DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

Vinícius Borges Meschick da Silva

Resumo: Introdução. Os direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos humanos são uma construção histórica de muita luta e progresso visto as características do constitucionalismo e o neoconstitucionalismo. O conceito de constitucionalismo é muito claro quanto ao fato de limitar o poder estatal por meio de uma constituição, pois, dessa maneira, não há espaço para arbitrariedades. Já o conceito de neoconstitucionalismo também prossegue na definição de limitação do poder estatal por meio de uma constituição, entretanto, ampliando a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. O princípio da presunção de inocência é algo de caráter individual e fundamental para a concretização da dignidade da pessoa humana. Ocorre que em julgamentos recentes, mais precisamente, no Habeas Corpus 126.292, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, o STF entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância sendo que tal decisão relativiza o princípio da presunção de inocência e é nesse sentido que se pauta esse trabalho. Da metodologia utilizada. O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. Resultados e discussão. É fato que o princípio da presunção de inocência constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico. No mesmo sentido, é fato que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental ligado a liberdade à dignidade humana. Em nosso sistema jurídico, ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Conclusões. A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa deve prevalecer, sob a perspectiva da liberdade e dignidade humana, que tem a prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal. Daí a regra inscrita nos artigos 105 e 145 da LEP, que condicionam a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório.

Palavras-chaves: Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Princípio da Presunção de Inocência; Constituição Federal; Execução da pena.

FROM THE CONSTITUTIONALISM TO THE NEOCONSTITUTIONALISM: THE RELATIVIZATION OF THE PRINCIPLE OF INNOCENCE PRESUMPTION

Abstract: Introduction. The fundamental rights and guarantees, as well as the human rights are historic constructions that passed through a lot of struggles and progress since it has a whole lot of characteristics of the constitutionalism and neoconstitutionalism. The concept of constitutionalism is very simple when dealing with the fact of limiting power from the state through means of a constitution, because, in this manner, there is no space for arbitrariness. However the concept of neoconstitutionalism also goes in the same definition of state power limitation through a constitution, but it also amplifies the effectiveness of the fundamental rights and guarantees. The presumption of innocence principle is something of personal and fundamental character for the person's dignity. What happens is that in recent judgements, more precisely, in the Habeas Corpus 126.292, in the Constitutionality Declaring Actions 43 and 44, and in the Extraordinary Appeal with the Grievance 964.246, the STF understood that the article 283 of the Criminal Procedures' Code does not prevent the start of the execution of the sentence after the conviction in second instance, since this decision would relativize the presumption of innocence principle and it is in this sense that this present work is based on. The utilized methodology. The utilized method to the accomplishment of this work was the descriptive-analytical. The technical procedures taken in this research for the data collection were the biographical research, the doctrinal and documental ones as well. Results and discussion. It is a fact that the presumption of innocence principle constitutes a result of a long process of political and juridic development. In the same sense, it is fact that the presumption of innocence is a fundamental right, bonded with the human dignity. In our juridic system, nobody can be stripped of the fundamental right of being considered a innocent until the final judgement of the criminal conviction sentence. Conclusions. The constitutional consagrations of the presumption of innocence as a fundamental law of any person has to prevail, above the perspective of human freedom and dignity, that has the prerogative of being considered innocent, for all the effects, even the supervenient final judgement and criminal conviction. Since the rule in the articles 105 and 145 of the Criminal Execution Law, that conditions custodial sentence and the existence of the final judgement in a convictional judicial title.

Keywords: Constitutionalism; Neoconstitutionalism. Innocence Presumption Principle; Federal Constitution; Penalty execution.

Sumário: Introdução; 1. Um breve apanhado sobre os direitos e garantias do homem; 2. Um pouco mais sobre a presunção de inocência; 3. A relativização do princípio da presunção de inocência; 3.1. Breve análise; 3.2. Em concreto; 3.2.1. HC 126.292; 3.2.2. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44; 3.2.3. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246; 4. Conclusão; Referências

Introdução

O presente trabalho visa o debate de um assunto muito comentado, pois fora alterado significativamente a jurisprudência do guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal - STF.

Os direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos humanos são uma construção histórica de muita luta e progresso visto as características do constitucionalismo e o neoconstitucionalismo.

