

HC 126292 SP E SEUS EFEITOS

WELKER, Cassio.

RESUMO

Pretende-se com o presente artigo, uma análise detalhada sobre o julgamento do HC 126292 de SP, o qual tratou sobre o cumprimento provisório da pena, em sede de condenação na segunda instância. Tem-se por objetivo a análise dos votos e argumentos utilizados pelos ministros do tribunal, e do caso concreto que levou a tal decisão, ademais, o impacto no mundo jurídico. A utilização do princípio da não culpabilidade no processo penal é o coração do estudo proposto, e portanto veremos como o STF entende sua aplicação e ponderação.

Palavras - Chave: HC126292, STF, Votos, Presunção, Inocência.

INTRODUÇÃO

Na data de 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do HC 126292 SP, tomou uma polêmica decisão, onde a maioria dos ministros entendeu que é possível o início do cumprimento provisório de pena após decisão de segundo grau.

1. 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.
2. Habeas corpus denegado. (HC 126292 SP)

O julgamento do HC, contou com os ministros(as): Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. Sendo que nos termos do voto do Relator, negou-se a ordem, vencidos então os ministros(as) Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Está decisão, torna então possível a execução provisória da pena, não só daquele que foi condenado em primeira instância e teve sua sentença ratificada em segunda, mas também daquele absolvido em primeira instância e condenado em segunda por meio de reforma, passando então para condição de condenado em segunda instância. Não obstante a isso, não podemos nos esquecer daqueles que têm a segunda instância como foro originário, sendo estes condenados pelo órgão colegiado, nada obsta o cumprimento provisório da pena.

O tribunal entendia desde 2009, após o HC 84078 MG, como sendo necessário o trânsito em julgado, com o esgotamento dos recursos cabíveis, para então iniciar-se o cumprimento de pena. Antes do referido HC de 2009, o tribunal entendia como sendo possível o cumprimento da pena após confirmação em segundo grau, sem prejuízo à presunção de inocência.

2 HC 126292 SP E SEUS EFEITOS

O HC 126292 SP, ocorreu devido a um processo, onde o recorrente impetrou habeas corpus contra a decisão do ministro Francisco Falcão, presidente do STJ, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313021 SP. Em resumo, o réu foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, pelo crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), recorrendo em liberdade, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento e determinou a expedição de mandado de prisão contra o réu, trazendo então a idéia de execução provisória da condenação, a defesa então, impetrou habeas corpus no STJ, ocasião em que o presidente indeferiu o pedido, a defesa então recorreu para o STF, que julgou o HC em análise.

O STF com tal decisão, mudou seu entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, considerando que o mesmo tem sentido dinâmico, modificando-se conforme o processo avança. Se no início do processo existe uma presunção de inocência concreta, após proferido o julgamento de segunda instância essa presunção passa a ser mitigada, pois nessa altura do processo, se encerrou a análise de questões fáticas e probatórias, e os recursos constitucionais não mais abordarão tais matérias.

Em segunda análise é também necessário se refletir sobre o conceito de trânsito em julgado no processo penal, tendo em vista que o CPP não o estabelece, e não se pode tomar emprestado o conceito de trânsito em julgado de outros livros. Então, no processo penal, o conceito de trânsito em julgado não deve estar ligado a idéia de esgotamento de todos os recursos mas sim ao esgotamento da análise fática e probatória como acontece em outros países.

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, fez uma reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre o princípio da efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade.

O ministro demonstrou durante o seu voto a idéia de dinamismo da presunção de inocência, ele também exemplificou a dificuldade de se chegar ao trânsito em julgado, pois o absolutismo do

princípio da presunção de inocência poderia levar o processo ao ad eterno, por meio até mesmo da revisão criminal, que se encontra na área de recursos, e pode ser pedida a qualquer tempo, sendo assim, nunca atingindo então o trânsito em julgado.

Reforça-se o fato de os recursos especial e extraordinário, não ter efeito suspensivo, portanto, não impedem o cumprimento provisório da prisão, pois seus efeitos são devolutivos.

