

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

GABRIELA OHANA FERNANDES DA SILVA

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA**

Paracatu

2019

GABRIELA OHANA FERNANDES DA SILVA

COSNTITUCIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em direito.

Área de Concentração: Ciências Criminais

Orientadora: Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa

Paracatu

2019

GABRIELA OHANA FERNANDES DA SILVA

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em direito.

Área de Concentração: Ciências Criminais

Orientadora: Prof. Msc. Diogo Pereira Rosa

Banca Examinadora:

Paracatu- MG, ___ de _____ de 2019.

Prof.
Centro Universitário Atenas

Prof.
Centro Universitário Atenas

Prof. Msc.
Centro Universitário Atenas

Dedico esse trabalho a Deus que sempre direcionou a minha vida e quem tem feito maravilhas por mim.

Dedico a meus pais por me apoiarem e fazerem o possível e o impossível para eu está aqui nesse momento.

Dedico a minha amada irmã que me ajudou em toda essa trajetória me guiando e me dando forças.

Dedico ao meu orientador, Msc Diogo Pereira Rosa, pelos conselhos e tempo dedicado.

Agradeço aos meus amigos e familiares que de alguma maneira me ajudaram nesta trajetória

RESUMO

O presente trabalho consiste na análise sobre a constitucionalização da execução provisória da pena. Ao longo do trabalho acadêmico será analisado o princípio em que se se é baseado sobre a constitucionalidade da execução da provisória. Trataremos também sobre o Habeas Corpus que teve grande repercussão e que deixou muitos divididos.

A pesquisa foi realizada para dar uma visão ao leitor de como surgiu e porque se teve essa discussão sobre a constitucionalidade. Veremos também, que o tema é bem atual e que ainda não se tem uma pacificação sobre o assunto.

O resultado dessa pesquisa demonstra que realmente se tem a inconstitucionalidade, e conforme foi estudado na constituição não se é possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, pois atinge diretamente a nossa constituição.

Sendo a inconstitucionalidade da pelo motivo de ir contra aos princípios da presunção de inocência e da celeridade e segurança jurídica, sendo encontrados especialmente na constituição com garantias legais.

Palavras chave: Constitucionalização, princípio, execução.

ABSTRACT

The present work consists of the analysis on the constitutionalisation of the provisional execution of the sentence. Throughout the academic work will be analyzed the principle in which one is based on the constitutionality of the execution of the provisional one. We will also deal with the Habeas Corpus that had great repercussion and that left many divided.

The research was carried out to give an overview to the reader of how it came about and why we had this discussion about constitutionality. We will also see that the theme is very current and that there is still no pacification on the subject.

The result of this research shows that there is really unconstitutionality, and as it was studied in the constitution, it is not possible to execute the sentence before the final sentence, because it directly affects our constitution.

Being the unconstitutionality of the reason for going against the principles of presumption of innocence and celerity and legal security, being found especially in the constitution with legal guarantees.

Key words: Constitutionalisation, principle, execution.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 1.1 PROBLEMA | 9 |
| 1.2 OBJETIVOS | 9 |
| 1.2.1 OBJETIVO GERAL | 9 |
| 1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 9 |
| 1.4 JUSTIFICATIVA | 9 |
| 1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO | 10 |
| 1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO | 10 |
| 2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU HISTÓRICO | 11 |
| 2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL | 14 |
| 3 CELERIDADE E SEGURANÇA SOCIAL | 17 |
| 4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA | 20 |
| 4.1 ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 126.292 | 20 |
| 4.2 VOTOS QUE SEGUIRAM RELATOR | 21 |
| 4.3 VOTOS CONTRÁRIOS A MUDANÇA | 24 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 27 |
| REFERÊNCIAS | 28 |

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o sistema de punições, faz parte da História da Humanidade.

E, ao longo do tempo, foi se transformando, até chegar ao modelo atual que assegura a privação da liberdade como punição coercitiva e regenerativa.

Por um longo período da História, aproximadamente do século VII a.C., ao século V d.C., o termo era cárcere, visto que, não havia um código de regulamento social. O ato de aprisionar não tinha o caráter da pena, mas como garantia de manter o indivíduo sob o domínio físico, para se exercer a punição.

Os locais para o encarceramento, eram, desde calabouços, ruínas à torres de castelos. Que, normalmente, eram insalubres, sem iluminação, sem condições de higiene e inexpurgáveis.

As masmorras são exemplos tristes, deprimentes, cruéis e injustos desse modelo de cárcere. A punição baseava-se no tormento físico.

No período da Idade Média, de 476 a 1453, com a supremacia da Igreja Católica, mantinha-se ainda, o cárcere apenas como local de custódia para garantir o cumprimento das punições, conservar, àqueles que seriam submetidos a castigos corporais e à pena de morte.