O conceito de constitucionalismo é muito claro quanto ao fato de limitar o poder estatal por meio de uma constituição, pois, dessa maneira, não há espaço para arbitrariedades. Já o conceito de neoconstitucionalismo também prossegue na definição de limitação do poder estatal por meio de uma constituição, entretanto, ampliando a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da presunção de inocência é algo de caráter individual e fundamental para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que em julgamentos recentes, mais precisamente, no Habeas Corpus 126.292, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, o STF entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância sendo que tal decisão relativiza o princípio da presunção de inocência e é nesse sentido que se pauta esse trabalho.

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental

1. Um breve apanhado sobre os direitos e garantias do homem

(do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo)

(BARROSO, 2010, p.5) Pela perspectiva de que o poder político, necessariamente, deve ser limitado para impedir arbitrariedades e para que efetivamente sejam garantidos os direitos fundamentais, surgiu vários movimentos sociais, políticos e jurídicos que visavam limitar o poder do Estado

por meio de uma Constituição. Assim sendo o constitucionalismo é considerado uma teoria normativa da política.

Na mesma linha pensamental, o constitucionalismo teve origem em uma reação contra o Estado Absolutista da Idade Moderna (MORAES, 2014, p.2), como exemplo claro a Revolução Francesa visto a derrubada dos antigos ideais da tradição e da hierarquia de monarcas, aristocratas e da Igreja Católica pelos novos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. (LENZA, 2014, p. 67) Entretanto, de oposição, a doutrina clássica aponta que já existem demonstrações de constitucionalismo na antiguidade (ou Idade antiga). Segundo LOEWENSTEIN (1970, p. 154-155), o constitucionalismo pode ser visto no povo hebreu, na conduta dos profetas, e na Grécia antiga.

Os profetas, além de predizerem o futuro, também serviam para fiscalizar os atos de governantes frente ao texto bíblico. Ex.: João Batista, que, segundo consta na bíblia, brigou com o rei da época, pois dizia que este estava descumprindo as escrituras, já que o livro do levítico estabelecia que era uma impureza um homem tomar a mulher do seu irmão (O rei casou com a esposa de seu irmão que morrera), portanto, isso já demonstra um antecedente do constitucionalismo.

(LOEWENSTEIN, 1970, p. 154-155) (LENZA, 2014, p.67) Na Grécia antiga, especialmente em Atenas, havia ações públicas (“graphe”) destinadas a controlar os atos do poder público. A graphe mais famosa chamava graphe paranomon que questionava a legalidade dos atos normativos. Trata-se do ancestral mais antigo de controle de constitucionalidade.

O constitucionalismo foi se desenvolvendo até chegar no Constitucionalismo da Idade Média com a Magna Carta Libertatum de 1215, outorgada pelo rei inglês João I, mais conhecido como João Sem Terra, reconhecendo uma série de direitos ao povo inglês, limitando os seus próprios poderes.

O rei João I é conhecido como um dos reis que mais tributou na Inglaterra (não era um herói, mas sim um vilão). Barões ingleses forçaram João Sem Terra a assinar a Magna Carta. Eles queriam garantir seus próprios direitos. Não era um documento altruísta, pois servia apenas para garantir direitos aos nobres. Na prática, não foi aplicada – nem o rei João nem seus sucessores cumpriram este documento. (A história de Robin Hood se passa no governo de João sem Terra – King John).

O rei João foi pressionado pelos barões ingleses a assinar esse documento. Embora não tenha tido uma eficácia imediata, já que foi descumprida pelo rei João e seus sucessores, tem importância histórica, já que é a origem de vários direitos, como o habeas corpus e o devido processo legal. (HC não era expressamente previsto na Magna Carta, mas ela falava na liberdade de locomoção).

Art. 5º, LIV, CF - devido processo legal.

CF/88 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

(LENZA, 2014, p.68) Na idade moderna nasce o constitucionalismo moderno.

Há três Constituições que marcam o constitucionalismo moderno:

- Constituição de Córsega (1755)
- Constituição do EUA (1787)
- Constituição Francesa (1791)

Córsega é uma ilha, que fica entre França e Itália, que foi independente de 1755/1769. Também chamada de Constituição Paolina por conta do líder Pasquale Paoli. Esta foi a primeira constituição do mundo a prever a separação dos poderes. A constituição da Córsega foi a primeira, contudo a constituição americana e a francesa são as mais importantes.