Segundo o relator, a presunção de inocência deve ser observada sempre que ocorre comportamento contrário à ordem jurídica, principalmente na questão do ônus da prova, mas a eventual condenação em primeiro e segundo grau de jurisdição, exauri definitivamente o exame sobre fatos e provas, e ainda mais, fixa a responsabilidade penal do acusado, alcançando então o duplo grau de jurisdição, portanto, é nas instâncias ordinárias que se encerram os exames de fatos e provas, e se fixa a responsabilidade criminal do acusado.

Os recursos extraordinários não fazem parte do duplo grau de jurisdição, então após julgamento pela segunda instância, existe preclusão da matéria nos fatos da causa.

Ainda que cabendo recursos para o STJ e STF, especial e extraordinário, sendo tais recursos de análise somente de matéria de direito, pois como já não existe discussão sobre fatos e provas, nas palavras do relator:

...parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990." (Min Teori Zavascki, Hc 126292).

Art. 637.CPP 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.

O relator em seu voto, cita o posicionamento do colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual defende que o mais importante da presunção de inocência, é o fato impor o ônus da prova à acusação, mas questiona o que significa "Culpado".

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa." (Min Gilmar Mendes HC 126292)

O Min Gilmar Mendes explana sua idéia de culpa progressiva com exemplos corriqueiros, que mostram essa relativização na pratica usualmente. São eles a busca domiciliar, bastando somente ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. A guinada do indiciado em réu, onde são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Até chegar a condenação, com a prova além de dúvida razoável. Disso se constata a evolução da culpa e o tratamento recíproco.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...) Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. (Min Gilmar Mendes HC 126292)

Então, na medida que o réu foi considerado inocente ao decorrer do processo, e seus direitos e garantias foram inteiramente respeitados, não ha que falar em desrespeito ao princípio da presunção de inocência, pois é compatível com a presunção de não culpabilidade, o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. Como exemplo do exposto, o citado ministro, expõe a lei da Ficha Limpa, que em seu art. 1º, I, da como causa de inelegibilidade a sentença condenatória por crimes nela relacionados, por órgão colegiado. Assim, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Voltando ao Min Teori, ele cita também a Ministra Ellen Gracie, quando no julgamento do HC 85.886, lembrou a corte, sobre o entendimento mundial em relação à esse princípio, citando ainda varias constituições e vários entendimentos, mundo a fora.

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”(Min Ellen Gracie HC 85886 2005)

O Ministro Teori Zavascki, analisa que os recursos de natureza extraordinária não servem para as finalidades que vêm sendo utilizadas. Eles servem para a preservação do sistema normativo, sendo requisito de admissibilidade a existência de repercussão da matéria, sendo necessário ao impetrante a demonstração e a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão. O Supremo deve conhecer somente os recursos que tratam questões constitucionais relevantes não somente para parte, e ademais, tais recursos tem se mostrado com baixo nível de sucesso.

Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante : de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos". (Ministro Joaquim Barbosa , HC 84078)

Sobre isso, o Min Teori revela que na referida pesquisa, excluíram-se os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos, sendo que os mesmos deixariam a pesquisa ainda mais evidente, quanto ao sucesso dos recursos.

A jurisprudência que assegura a todo custo o princípio da presunção de inocência, sendo necessário esgotamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários, acabou por incentivar uma enxurrada de recursos meramente protelatórios, cujo objetivo, é a prescrição, isso é frequente não só no STF mas também no STJ, existente ainda, o relato do Juiz Fernando Brandini Barbagalo, sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010)

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva." (Juiz Fernando Brandini Barbagalo. HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010),

Os inúmeros recursos da defesa se mostraram não efetivos ao caso, e permitiram que o prazo prescricional continuasse a correr, sendo assim, ao invés de um instrumento de defesa, os recursos se transformaram em inibidor da efetividade penal. É importante garantir que o processo seja efetivo, o entendimento de que os recursos especial e extraordinário têm efeito apenas devolutivo e

não suspensivo, está previsto em textos normativos, é a solução para harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Para finalizar seu voto, o Ministro defende quanto a eventuais injustiças, que existem outros meios para se sanar e até suspender se necessário a execução provisória da pena. O habeas corpus também pode ser utilizado para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais.