Neste mesmo período também, temos o surgimento de dois tipos de encarceramento: o cárcere do Estado e o cárcere eclesiástico. O primeiro com o papel de cárcere-custódia, utilizado no caso em que o indivíduo privado de liberdade assim estava à espera de sua punição. O segundo, era destinado aos clérigos rebeldes, que ficavam trancados nos mosteiros, para que, por meio de penitência, se arrependessem do mal e obtivessem a correção. Neste momento surge o termo “penitenciária”, que tem precedentes no Direito Penal Canônico, que é a fonte primária das prisões.

O Modernismo e o Contemporâneo, o primeiro é o período das transições, do modelo de organização social Feudal para a constituição do Estado Moderno com o desenvolvimento dos modelos político, econômico e social organizado sob a lógica do Capitalismo.

A Monarquia, da Idade Moderna, passou a ser livremente comandada pelo monarca, detentor incondicional do poder político. Poder esse que desconhecia

quaisquer vínculos e limites e se caracterizava por impor uma barbárie repressiva, que afligia os súditos desprovidos de direitos.

No século XVIII ocorreram duas passagens significativas que influenciaram concomitantemente na História das prisões: o nascimento do iluminismo e as dificuldades econômicas que afetaram a população, o que culminou em mudanças para a pena privativa de liberdade.

Com o aumento da pobreza, as pessoas passaram a cometer um número maior de delitos patrimoniais. Como a pena de morte e o suplício não respondiam mais aos anseios da justiça e seu caráter de exemplaridade da pena falhava, o processo de domesticação do corpo já não atemorizava, surgindo então a pena privativa de liberdade, como uma grande invenção que demonstrava ser o meio mais eficaz de controle social.

O Iluminismo marca ainda o surgimento de figuras que marcariam a história da humanização das penas, como: Cesare Beccaria, em sua obra intitulada “Dos Delitos e das Penas, publicada em 1764 que combateu veemente a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir o princípio da reserva legal e garantias processuais ao acusado.

A partir do século XVIII quando, então, as prisões tornaram-se a essência do modelo punitivo, assumindo um caráter de estabelecimento público de privação de liberdade.

Carvalho Filho (2002) explica rigor, severidade, regulamentação, higiene e intransponibilidade do ponto de vista institucional e com uma dinâmica capaz de reprimir o delito e promover a reinserção social de quem os comete foram as prerrogativas que passaram a caracterizar as instituições penais a partir do século XVIII.

Particularidades históricas deram então o contorno para o atual modelo do sistema de privação de liberdade.

E, neste contexto que se transformou as prisões e os sistemas de punições para o que é na atualidade.

Eliminou-se da prisão o seu caráter de humilhação moral e física do sujeito. A lei penal passou a se propor a uma função de prevenção do delito e da readaptação do criminoso.

A prisão passa a fundamentar-se teoricamente, no que hoje é: privar o indivíduo de liberdade para que ele possa aprender através do isolamento, retirá-lo da família, e de outras relações socialmente significativas, para leva-lo a refletir sobre o seu ato criminoso, tornando então o reflexo mais direto de sua punição.

1.1 PROBLEMA

É constitucional a execução provisória da pena, mesmo após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância?

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 OBJETIVO GERAL

Verificar a inconstitucionalidade da execução provisória da pena mesmo após confirmação da sentença em segunda instância.

1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a)** Princípio da Presunção de Inocência e seu histórico;
- b)** O HABEAS CORPUS 126.292/2016 – JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;
- c)** A celeridade e a segurança jurídica.

1.3 JUSTIFICATIVA

O presente trabalho tem por objetivo dispor um tema e fazer com que o mesmo seja algo de um estudo aprofundado, visto que os acontecimentos recentes no país não só em termos do direito processualista penal mas abrangendo também a

esfera eleitoral sendo assim é mister que tal tema recaia diante dos estudiosos do assunto para que os mesmos determine um conceito em que a lei seja difundida de tal maneira com que não aja sobre sua aplicabilidade para favorecer ou desfavorecer os que nela são protagonista. Visto que quando se é estudado em profundidade é nítido que a prisão em segunda instância é completamente contrária a nossa Carta Magna, que em seu conteúdo visa o princípio da presunção de inocência, onde a prisão de uma pessoa só se daria quando esgotasse todas as formas de recurso.

1.4 METODOLOGIA DO ESTUDO

E por fim, utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas, com análises de livros, artigos e outros meios impressos e eletrônicos relacionados ao assunto.

1.5 ESTRUTURA DO TRABALHO

O primeiro capítulo será realizado uma análise histórica sobre o princípio da presunção de inocência e sobre seu surgimento no Brasil.