Importante mencionar que fora a Revolução Francesa de 1789 que inspirou as demais constituições, pois a partir deste momento que o movimento constitucionalista se espalhou pela Europa e pelo mundo a fora.

(LENZA, 2014, p. 71-72) Passado o constitucionalismo moderno, chega a vez do neoconstitucionalismo que é o movimento que surgiu após a 2ª guerra mundial, fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico a força normativa da Constituição e como principal objetivo a maior eficácia da constituição, principalmente dos direitos fundamentais.

(LENZA, 2014, p. 75) Importante mencionar que o marco histórico do Neoconstitucionalismo é após a 2ª Guerra Mundial. Sua fonte foi a constituição da Alemanha de 1949, Lei de Bonn, e a constituição da Itália de 1947; quanto ao “Fruto do pós-positivismo” Essa confusão entre direito e lei permitiu a ocorrência de várias atrocidades. (ex.: Juízes na Alemanha nazista que sentenciaram a esterilização de doentes mentais, pois a lei permitia isso. Exemplo claro de que direito não se confunde com lei). Este é o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Direito não é só o que está na lei; é mais do que isso; e, por último, “tendo como marco teórico a força normativa da Constituição” do autor alemão Konrad Hesse, pois a constituição tem força normativa, capaz de impor deveres ao Estado e mudar a realidade.

(LENZA, 2014, p. 73) Algumas consequências podem ser analisadas no Neoconstitucionalismo, como por exemplo:

- maior eficácia dos princípios constitucionais.
- maior eficácia dos direitos fundamentais, exemplos: mandado de injunção, direitos sociais.
- maior protagonismo do poder judiciário (ativismo judicial).

E é justamente nessa linha do que está pautado o trabalho como veremos mais a frente, porém, antes, faz-se necessário uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, afinal como assevera CANOTILHO (1998, p. 359) direitos humanos são aqueles válidos para todos os povos e em todos os tempos, guardando relação com os documentos de direito internacional; enquanto que os direitos fundamentais são aqueles positivados e limitados na esfera do direito constitucional de determinado Estado.

Nesse sentido, os direitos humanos podem ser classificados em 1ª, 2ª e 3ª geração.

Os direitos de primeira geração tem como marco a Revolução Francesa e correspondem aos direitos civis e políticos (liberdades negativas). Esses direitos consistem em proibir o Estado de qualquer ingerência arbitrária nos direitos do cidadão, é o famoso "não-fazer" por parte do Estado. Marca a era do absolutismo para o Liberalismo (BONAVIDES, 2005, p. 562-564).

Os direitos de 2ª geração surgem com a Revolução Industrial em decorrência das péssimas condições de trabalho e na busca de melhores condições trabalhistas e assistenciais. Esses direitos exigem atuação positiva por parte do Estado e marcam a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, é o famoso "fazer" por parte do Estado. São os direitos sociais, culturais e econômicos (BONAVIDES, 2005, p. 564-565).

Os direitos de 3ª geração, por sua vez, correspondem aos direitos transindividuais, preocupados com o gênero humano e proclamam a ideia de solidariedade e fraternidade (BONAVIDES, 2005, p. 569-570)

Esse ensaio está muito voltado ao direito de 1ª geração, visto que o princípio da presunção de inocência fora a conquista de uma liberdade negativa, isto é proibi o Estado de qualquer ingerência arbitrária.

2. Um pouco mais sobre a presunção de inocência

Com o brilhante voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADC 43, faz-se *mister* começar por esta referência:

"A presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua "Suma Teológica", constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna

Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

Mostra-se importante assinalar, neste ponto que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana"

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

Dessa forma, importante analisar a história para entendermos o presente e termos uma breve noção do futuro, assim, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, surgiu logo com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que em seu artigo XI, 1, dispõe:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Ou seja, todos, sem exceção, presumem-se inocentes.