Em seguida o Ministro Edson Fachin desferiu seu voto, seguindo o voto do relator, ele alega que não é necessário a ultima palavra dos tribunais superiores, para inicio de cumprimento de pena,

O princípio da presunção de inocência não é absoluto, como nem um princípio é, e nesse diapasão é necessário fazer ponderação com os outros princípios envolvidos nessa relação, pois não existem terceira ou quarta instâncias.

Ele reforça o fato do juízo monocrático e o colegiado, que julgarão o caso concreto, serem os responsáveis pela matéria fática, portanto soberanos em suas atribuições. A excepcionalidade do acesso ao STF e STJ também é argumento de peso, o qual não vêm sendo respeitado. O escasso numero de cadeiras de tais tribunais, demonstram que o constituinte não tornou os mesmos, tribunais revisores universais.

As cortes superiores exercem papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. É necessária demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário não bastando somente ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso feriu-se um preceito constitucional, é necessário que demonstre, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Os recursos extraordinários estão em consonância com a constituição mesmo com a pena sendo cumprida provisoriamente, na própria essência recursal.

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. (Min Edson Fachin HC 126292)

Podemos constatar que o Ministro Fachin alega de mesmo modo como o Ministro Teori, que o processo pode ser ad eterno sem a ponderação do princípio. Não é plausível o inicio de pena

somente quando o réu o quiser. A corte entende no momento, que em recursos criminais, no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios. Isto já é uma interpretação à estrita literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF, agora basta chegar a entendimento, de até onde pode ir tal relativização.

Portanto o Ministro defende, que o limite deva ser maior, retirando o caráter absoluto de presunção de erro das instâncias inferiores, pois segundo ele é isso que ocorre, e agindo assim estaríamos a dizer que a Constituição criou uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Enfatizando porém, que caso ocorram equívocos, eles podem ser sanados como já explicou o Ministro Teori.

O Ministro Roberto Barroso, em seu voto, demonstra que impedir a execução imediata da pena, e exigir que se esgotem também os recursos constitucionais, geram diversos efeitos negativos.

1 Incentivo a seletividade penal, pois sabe-se que não são todos que dispõem de recursos financeiros, para suportar os custos de um processo até os tribunais superiores.

2 Incentivo a proliferação de recursos especiais e extraordinários, com o intuito meramente protelatório.

O ministro explica sobre o sucesso dos recursos constitucionais, onde baixa porcentagem teria algum sucesso, nesse baixo número se encontram ainda os recursos da acusação, e os recursos da defesa que têm sucesso geralmente são aqueles que alegam prescrição.

3 Agrava o descrédito que a sociedade nutre pelo sistema penal

A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência. Pois a Constituição não veda a prisão mas sim a culpabilidade ao trânsito em julgado da sentença penal. É possível privar a liberdade por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Entende-se a presunção de inocência como princípio e não regra, podendo ser ponderado quando em conflito com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais.

Sendo assim, o princípio adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, quando ocorre condenação em segundo grau de jurisdição, e portanto já houve demonstração da responsabilidade penal do réu e não cabe mais discutir a apreciação de fatos

e provas, esgotadas nas instâncias ordinárias, a execução da pena passa a ser exigência de ordem pública, estando em xeque a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.

O Min argumenta que a decisão traria benesses ao sistema de justiça criminal, tornando-o mais funcional e equilibrado, pois coíbe a grande entrada de recursos protelatórios, assim valoriza a jurisdição criminal ordinária, diminui a seletividade do sistema, tornando-o mais igual, reduz incentivos à criminalidade de colarinho branco, pois começa a existir risco de cumprimento da pena, o que não acontece no momento, ajuda no fim da impunidade do sistema criminal, evita que a prescrição torne o réu impune, impede o distanciamento entre a prática do delito e a punição.

O Ministro Barroso alega que após 2009 com o HC que determinou que o cumprimento provisório da pena não era possível, ocorreram consequências negativas para o sistema de justiça criminal. Sendo que funcionou como um incentivo à interposição de recursos protelatórios. Contribuiu também para tornar o sistema injusto, ressalta-se a existência de grupos de extermínio, que atuam, em razão da impunidade do sistema de Justiça, com certo apoio velado da sociedade,

Aquele que foi afrontado com, eventualmente, um homicídio não punido, contrata um matador e resolve o seu problema com uma Justiça paralela, que é apenas um sintoma mais grave de que a Justiça formal não foi capaz de atender à demanda dele." (Min Roberto Barroso HC 126292)

Os recursos desgastam a máquina do Poder Judiciário, com grande gasto de tempo e de recursos, sem real animo de defesa. Segundo Barroso, o percentual de recursos extraordinários com sucesso é inferior a 1,5%, isso é algo muito relevante, que nos mostra a atual realidade deste entendimento.