O segundo capítulo trataremos do princípio da Celeridade e Segurança Social, onde irá ser abordado sua importância para o processo legal.

No terceiro capítulo, abordaremos o estudo frente ao Habeas Corpus 196.292 que deu uma grande repercussão, dando discussão sobre sua constitucionalidade.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU HISTÓRICO

A presunção de inocência é um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico tendo seu início no século XII, com a edição da Carta Magna de 1215, conforme assegura Ricardo Alves Bento. Do mesmo modo Fábio Konder Comparato (2008. P.26), além de afirmar a importância da Carta Magna, também elenca a Declaração de Leão de 1188, como de grande significância para a presunção de inocência.¹

Contudo este princípio teve seu marco na Revolução Francesa que foi influenciada pelo iluminismo, que por decorrência resultou na Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão, em que marcou o novo regime político:

“Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, nesse sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”

Na redação desta Declaração em seu artigo 9º, que se estruturou o princípio da presunção de inocência:

“Art. 9.º **Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado** e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Nos ensinamentos de Leonir Bastiti, “a notoriedade do art. 9º não impede que se reconheça que o art 7º é que concentrou a regra da proibição da prisão ilegal” É importante salientar, que mesmo o art 9º tendo positivado este princípio, vale

¹Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html#_ftn12

lembrar que o art 7º ressalta a necessidade da legalidade da prisão e o repúdio às prisões arbitrárias:

“Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”.

Nesse sentido Fernando Capez (2016, p.117) diz que:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência”

Na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, proclamou a Declaração Universal dos do Homem, tendo em estudo o seu art. XI, que descreve que: “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”. Ainda em seu artigo nos traz que o julgamento deve ser público e que a defesa do acusado seja assegurada.

Nesse sentido Sanches Cunha (2015, p.96) declara que “Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos”.

Em 1950, na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e que também teve o nome de Convenção Europeia dos Direitos do Homem, traz em seu artigo 6º: “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Dando ainda direito ao acusado de ter conhecimento sobre a natureza e a causa da acusação feita contra ele, e assegurando sua defesa.²

No Pacto dos Direitos Civis também tem a previsão da presunção de inocência como uma garantia processual em seu artigo 14.

No entanto, é importante lembrar sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é conhecida como Pacto da San José da Costa Rica, que em seu art. 8º, prevê a presunção de inocência nas garantias processuais do cidadão:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Contudo, como foi exposto é notável que ao decorrer do tempo a presunção de inocência tomou força e foi inserida no cenário internacional como uma garantia indispensável na condição humana.

²Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>

2.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, no período colonial, dominava o padrão inquisitório, com a visível pretensão de culpa do investigado diante o processo na justiça daquela época. A justiça no período colonial mesclava com a moral, direito e religião. A prisão era o preceito para que o incriminado não escapasse. A instituição que acusava e julgava eram a mesma, não tendo fase preliminar antes do processo, levando então a prisão do incriminado para depois agir com a inquirição e julgamento. No período colonial era comum o uso de tortura para se tirar do acusado a confissão, onde a culpa já era deduzida e cabia ao acusado provar sua inocência, fazendo-se difícil uma absolvição. No decorrer da Inconfidência Mineira, Tiradentes foi sentenciado, em trecho do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (BRASIL, 2008):³

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais público dela será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas [...] aonde o Réu teve as suas infames práticas [...]; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique [...] e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infâmia deste abominável Réu; igualmente condenam os Réus Francisco de Paula Freire de Andrade Tenente Coronel que foi da Tropa paga da Capitania de Minas, José Alves Maciel, Ignácio José de Alvarenga, Domingos de Abreu Vieira, Francisco Antônio de Oliveira Lopez, Luiz Vás de Toledo Piza e depois de mortos lhe serão cortadas as suas cabeças e pregadas em postes altos até que o tempo as consuma [...] nos lugares de frente das suas habitações que tinham em Villa Rica e a do Réu Ignácio José de Alvarenga, no lugar mais público na Villa de São João de El-Rei, [...] declaram estes Réus infames e seus.

