

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA NO HC 126.292.

PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE: A CRITICAL ANALYSIS OF THE RENDERED DECISION IN THE HC 126.292

Vanessa Garcia ¹

Resumo:

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana carrega consigo o respeito absoluto aos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano. A presunção de Inocência, podendo ser chamada de não-culpabilidade, embora esteja elencada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea e pertencente aos direitos e garantias fundamentais, encontra-se atualmente na esfera jurídica em processo de reinterpretação no que concerne à relativização de sua norma. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292, modificou o entendimento que vinha adotando desde 2010 quanto à presunção de inocência e a garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão que não caiba mais recursos. O artigo em comento, por meio de pesquisa de natureza teórico-bibliográfica, tem por objetivo fazer uma análise crítica acerca do novo entendimento adotado pelos ministros julgadores do HC em comento e seu reflexo no mundo jurídico. Imprescindível se faz analisar a decisão proferida e o comando constitucional.

Palavras-chave: Direitos e Garantias Fundamentais; Princípio da Presunção de Inocência; Relativização; Controle de constitucionalidade.

Abstract:

The principle of the dignity of the human person carries with it the absolute respect for the fundamental rights of every human being. The presumption of Innocence, which may be called non-culpability, although it is listed in article 5 of the Federal Constitution of 1988 as a stony clause and pertaining to fundamental rights and guarantees, is currently in the legal sphere in the process of reinterpretation as regards To the relativization of its norm. The Federal Supreme Court, in ruling HC 126,292, modified the understanding it had been adopting since 2010 regarding the presumption of innocence and the guarantee that no one will be considered guilty until the final decision is passed that does not have more resources. The article in question, through a research of a theoretical-bibliographic nature, aims to make a critical analysis about the new understanding adopted by the judges of the HC in this regard and its reflection in the legal world. It is imperative to analyze the decision rendered and the constitutional command.

¹ Acadêmica do curso de Direito no Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves.

Keywords: Rights and Fundamental Guarantees; The presumption of innocence principle; Relativization; Control of constitutionality.

Introdução.

O presente estudo tem como objetivo fazer uma análise crítica acerca da modificação do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o HC 126.292, e o reflexo que isso acarreta dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, resguardados pela Constituição Federal de 1988. Para tornar-se possível o desenvolvimento do estudo em comento, fez-se necessário a utilização da metodologia em livros, revistas e publicações de artigos online na área do Direito, tais como bibliotecas virtuais e portais jurídicos especializados, bem como leitura física em livros e doutrinas voltados ao assunto.

Em primeiro instante, a abordagem realizada se dá por meio de um breve e introdutório relato sobre as primeiras constituições instituídas no Brasil, até chegar na promulgada em 05 de outubro de 1988. Esta, trazendo aos brasileiros um reflexo da Revolução Francesa de 1789 e seus princípios de liberdade, justiça e solidariedade, e assim instituída no país como um Estado Democrático de Direito. Ademais, aprofunda em princípios decorrentes dos direitos e garantias fundamentais, utilizados como base para a análise do presente estudo.

Em um segundo momento, analisa-se a modificação da jurisprudência defendida desde 2010 pelo Supremo Tribunal Federal e um breve relato sobre o voto e fundamento de alguns ministros, tanto na posição a favor da mudança bem como a posição contrária no HC 126.292.

Por fim, a pesquisa faz uma análise crítica com intuito de comparar se, de fato, o novo entendimento está rasgando a Constituição Federal ou se faz imprescindível a mudança de todo esse contexto jurídico para restabelecer o prestígio das autoridades de primeira instância.

1. Constituição: Breve histórico.

O Direito Constitucional, mediante as demais normas jurídicas, ocupa uma posição de superioridade, não podendo seus dispositivos constitucionais serem contrariados. Isso se dá pelo fato de que os princípios fundamentais dos outros ramos jurídicos estão todos inseridos na Constituição.

Um breve histórico relata que foi na Inglaterra, através da Magna Carta, que ocorreu a limitação de poderes do Estado, através de pactos que limitavam o poder do monarca. Já as primeiras constituições propriamente ditas foram surgindo em decorrência das grandes revoluções democrático-burguesas do final do século XVIII, a saber, Independência Americana, de 1776, e Revolução Francesa, de 1789 (Pinho, 2011).

A primeira Constituição no Brasil ocorreu em 1824, outorgada por D. Pedro I, após a Declaração de Independência do Brasil, em 1822, sendo ela a única monárquica e semirrígida, e as que sucederam republicanas. Objeto para este estudo é a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Seu texto foi aprovado em dois turnos de votação por maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte, vindo da transição do regime militar para o regime democrático e traz como conteúdo a proteção dos direitos individuais dos cidadãos (Garcia, 2016).

Diferente das demais, a Constituição tinha como objetivo instituir um Estado Democrático, que visava entre outros objetivos, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, além da liberdade, segurança, igualdade.