Ainda neste sentido, de 01/01/2009 a 19/04/2016, em 25.707 decisões de mérito realizadas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as absolutórias não chegam a 0,1%. A maioria dos recursos são impetrados por réus com grande possibilidade econômica, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.

Dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, no período de 01/01/2009 até 19/04/2016, demonstram que o percentual médio de recursos criminais providos, sejam eles em favor do réu, ou do MP, é de 2,93%. A estimativa dos recursos providos em favor do réu apontam um percentual de 1,12%, portanto, os casos de absolvição são raríssimos.

Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (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)." (Min Barroso)

Sabendo que os réus mais pobres não têm condições para suportar um processo até os tribunais superiores, é aí que o ministro argumenta. "*na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.*" (Min Barroso HC 126292)

É publico e notório o enorme espaço temporal entre a prática do delito e a punição definitiva, e não soa repetitivo que tal fato produz sensação de impunidade, isso compromete os objetivos da pena, da prevenção especial e geral. Assim, um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, muito menos a sociedade.

Mais um dado relevante, de acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. É necessário ponderar a culpabilidade do agente, conferindo ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional, no sentido de garantir a efetividade da lei penal em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade, a propriedade.

No voto do Min Barroso, ele levanta a tese de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Mesmo que não tenha havido alteração do texto constitucional, o sentido que deve ser atribuído, sem dúvida não é o mesmo, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

Ainda mais, no sistema processual penal, a prisão pode existir antes do processo, contra investigados, e durante o processo ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade. É de fato um princípio importante, mas é um princípio, e nem um princípio é absoluto, é fato na constituição federal, e é fato ela não interditar a prisão antes do trânsito em julgado.

STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

O princípio não pode ser utilizado como "tudo ou nada" ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida, não é assim que funciona. Deve se observar a relevância e o resultado, para assim, realizar na medida das possibilidades fáticas e jurídicas a aplicação de maior ou menor intensidade.

Existe também o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos, prevenção geral e específica e bens jurídicos, vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc. A pena promove imediatamente a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de crimes, o que acaba em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros, e isso não pode ser ignorado.

Há necessidade de ponderação sobre sua efetiva concretização, pois não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. A presunção de inocência é dinâmica, se modificando ao decorrer do processo, e a sentença de segundo grau, demonstra seguramente a responsabilidade penal do réu e se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

A função do STF não se presta a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo. É destarte a proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como demonstram as estatísticas. Então deve-se dar uma resposta proporcional ao delito, e uma proteção eficiente a sociedade

O princípio da proporcionalidade, também pode ser interpretado da maneira a dar resposta efetiva, assim o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

Retardar infundadamente a prisão do réu condenado, vai de encontro com a preservação da ordem pública.

A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal. (HC 83868 Min. Ellen Gracie, j.)

Vários casos concretos demonstram a necessidade da execução da pena provisória, pelo fato dos inúmeros efeitos negativos que decorrem da sua não execução. No caso “Pimenta Neves”,

crime de homicídio qualificado, 20/08/2000, cujo trânsito em julgado somente ocorreu em 17/11/2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21/10/2014, mais de 19 anos depois. Caso do superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estevão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos. Esses casos não constituem exceção, mas a regra.

No mais, a Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, recomendou ao Brasil implementação de reformas no sistema de recursos judiciais ou buscas de outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção, portanto a superação do sistema recursal já foi objeto de manifestação de órgãos de cooperação internacional.

Ha de se pesar as conseqüências sociais que a utilização do princípio em absoluto vem gerando, por tal fato a interpretação deve ser criativa, quando no caso de cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis. Portanto, a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos.