No mesmo sentido, o iminente Ministro Celso de Mello destaca que

Não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da

União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf> >. Acesso em: 1 jun. 2017.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, e a Constituição Federal de 1988 no inciso LVII do artigo 5º diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Portanto, claríssimo que o princípio da presunção de inocência além de ser um direito fundamental, é também um direito humano que deve ser respeitado em todos os povos, com base nas palavras de CANOTILHO (1998, p. 359)

3. A relativização do princípio da presunção de inocência

3.1. Breve análise

Inicialmente, importante assinalar que a relativização do princípio da presunção de inocência se inicia com os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal quanto ao HC 126.292, ADC 43 e 44, bem como o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246. Nesses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não traria incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, plenamente amparado pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVII, *in verbis*:

"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Dando, assim, força para que já na segunda instância expedissem mandado de prisão, sendo que o processo não chegasse ao trânsito em julgado.

Cabe mencionar que anteriormente, a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal era:

Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Com essa redação que estava, na visão deste autor, já encontram-se sinais de inconstitucionalidade, pois não trazia à baila princípios fundamentais do estado

democrático de direito como por exemplo o princípio da fundamentação, do devido processo legal, da ampla defesa, dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Nesse sentido, incabível continuar com a redação anterior no ordenamento jurídico vigente, afinal, tal redação trazia violação à constituição. De mesmo modo, houve falha no controle de constitucionalidade quanto à recepção da norma visto a incompatibilidade material da antiga redação com o advento da Constituição Federal de 1988.

Importante mencionar que somente em 2011 houve uma alteração legislativa, visando dar maior espelhamento e simetria da Constituição Federal à lei infraconstitucional, isto por conta do critério de supremacia constitucional, como bem assevera SILVA (2011, p. 46):

"Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal."

Atualmente a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal segue com:

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.

É claro o entendimento de que ninguém poderá ser preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Todavia, o que vem a ser o transito em julgado da sentença condenatória?

Na opinião deste autor, acompanhando a doutrina clássica, ocorre o transito em julgado no momento em que não é cabível mais nenhum tipo de recurso, ocorrendo a preclusão do exercício do direito das partes.

Entretanto, para o professor da puc-mg, Carlos Henrique Soares, mesmo que tal preclusão exista, faz-se necessário a legitimidade produtiva e fiscalizadora do processo. Argumenta que tal entendimento deve ser feito visto a hermenêutica em um estado democrático de direito (fonte:

<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1324/1387>, acesso em 1 de junho de 2017).

O que de fato faz-se muito tranquilizador, todavia, não pode e não cabe em um estado democrático de direito o argumento de legitimidade produtiva e fiscalizadora do processo quando há violação a direito fundamental.

3.2. Em concreto:

3.2.1. HC 126.292

A relativização do princípio da presunção de inocência teve início no momento da apreciação deste julgado pelo STF. Tal remédio constitucional se refere a um indeferimento de liminar no HC 313.021/SP, decidido pelo Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

O paciente, Marcio Rodrigues Dantas, foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar.

Ainda, importante mencionar que,

A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, da seguinte forma:

“Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o seguinte:

“Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”.

Vê-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e

objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso.

Nesse sentido, como se pode notar, *ab initio*, houve violação ao princípio da fundamentação, bem como ao princípio da legalidade, visto que não seria cabível a prisão do acusado sem o trânsito em julgado da sentença condenatória. Também, é importante ressaltar que o recurso foi exclusivo da defesa e que não poderia o acusado ser prejudicado, afinal, existe a *non reformatio in pejus*. Ora, então se, única e exclusivamente, o acusado recorre, cabe ao tribunal trazer prejuízo ao acusado? É caso de se lamentar tal decisão, pois fere vários preceitos constitucionais.

Como se pode notar, em 17 de fevereiro o pleno do STF apreciou o caso:

Notícias STF

Quarta-feira, 17 de fevereiro de 2016

Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF

Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

O habeas corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar em HC lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

O caso envolve um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Para a defesa, a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Relator

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”, afirmou.

Como exemplo, o ministro lembrou que a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado. “A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”.