De acordo com Pedro Lenza (pag. 128),

“Nos termos do preâmbulo da CF/88, foi instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar os seguintes valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Um dos objetivos fundamentais com a promulgação da Constituição de 1988 foi a construção de uma sociedade informada pelos princípios de liberdade, justiça e solidariedade, reflexo este da Revolução Francesa de 1789.

De acordo com o artigo 3º da CF/88 (Brasil, 2014):

“Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Diante disso, percebe-se que aos 05 dias de outubro de 1988, a Constituição Federal trazia ao povo brasileiro a esperança de um país democrático, que garantiria a eles seus direitos e garantias fundamentais.

Posto isso, seu título II traz os direitos e garantias fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, sendo eles: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

1.1- Direitos Fundamentais.

1.1-1. Dignidade da Pessoa Humana

Cinco fundamentos da organização do Estado brasileiro são apontados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, devendo ser interpretados como os principais valores na organização da ordem social e jurídica brasileira (Pinho, 2011).

Ainda segundo Pinho (2011),

“Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes”.

O inciso III, versa sobre a dignidade da pessoa humana, considerada como o princípio-matriz de todos os direitos fundamentais e, diferentemente ao Estado Liberal, coloca a pessoa em outro patamar.

De acordo com Garcia (2016), *“Para que o ser humano possua dignidade, deve a ele ser dado acesso a requisitos mínimos de uma vida digna como, por exemplo, alimentação, moradia, saúde, higiene, educação, lazer, etc”.*

Para o Estado brasileiro, o ser humano não pode ser visto como um meio a atingir outros objetivos a não ser como um fim em si mesmo. Esse valor a dignidade humana deve ser entendido como absoluto respeito aos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano, que lhe assegure condições dignas de existência para todos (PINHO, 2011, pag. 90).

Nesse íterim, entende-se que embora as pessoas possam não se portar igualmente, todas são iguais em dignidade e, para tal, existe um dever de respeito recíproco para com a dignidade alheia, que vai além de bens, valores ou princípios constitucionais.

1.1-2. Presunção de Inocência (Não culpabilidade)

O artigo 5º da CF/88 dispõe que:

“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 (...)”.

Antes de aprofundar sobre o princípio da presunção de Inocência, insta salientar que este artigo em comento é considerado cláusula pétrea. Sendo assim, tem o condão de inibir a mera tentativa de abolir o projeto básico, qual seja, direitos e garantias fundamentais. Seu significado está em prevenir um processo de erosão da Constituição do Estado Democrático de Direito, com a pretensão de evitar que a sedução de apelos próprios de um determinado momento político, venha a destruir um projeto duradouro (Mendes, 2009).

O inciso LVII, versa sobre o Princípio da Presunção de Inocência, que também pode ser considerado como Princípio da não-culpabilidade, haja vista a Constituição Federal de 1988 não presumir a inocência, mas sim declarar que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*.

Dessa forma, faz-se natural a inversão do ônus da prova uma vez que, a inocência sendo presumida, cabe ao Ministério Público, como órgão titular de ação penal condenatória, ou à parte acusadora (hipótese de ação penal privada) provar a culpa até a última instância. Se de todo o modo, não o fizerem, tal ação penal deverá ser julgada improcedente (Lenza, 2012).

Ao analisar principalmente os princípios em comento, entende-se que ao serem inseridos expressamente no texto constitucional, a norma infraconstitucional que viole qualquer um, sejam previstos expressamente ou de forma implícita, é inconstitucional, devendo ser retirados do mundo jurídico. Muitas das vezes, a violação de um princípio chega a ser mais grave que uma regra jurídica específica, haja vista ferir todo um sistema jurídico.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do assunto:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade... representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais...”.
(PINHO, 2011, pag. 85)

No mundo jurídico atualmente, questões políticas vem sendo matéria de discussão, principalmente no que concerne à contrariedade aos direitos e garantias fundamentais, consagrados como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988 e objeto de discussão e análise nos capítulos subsequentes.

2. O julgamento do HC 126.292.

Aos 17 dias do mês de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Teori Zavaski, modificou a jurisprudência da corte ao afirmar ser possível a execução da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância.

A decisão do HC 126.292 se deu por maioria de sete votos a quatro, vencendo a favor da mudança da jurisprudência o Ministro relator Teori Zavaski, seguido dos Ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luis Fux, Carmém Lúcia e Gilmar Mendes. Os Ministros que votaram contra a mudança de jurisprudência foram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

2.1 Ministros a favor de jurisprudência

O relator da HC 126.292, destaca em seu voto que o tema relacionado à execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão acerca do alcance do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Sob uma visão histórica, o voto do relator aduz que o Princípio da Presunção de Inocência, ou de não culpabilidade, encontra-se disposto no inciso LVII do artigo 5º da CF/88, ganhando destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo artigo 11.1 fica estabelecido que:

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.