O intérprete deve atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora (Min Barroso HC126292)

O pragmatismo possui duas características, o contextualismo, significa que a realidade concreta, pesa na determinação da solução, e o consequencialismo, o resultado prático deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores conseqüências possíveis para a sociedade.

Barroso revela que o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, sendo o padrão que os recursos subam para o STJ e depois para o STF. Mas, não se

pode atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto, e não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição, a apreciação do STJ e STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. O acesso deve ocorrer em situações extraordinárias, não se podendo transformar em tribunal ordinário de revisão, muito menos ter seu valioso tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

Ocorre disso, a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública, corrupção, peculato, prevaricação. Ou crimes de natureza econômica ou tributária, lavagem, evasão de divisas, sonegação. Isso estimula a criminalidade de colarinho branco.

Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação cultural importante no Brasil: a valorização dos bons em lugar dos espertos. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade (Min Barroso HC126292)

A Ministra Rosa Weber, votou contra a execução provisória, sem muito explicar sobre o caso, ela adota como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência. Alegando que o princípio da segurança jurídica há de ser prestigiado. Mas exaltou aqueles que votaram com o relator, pois a vida é dinâmica, e a Constituição aceita interpretação atualizada, à medida em que realidade muda. É necessário segundo ela, resolver o problema do uso abusivo e indevido de recursos .

O Ministro Luiz Fux votou com o relator, a favor do cumprimento provisório da pena, em seu voto questiona o princípio, alegando que não se pode entender essa lógica que esta sendo provida.

o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. (Min Luiz Fux HC126292)

O STF não é revisor universal, e como o Ministro Marco Aurélio sempre diz, no STF não há semideuses, e não podem portanto ter sempre a última palavra. Logo se percorre todas as esferas do

Judiciário, sendo impossível chegar ao Supremo Tribunal Federal como presumidamente inocente pois existe uma coisa julgada e uma decisão imutável.

A interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social, sendo a prescrição o resultado da utilização do princípio em absoluto, pois se o réu não é preso após a apelação, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Então após a sentença, pode a defesa recorrer ad infinito, correndo a prescrição. Não há nenhuma inércia do Ministério Público, existe incompatibilidade entre as normas jurídicas e as expectativas dos cidadãos.

A Ministra Carmen Lucia entende que, as consequências do trânsito em julgado de uma sentença penal deverão ser respeitadas, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio. Ainda complementa o risco que existe na execução da sentença, decorrido longo período de tempo.

A Justiça que tarda, falha, é claro, mas, em alguns casos, a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada. De uma forma simples, dou um exemplo, que é esse trabalho que faço, de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois. Quer dizer, a pessoa não é presa. Ela já formou outra família, o homem. A criança que tinha oito anos viu isso, dezesseis anos depois, aos 24, nem entende mais o que está acontecendo. E quem é do interior - e o Brasil mora muito no interior -, sabe que as famílias são inimigas. Então, criou-se uma situação social em que aplica-se a lei, mas a idéia de justiça acabou, simplesmente acabou. (Min Carmem Lucia HC 126292)

Em seu voto ela expôs o entendimento internacional no mesmo sentido, com uma grande variedade de exemplos, nos mais variados lugares do mundo. Concluiu seu voto, de acordo com o relator, e aceitando como constitucional, a idéia de cumprimento provisório da pena. Portanto, segundo ela, não parece ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade penal o início do cumprimento de pena, quando já exaurida a fase de provas, que acaba após o duplo grau de jurisdição, citando ainda a sumula 279, que não permite revisão de provas nesta sede. No julgado anterior ela foi vencida, e alegava o mesmo que alega no presente julgado, que a Constituição determina a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não prisão, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos, nada impede o início. Por essa razão, ela se manteve na mesma linha dos votos antes proferidos.

O Ministro Gilmar Mendes, no outro julgamento de mesma questão, votou contra a execução antecipada provisória, mas mudou seu entendimento, e no presente julgamento votou a favor. Gilmar Mendes em seu voto, citou vários exemplos, de como entendem os tribunais e as legislações

de outros países, demonstrando a contramão do Brasil perante o mundo. No Brasil é possível, depois da decisão de apelação, o recurso especial, o recurso extraordinário, sucessivos recursos, embargos de declaração, destinados a impedir o trânsito em julgado.

Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional. Não faz muito o The Economist fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença." (Min Gilmar Mendes HC 126292)

Gilmar Mendes percebeu que casos graves têm ocorrido após a decisão de 2009, que comprometem até mesmo a efetividade da justiça, e cita exemplos:

E é um caso que eu acompanhava na Presidência do Supremo Tribunal Federal –, esse crime, por todas as razões, reprovável, ocorrido em Unai, dos auditores fiscais do trabalho, em que o assim reconhecido mandante foi condenado a cem anos de prisão e livra-se, solto, vai para casa em seguida. É algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico. Um outro caso que nós acompanhávamos, na Presidência do Supremo, de um deputado que, para solucionar a falta de vaga na Câmara, decide matar a suplente. O caso célebre, que sempre foi discutido, do jornalista do Estado de São Paulo, que cometeu homicídio contra a também jornalista, sua colega e namorada, Pimenta Neves. Em suma, são casos emblemáticos" (Min Gilmar Mendes HC 126292)

É de difícil encargo realizar um trabalho nessas condições, vindo a prescrição à vários processos, mesmo com a constante vigilância dos envolvidos.

Gilmar Mendes afirma que o próprio legislador trata o princípio de maneira variada dizendo, que bastam indícios para que se justifique a busca e apreensão. Logo, atenuando a idéia de presunção de inocência que torna o indivíduo suscetível de ser investigado. Para o recebimento da denúncia, exige-se algo mais denso, a idéia de materialidade. Lembrando que núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação.

Gilmar alega que não se pode considerar culpado o réu, antes do trânsito em julgado, mas pondera o que vem a ser o culpado, existe então aí, necessidade de intermediação do legislador. O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade, por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Um princípio não é uma regra, não se resolvendo no tudo ou nada, sendo necessário assim, ponderação. Portanto, mesmo que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos e após o julgamento da apelação, estão esgotadas

as vias ordinárias, cabendo apenas recursos extraordinários. Os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo.

A análise dos recursos, ainda que da parte, não serve ao interesse do réu, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

Para endossar a tese de que o cumprimento provisório da pena não afeta o princípio da presunção de inocência, Gilmar Mendes cita a lei da ficha limpa, a qual produz efeitos antes do trânsito em julgado. Ademais, cita a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” portanto afirma que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Disposições semelhantes são encontradas no direito francês (artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), canadense (seção 11 da Carta de Direitos e Liberdades) e russo (artigo 49 da Constituição).

Tais exemplos demonstram que não existe nada de errado no início de cumprimento de pena provisória antes do trânsito em julgado. No mais, a corte não tem tempo nem meios para dar vazão a quantidade de recursos, que em verdade não são de sua competência, é preciso ter a presunção de inocência como um princípio muito relevante para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio, suscetível de ser devidamente confrontado.

Concluindo, estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar e também o habeas corpus.

Marco Aurélio divergiu do relator em seu voto, demonstrou preocupação quanto a nova visão do tribunal, classificou a nova decisão como execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada.

Reconheceu porem, que a Justiça é morosa, que no Direito Penal o tempo é precioso, e isso vem implicando a prescrição da pretensão punitiva de vários casos, mesmo que existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Lembrou porém, que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores. O texto sendo claro e preciso, não cabe a interpretação. E que em caso de injustiças, a liberdade não pode ser devolvida ao cidadão.

O Ministro Celso de Melo votou contra o cumprimento provisório, pois segundo ele, o princípio da presunção de inocência não permite tal ação, e comparou o entendimento da corte com a de um "NaziFascista".

Toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tal princípio tem previsão normativa desde 1789, e já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Existe portanto uma regra de tratamento, onde o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória. O acusado, por força da regra, tem o direito de receber a devida consideração bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. A presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, só acaba com o trânsito em julgado da condenação criminal, e tal fato é inequívoco.

No mais, o trânsito em julgado, é requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos. Nem mesmo a gravidade do delito basta, para justificar a privação cautelar da liberdade, é errado invocar a prática registrada nos Estados Unidos, França, entre outros, pois suas constituições são diferentes da nossa, e não impedem a observância do trânsito em julgado, portanto, tal entendimento é incompatível com os padrões do nosso regime democrático.