No tocante ao direito internacional, o ministro citou manifestação da ministra Ellen Gracie (aposentada) no julgamento do HC 85886, quando salientou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

Sobre a possibilidade de se cometerem equívocos, o ministro lembrou que existem instrumentos possíveis, como medidas cautelares e mesmo o habeas corpus. Além disso, depois da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, os recursos extraordinários só podem ser conhecidos e julgados pelo STF se, além de tratarem de matéria eminentemente constitucional, apresentarem repercussão geral, extrapolando os interesses das partes.

O relator votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Divergência

A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do habeas corpus.

(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>)

É interessante a fundamentação do relator (*in memoriam*) visto que usa de um outro princípio constitucional para sustentar que seria cabível a expedição do mandado de prisão quando exaurido o duplo grau de jurisdição. De igual modo, coloca que a presunção de inocência não impede, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. Entretanto, há um erro de literalidade, visto que o artigo 5º, inciso LVII, reza que:

"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

De igual modo, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, não caberia reformar a sentença penal de piso para uma situação mais gravosa. Portanto, irregularidades claríssimas que afrontam a lei e principalmente a Constituição Federal.

3.2.2. Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44

Tempo depois, o Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da OAB ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) números 43 e 44, como se verifica no portal de notícias do STF:

Notícias STF

Quarta-feira, 05 de outubro de 2016

STF admite execução da pena após condenação em segunda instância

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país "passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP".

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Ministro Edson Fachin

Primeiro a votar na sessão de hoje, o ministro Edson Fachin abriu divergência em relação ao relator e votou pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição que afaste aquela segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

Fachin destacou que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Para ele, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Segundo ele, retomar o entendimento anterior ao julgamento do HC 126292 não é a solução adequada e não se coaduna com as competências atribuídas pela Constituição às cortes superiores. Por fim, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência.

Ministro Roberto Barroso

Seguindo a divergência, o ministro defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”, afirmou. “A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”.

Barroso contextualizou a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anterior do STF sobre a matéria não era garantista, “mas grosseiramente injusto”, e produziu consequências “extremamente negativas e constatáveis a olho nu”. Entre elas, incentivou à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, a seu ver, contribuiu para aumentar a criminalidade.

Ministro Teori Zavascki

Ao acompanhar a divergência, o ministro Teori Zavascki reafirmou entendimento já manifestado no julgamento do HC 126292, de sua relatoria, afirmando que o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena. Teori ressaltou que esta era a jurisprudência do Supremo até 2009.

“A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”, afirmou. Se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça. “O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”, afirmou.

Outro argumento citado pelo ministro foi o de que o julgamento da apelação encerra o exame de fatos e provas. “É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição”, ressaltou.

Ministra Rosa Weber

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator, entendendo que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais. “Não posso me afastar da clareza do texto constitucional”, afirmou.

Para Rosa Weber, a Constituição Federal vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado. “Não vejo como se possa chegar a uma interpretação diversa”, concluiu.

Ministro Luiz Fux

O ministro seguiu a divergência, observando que tanto o STJ como o STF admitem a possibilidade de suspensão de ofício, em habeas corpus, de condenações em situações excepcionais, havendo, assim, forma de controle sobre as condenações em segunda instância que contrariem a lei ou a Constituição.

Segundo seu entendimento, o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. “Se o quisesse, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão”, afirmou. O ministro ressaltou ainda a necessidade de se dar efetividade à Justiça. “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”, concluiu.

Ministro Dias Toffoli

O ministro acompanhou parcialmente o voto do relator, acolhendo sua posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Segundo Toffoli, a Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores. Para isso, cita entendimento adotado pelo STF que admite a baixa imediata dos autos independentemente da publicação do julgado, a fim de evitar a prescrição ou obstar tentativa de protelar o trânsito em julgado e a execução da pena.

Ministro Lewandowski

O ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é muito claro quando estabelece que a presunção de inocência permanece até trânsito em julgado. “Não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo”, afirmou.

Para ele, a presunção de inocência e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão são motivos suficientes para deferir a medida cautelar e declarar a constitucionalidade integral do artigo do 283 do CPP. Assim, ele acompanhou integralmente o relator, ministro Marco Aurélio.

Ministro Gilmar Mendes

Gilmar Mendes votou com a divergência, avaliando que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência. Ele ressaltou que, no caso de se constatar abuso na decisão condenatória, os tribunais disporão de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de instrumentos como o habeas corpus e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo.

