação.

Este estudo defende que, por ter natureza principiológica, a presunção de inocência não seria totalmente afastada em caso de prisão após julgamento nas instâncias ordinárias, pois ela em momento nenhum afirma que se deve tratar o acusado igualmente durante todo processo penal, seguindo o pensamento de Gilmar Mendes "Conforme... a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado" (2016, p. 11).

Assim, o que haveria não seria um desrespeito ao princípio da não-culpabilidade, mas sim a flexibilização desse diante do início da demonstração da culpa após condenado o réu pelas instâncias ordinárias, ou seja, o princípio continuaria a existir no processo penal, mas seria diminuído seu alcance de modo que possibilitasse que a pena seja executada antes do trânsito em julgado e essa relativização dada a ele estaria de acordo com a característica dos direitos fundamentais de não serem absolutos, também à questão dos princípios poderem ser satisfeitos em graus variáveis.

Conclui-se, então que há uma flexibilização da presunção da inocência, não um desrespeito total e esta seria justa de modo que possibilitaria a pena a cumprir sua finalidade jurídica preventiva, preservando assim a segurança jurídica. Acreditar que o garantismo penal constitucional evoluiu a um ponto em que é mais correto transformar a sanção penal em uma vingança pública, do que permitir que o indivíduo condenado no duplo grau de jurisdição, com o devido respeito ao contraditório e à ampla defesa, cumpra de imediato a pena a ele imposta em grau de apelação é um equívoco que padece de lógica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo mostrou as mudanças de entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, desde o julgamento do HC 84.078 em 2009, no qual se definiu a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, até o julgamento da ADC 43/44, a qual reafirmou a tese da constitucionalidade dessa execução, atingida pela corte no julgamento do HC 126.292, para finalmente atingir o julgamento do HC 152.752, o qual teve grande repercussão nacional por ter como paciente um ex-Presidente da República. Foi constada ainda para fins de fundamentação a decisão monocrática do Ministro Edson Fachin no HC 133.387.

Em seguida, foram demonstradas as fundamentações hermenêuticas utilizadas pelos ministros para determinar a constitucionalidade da pena ser executada com a possibilidade recursal do réu, dentre elas a ideia de sua existência no direito comparado e o fato de não ser contrária à presunção de inocência pelo fato desta condizer com os efeitos penais antes do trânsito em julgado, como a inelegibilidade após condenação em segunda instância. Sustenta-se ainda que não houve uma reinterpretação do Supremo sobre o que seria “trânsito em julgado”, pelo fato da expressão ser fixa e não necessitar de nenhuma interpretação, não cabendo assim trabalho hermenêutico.

Quanto à constitucionalidade da execução da pena ocorrer antes do trânsito em julgado, esta pesquisa afirma que o texto constitucional não traz como requisito para a prisão que a ordem judicial ocorra somente após o trânsito em julgado como faz o art. 283 do CPP, que deverá ser interpretado conforme a constituição. O estudo ainda distingue claramente a culpabilidade da possibilidade de prisão, sendo somente aquela uma consequência do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Quanto à eficácia da execução da pena se dar logo após o julgamento da apelação, afirma-se que é necessário o cumprimento do duplo grau de jurisdição para se proteger o contraditório e a ampla defesa, porém ao retardar em demasiado o cumprimento da pena, esta perderá a sua finalidade, não passando então de uma espécie de vingança pelo crime, tendo em vista que ela não serviria sua função preventiva mais.

Finalmente, o estudo afirma que quando se admite a execução da pena antes do trânsito em julgado, se interfere no princípio constitucional da presunção da inocência, havendo assim uma flexibilização, porém esta estaria de acordo com a característica dos direitos fundamentais de não serem absolutos e poderem ser satisfeitos em graus variáveis, renunciando à tese de que o princípio da não-culpabilidade seja tão frágil que até a inversão do ônus probatório no processo penal o excluiria por completo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; Silva, Luiz Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Moraes. 2.ed. Salvador: Nacional, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1941.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85.886-4/RJ**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento 06/09/2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_85886_RJ-_06.09.2005.pdf?Signature=EHlpysI4PNz%2FLBcMd6giOk12S6o%3D&Expires=1528257508&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8341875ef8e3dbbf1777e6685aac4fcb>. Acesso em: 5 jun. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078-7/MG**. Relator Ministro Eros Grau. Data de julgamento 05/02/2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84078_MG_1278968985412.pdf?Signature=pH2lvyF7O3%2FXeWC8oeKJO5xvVNM%3D&Expires=1528256637&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2e25b6f65c6892e533e2bf25d51d5216>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. **Lei 13.105/2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 133.387/DF**. Relator Ministro Edson Fachin. Data da decisão 12/06/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309736774&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ADC 44/ DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 05/10/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ação declaratória de constitucionalidade**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

CUNHA, Izimar Dalboni. **Processo Penal I**. 2017. Disponível em: <<http://deltaconsig.com.br/ftp/ESTACIO/LD1362%20-%20PROCESSO%20PENAL%20I.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 05 jun. 2018

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: Parte Geral, Volume I**. 19.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2.ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016

MENDES, Gilmar. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?** Como o STF inconstitucionalmente pôs de lado um direito fundamental textualmente estabelecido. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

MIRZA, Flávio. **Processo justo**: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/23103/16456>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 9.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PEREIRA, Marcio Ferreira Rodrigues. **Acusar ou não acusar?** Eis a questão... O *in dubio pro societate* como forma perversa de lidar com a dúvida no processo penal brasileiro. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acusar-ou-n%C3%A3o-acusar-eis-quest%C3%A3o-o-dubio-pro-societate-como-forma-perversa-de-lidar-com-d%C3%BAv>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Doutrina:** direito ou dever de apontar os erros do STF? 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Presunção de inocência:** Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

Data do recebimento: 8 de junho de 2018

Data da avaliação: 8 de junho de 2018

Data de aceite: 17 de junho de 2018

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

2 Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes – UNIT; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. E-mail: eduardomacedo.msc@hotmail.com