Importante acrescentar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, isso significa, que mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, milita em favor do réu o direito fundamental, deixando de existir somente com o trânsito em julgado.

Celso de Melo ainda relembra que no julgamento da ADPF 144/DF, o qual foi relator, e o Min Lewandowski destacou a importância de aguardar-se o trânsito em julgado, demonstrando alguns dados.

(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.”(Min Ricardo Lewandowski ADPF 144/DF)

Concluindo o voto, Celso de Melo alega que a Lei de Execução Penal impõe, condição de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado

O presidente do STF, Ricardo Lewandowski, votou contra o cumprimento provisório da pena, mantendo sua antiga posição, pois segundo ele, o princípio em questão é absolutamente taxativo, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Cf/88.

Um fato relevante é que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido, e então não se deve facilitar a entrada de pessoas lá. Lewandowski descreveu o sistema prisional como "Inferno de Dante".

É feita a comparação entre a propriedade e a liberdade, e como podemos comparar que a ofensa à propriedade, é punida com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa. Então o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade, veja por exemplo: "Art. 520 Npcp IV. o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos."

"Art. 520 Npcp II. fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos."

E ai entra a crítica do Ministro, como se tratando de dinheiro e propriedade, o legislador se certificou de tomar todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, ao réu. Já falando em liberdades a pessoa tem que ser provisoriamente presa, eventualmente, não terá nenhuma chance de ver restituído esse tempo.

CONCLUSÃO

O presente artigo tratou portanto dos votos proferidos pelos Ministros do STF e seus respectivos entendimentos sobre o assunto em questão, o a questão foi amplamente debatida chegando a conclusão da admissibilidade do cumprimento provisório da pena, em se tratando de condenação em segunda instância, ou por órgão colegiado. Entre os Ministros, existiram aqueles que mudaram de entendimento em relação ao voto realizado na ultima vez que o assunto foi enfrentado, existiram aqueles que votaram da mesma maneira, firmando a jurisprudência da corte, e

aqueles que não participaram do julgamento anterior. Varias teses foram levantadas a respeito do assunto, vários entendimentos divergiram, mesmo assim o julgamento foi iniciado e concluído. Foi uma difícil decisão tomada pela corte, que amadureceu seu entendimento e firmou seu entendimento.

REFERÊNCIAS

Constituição Federal 1988, disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Lei nº 8.038/90, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm

Súmulas 279, 716 e 717 do STF

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
Teoria do Estado. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2007

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Método. 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mutação da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2007

FRANCISCO, Jorge. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 1998.

HESSE, Konrad, A força normativa da Constituição. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983.

MULLER, Friedrich, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005. Sobre a relevância dos fatos para a interpretação constitucional, v. Jean-Jacques Pardini, *Le juge constitutionnel et le 'fait' en Italie et en France*, 2001.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015.

Assessoria de gestão estratégica do STF ,

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica>

CNJ Dados, <http://www.cnj.jus.br/>

STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO”.

DWORKIN, Taking rights seriously, 1977. “The model of rules”, University of Chicago Law Review 35:14, 1967-1968).

ÁVILA, Humberto, Teoria dos princípios, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005.

ALEXY, Robert, Teoria de los derechos fundamentales, 1997.

MIRANDA, Jorge, Manual de direito constitucional, Tomo IV, 2000.

Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, 2014.

Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2015.

Luciano Feldens, A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, 2005.

Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009.

Cesare Beccaria, Dos delitos e das penas, 1979. (a 1ª edição é de 1764).

Código de Processo Penal, disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC. Fonte: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078’, In: Garantismo Penal Integral, 2013.

Luís Roberto Barroso, Brasil: o caminho longo e tortuoso. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Conferência-NYU-11-abr2016-versão-final-completa2.pdf>. Sobre o comentário final da transcrição, denunciando o círculo vicioso que premia os piores, v. Míriam Leitão, História do futuro, 2015.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>

Habeas Corpus 84.078 STF,

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000).

João de Deus Pinheiro Farinha, Convenção europeia dos direitos do homem, 1981.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, 1991, Saraiva)

VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires)

LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT):

Novo Código do Processo Civil, disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-eimprobidade-em-2012>