Ele ressaltou que o sistema estabelece um progressivo enfraquecimento da ideia da presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal. “Há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau”, afirmou. Segundo Gilmar Mendes, países extremamente rígidos e respeitosos com os direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com decisão de segundo grau.

Ministro Celso de Mello

Seu voto, que acompanhou o do relator, foi enfático ao defender a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente, garantido pela Constituição Federal e pela lei penal. Segundo o ministro, a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Para o decano do STF, a posição da maioria da Corte no sentido de rever sua jurisprudência fixada em 2009 “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”. “Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais

a que fazem jus os cidadãos de uma república”, afirmou.

Ministra Cármen Lúcia

A presidente do STF negou o pedido de cautelar nos pedidos. Ela lembrou, em seu voto, posicionamento proferido em 2010 sobre o mesmo tema, quando acentuou que, quando a Constituição Federal estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não exclui a possibilidade de ter início a execução da pena – posição na linha de outros julgados do STF.

Para a presidente, uma vez havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”.

(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>)

Verificando o voto do iminente Ministro Fachin, não é caso de se obter uma terceira ou quarta chance e, sim, o respeito ao direito fundamental de que só será considerado culpado a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E o trânsito em julgado ocorre quando não há mais recursos plausíveis. Caso a defesa disponha de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, preenchido os requisitos legais e sua admissibilidade, é caso de não considerar o réu culpado até que sobrevenha decisão definitiva que ponha fim ao processo. De igual modo, cabe salientar que também é papel dos Tribunais Superiores julgar o Recurso Extraordinário (STF) e o Recurso Especial (STJ), artigos 102, III, CF/88 e 105, III, CF/88.

Fazendo uma observação ao voto do iminente Ministro Barroso, é complexo ofender a liberdade individual em detrimento de uma suposta "liberdade coletiva". Quando o iminente Ministro usa de que é preciso garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados, consequentemente está violando o princípio da presunção de inocência, afinal, se assim for, faz-se necessário julgar e prender menor infrator, instituir pena de morte ou outros meios para garantir o direito penal. Não é cabível a utilização de um direito penal máximo em um ambiente que não é propício para a aplicação correta de uma pena. O próprio iminente Ministro Barroso já mencionou a situação degradante em que o preso chega dentro do regime fechado, como se pode notar no momento em que o iminente Ministro propõe remição como forma de indenizar presos em condições degradantes, mais precisamente no Recurso Extraordinário (RE) 580252. Ainda nesse sentido, faz-se *mister* que o direito de segunda geração só foi possível graças aos direitos de primeira geração, portanto, é imprescindível o uso de pilares para os direitos fundamentais, exemplo: primeira geração como base, segunda geração acima e assim por diante.

Já o Ministro Luiz Fux usou do artigo 5º, LXI, CF/88 para fundamentar que se o constituinte colocasse óbice ao trânsito em julgado faria pelo artigo e inciso supracitado. Na visão do iminente Ministro o constituinte não teve a intenção de impedir a condenação em segundo grau. Entretanto, o iminente Ministro se

esqueceu da fase em que fora elaborada a Constituição Federal, pois o constituinte fora tão fiel ao princípio da presunção de inocência que o colocou em um inciso separado para servir como sustentação em qualquer âmbito, não cabendo o argumento de que deveria tê-lo colocado no art. 5º, LXI, CF/88 também.

Importante destacar o voto do iminente Ministro Gilmar Mendes, uma vez que não cabe ao Brasil ser comparado a outros países pois nossa tradição, cultura e costumes são diferentes, bem como nosso ordenamento jurídico não é igual aos países em que foram comparados. Posto isso, ressalta-se que o Brasil possui uma superlotação nos presídios e nossa legislação, infelizmente, não possui a mesma eficácia quanto a de outros países.

Ainda no voto do iminente Ministro Gilmar Mendes, faz-se necessário esclarecer que o iminente Ministro estuda rever a prisão após segunda instância (fonte: <https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-estuda-rever-prisao-apos-segunda-instancia-21395908>, acesso em 1 de junho de 2017). Isso só demonstra total insegurança jurídica do nosso sistema, entretanto, talvez o iminente Ministro observou algum equívoco e quer alterar a opinião.