Reconhecer esse verdadeiro postulado refletiu significativamente na formulação das supervenientes normas processuais, principalmente das que vieram tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional, agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os

seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contradita-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório (BRASIL, 1946), (BRASIL, 1988).

Em suma, o Ministro Teori Zavaski sustenta que cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Aduz, ainda, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável, haja vista equívocos ocorrerem também em instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

Razões essas suficientes para justificar seu posicionamento, restaurando o tradicional entendimento da Suprema Corte no sentido de que: *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.*

O Ministro Luis Roberto Barroso reitera o voto do relator, acrescentando que a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Ademais, o recurso extraordinário como nós bem sabemos, não se destina a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos, tampouco reapreciar a prova. Destina-se a discutir tão somente alguma questão de direito, de direito constitucional quando seja perante o Supremo, e de direito infraconstitucional quando seja perante o Superior Tribunal de Justiça, haja vista a materialidade e autoria já terem sido demonstradas no primeiro e segundo grau. Por isto posto, a proposta dos ministros que são a favor de jurisprudência gira em torno de tornar o sistema minimamente eficiente e diminuir o grau de impunidade.

Impende, ainda, destacar que à luz da Constituição, a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário pressupõe que a causa já tenha sido decidida.

3. Relativização do Princípio da Presunção de Inocência em decorrência do HC 126.292.

A imprevisibilidade da Corte do Supremo tem feito com que a falta da racionalidade nas deliberações do tribunal gere oscilações quando de suas jurisprudências.

Resta claro, pelo julgamento do HC 126.292, que a contrariedade entre os ministros do Supremo Tribunal Federal quando o assunto em pauta é o Princípio da não-culpabilidade, não se vincula a própria corte nem tampouco os demais órgãos do Judiciário.

Porém, o que se vê em toda essa diversa posição sobre a execução ou não da pena condenatória antes do trânsito em julgado, é uma falta de estabilização das expectativas jurídicas. Em que pese o momento político que o país se encontra, o que não pode ocorrer é um ambiente institucional mais volátil, sem uniformidade do entendimento em comento.

Brasil (2016) ressalta que:

“A presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. Com isso, a execução imediata da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinários não deve ser considerada incompatível com a presunção de inocência (ou da não culpabilidade), (MENDES, 2015)”.

Insta salientar que o recurso extraordinário acaba tornando-se instrumento exclusivamente voltado a prolongar o curso do processo, de tal maneira que sua delonga acarreta muita das vezes em prescrição. Seu objeto não diz respeito ao mérito da condenação, muito menos em questões voltadas à culpabilidade ou à fixação da pena.

Destarte, a população quando acompanha um processo criminal de âmbito nacional, por exemplo, espera que consiga uma satisfação necessária com a pena imposta àqueles que fizeram parte do delito. O que ocorre, a maior parte das vezes é uma delonga do processo, infundável são os recursos cabíveis, isso se não houver a prescrição antes.

Considerações finais.

Após toda uma análise crítica insta salientar que é certo afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado até que se esgote todas as vias para recurso, a registrar recurso especial e extraordinário em 2ª instância. Tendo essa garantia elencada em cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, tratar-se-á de inconstitucionalidade e afronto a nossa Carta Magna quando autorizada a execução provisória da pena, ainda que não esgotadas as vias de recurso.

Entretanto, após a relativização do princípio da não-culpabilidade dentro da esfera jurídica do cenário nacional, torna-se ponderável a reafirmação que, de acordo com o que já é sabido, o recurso extraordinário, não investiga acerto ou desacerto da decisão, tampouco reestuda fatos ou reaprecia a prova. Assim sendo, pela materialidade e autoria serem demonstradas no primeiro e segundo grau, o recurso discute tão somente questão de direito.

Destarte, o que se busca com a mudança da jurisprudência, além de se evitar a interposição de recursos protelatórios é restabelecer a importância e o prestígio da decisão de primeiro grau e, sobretudo, do acórdão do Tribunal de Justiça. Ademais, tornar-se-á o sistema minimamente eficiente, assim como diminuirá o grau de impunidade.

Referências.

BRASIL, Deilton Ribeiro. *A garantia do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais*. 2016. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/issue/current/showToc>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de junho de 2017.

_____. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 de set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 09 de junho de 2017.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 126.292-SP, Relator Ministro Teori Zavaski, Plenário, Data do julgamento: 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 09 de junho de 2017.

GARCIA, Wander. *Super-revisão para OAB: doutrina completa*. 6ª ed. Indaiatuba-SP: Foco Jurídico, 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Mônica Bonetti. *A Presunção de Inocência, A Constituição e o STF: Comentários ao HC 126.292/SP*. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/issue/current/showToc>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.