3.2.3. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246

Pouco tempo passado o julgamento das ADCs, o STF reafirmou que a execução da pena após condenação em segunda instância é plenamente cabível:

Notícias STF

Sexta-feira, 11 de novembro de 2016

STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância

Por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

O recurso foi interposto em ação penal na qual o réu foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pelo crime de roubo (artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal). A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à apelação da defesa e determinou expedição imediata de mandado de prisão, para início da execução da pena. O caso trata do mesmo sentenciado a favor do qual foi impetrado o Habeas Corpus (HC) 126292, julgado pelo Plenário em fevereiro deste ano.

Ao questionar o início do cumprimento da pena, a defesa apontava ofensa ao dispositivo constitucional que garante o direito de ninguém ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, previsto no artigo 5º (inciso LVII) da Constituição Federal. Mesmo que os recursos aos tribunais superiores (recurso especial e recurso extraordinário) não tenham eficácia suspensiva, a defesa entendia que permanece válida a presunção constitucional de inocência até o trânsito em julgado.

Em sua manifestação, o relator do recurso, ministro Teori Zavascki, se pronunciou pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria. “É evidente que a questão em debate transcende o interesse subjetivo das partes, possuindo relevância social e jurídica”, afirmou.

O ministro lembrou o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, também da sua relatoria, em que o Supremo, por maioria, alterou o entendimento até então dominante e retomou a jurisprudência que vigorou na Casa até 2009, no sentido de que a presunção de inocência não impede prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirma sentença penal condenatória. Destacou ainda que a matéria voltou a ser apreciada pelo Plenário no mês passado e, na ocasião, ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, os ministros, por maioria, reconheceram que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Segundo explicou o ministro, toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. “Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação, a presunção de inocência”, afirmou.

Mesmo a sentença condenatória, juízo de culpabilidade que decorre dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso de ação penal, fica sujeita à revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior, se houver recurso, destacou o relator. “É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo de origem. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas”, explicou.

Ressalvada a via da revisão criminal, é nas instâncias ordinárias que se esgota a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado, resumiu o relator. Isso porque os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, por não se prestarem ao debate de matéria fático-probatória. Assim, enfatizou o ministro, com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa.

Nesse sentido, frisou o ministro Teori, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.

O ministro citou estudo de direito comparado para mostrar que em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando eventual referendo de Tribunal Supremo. Listou, como exemplos, as legislações de Inglaterra, Estados Unidos da América, Canada, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Com esses argumentos, o ministro Teori Zavascki se manifestou pela existência de repercussão geral na matéria e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, com reafirmação da jurisprudência do Supremo, fixando a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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”.

Resultado

A manifestação do relator pelo reconhecimento da repercussão geral foi seguida por unanimidade no Plenário Virtual. O mérito foi decidido diretamente no mesmo sistema, por tratar-se de reafirmação da jurisprudência consolidada no STF. O entendimento, nesse ponto, foi firmado por maioria, vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra Rosa Weber não se manifestou.

(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>)

Dando repercussão geral ao tema e reafirmando a jurisprudência, o Ministro Teori Zavascki (*in memoriam*) continuou no mesmo entendimento.

4. Conclusão

É fato que o princípio da presunção de inocência constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico. No mesmo sentido, é fato que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental ligado a liberdade à dignidade humana.

Em nosso sistema jurídico, ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa deve prevalecer, sob a perspectiva da liberdade e dignidade humana, que tem a prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal. Daí a regra inscrita no artigo 5º, inciso LVII, CF/88:

"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

Bem como os artigos 105 e 145 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Assim, condicionam a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 de abril de 2017.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 maio de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o código de processo penal. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal em 13 de outubro 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 28 maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal em 29 de maio 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em 24 maio de 2017.

BRASIL. Lei complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília-DF em 07/06/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 19 maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292-SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Plenário, Data do julgamento: 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 28 abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 28 abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246. Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acórdãos, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=964246&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 abril de 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Carlos Henrique. **Novo conceito de trânsito em julgado**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1324/1387>>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> acesso em 29 de maio de 2017.

Sites da internet:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>

<https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-estuda-rever-prisao-apos-segunda-instancia-21395908>