E no período imperial, com a chegada da família real surgiram as ideias, iluministas e na Constituição de 1824 (BRASIL, 1824), se apresentam as garantias fundamentais do cidadão, como é perceptível algumas no artigo 179 dessa Carta:

³ Disponível em: [file:///F:/MARCO ANDRE BONOTTO GONÇALVES DIAS%20\(2\).pdf](file:///F:/MARCO ANDRE BONOTTO GONÇALVES DIAS%20(2).pdf)

Art. 179. [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assignada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as. [...] IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o Réu livrar-se solto. [...] X. A exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legitima. Se esta for arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessárias á disciplina, e recrutamento do Exército; nem os casos, que não são puramente criminais, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

Já no período republicano, criou expectativas sobre um novo momento social, ao final do período colonial. O judiciário se torna independente, tendo um arranjo desse poder, porém somente com a Constituição de 1988 que o princípio da presunção de inocência se positivou, no artigo 5º, LVII (BRASIL, 1988) em que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O Brasil adotou, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto San José da Costa Rica, pelo Decreto Legislativo nº27, 26 de maio de 1992. Alega em seu art 8º, na primeira parte que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Declara Antônio Magalhães Filho com correlação com a Constituição Federal de 1988 e ao Decreto citado:

As duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia. (...) diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.

Constata a consideração exposta na Carta Magna em seu art 5º, §2º: “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Expõe-se assim, que a Presunção da Inocência, conforme a Carta Magna vigente, exhibe maiores garantias, do que as expostas pelo Pacto San José da Costa Rica, visto que impõe de forma clara e visível o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Concluindo esse item, surge o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, art.66, promulgado no Brasil em 25 de setembro de 2002 mediante o Decreto nº. 4.388:

Art.66. Presunção de Inocência. 1. Toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

3.CELERIDADE E SEGURANÇA SOCIAL

Segundo o Autor Alexandre Freitas Câmara (2013, p. 67) “Tem havido, modernamente, uma busca quase desenfreada pela celeridade do processo, mas há um tempo que precisa ser respeitado”.

A parte que demanda na justiça espera que seu processo tenha cessação com a prestação jurisdicional, tempestiva e apropriada. Assim, decorre de uma grande apreensão com a questão da celeridade.

Sobre o tema mencionado Carnelucci (1971, p. 177) diz que:

O processo dura; não se pode fazer tudo de uma vez. É necessário ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e se há de esperar para colher. Junto à atenção há de se colocar a paciência entre as virtudes necessárias entre o juiz e às partes. Desgraçadamente, estas são impacientes por definição; impacientes como os enfermos, pois sofrem também elas. Uma das funções dos defensores é inspirar-lhes a paciência. O *slogan* da justiça rápida e segura, que se encontra sempre nas bocas dos políticos inexpertos, contém, desgraçadamente, uma contradição *in adiecto*; se a justiça é segura, não é rápida; se é rápida, não é segura. Algumas vezes a semente da verdade leva anos, até mesmo séculos, para converter-se em espiga (*veritas filia temporis*). (apud CÂMARA, 2013, p. 67).

Contudo, sobre o parecer célere a segurança dessa razão que sem segurança não tem efetividade no processo. Neste contexto, se verifica o dever sobre um questionamento sobre o Princípio da Segurança Jurídica.

Constata-se, que há uma intrínseca relação entre estes conceitos para o ato jurídico perfeito, com direito adquirido e coisa julgada com a própria segurança jurídica. Canotilho (1995, p. 373-374) protege o posicionamento que:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos.

Ele ainda aponta que, segurança e confiança jurídica são de responsabilidade do Estado, de modo que se dá uma proporção de “durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas”, de fato que “legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas”.

Tornando então o fato de que o princípio não se encontra visível em sua redação constitucional. O autor José Afonso da Silva (2001, p.65) aborda que esse ato não deprecia sua relevância, considerando-se que o encargo constitucional que traz, sendo tratado como norma-princípio ou norma-fundamental.

Nessa percepção, Brandão (2005, p.23) diz que:

O direito brasileiro considera o princípio da segurança jurídica como basilar para nosso ordenamento jurídico, uma vez que este instaura a “paz” e a estabilidade no mundo jurídico, que é um pressuposto básico que gera um clima de confiança em seu conteúdo.

Entende-se que nessa compreensão a segurança jurídica como um modo de imposição a um direito estável e provável, na forma de buscar a garantia da estabilidade do ordenamento jurídico pertinente ao Estado de Direito.

Vale ressaltar, que para Brandão a respeito de dos conceitos que se desenvolvem os fundamentos do princípio da segurança jurídica:

(1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica: uma vez adotadas, na forma e procedimento

legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e culpabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Desta forma, a pertinência em relação das decisões expressadas e a primordialidade do resguardo da coisa julgada, exposta claramente com a imposição da segurança jurídica, torna-se inegável a necessidade de correlação entre esta e a celeridade processual.

4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

4.1 ANÁLISE SOBRE O HC 196.292/2016

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, através do julgado do Habeas Corpus sob o n. 126.292 pôs fim a intensa discussão sobre a possibilidade de execução da pena provisória. Com uma votação de 07 a 04 em favor da constitucionalidade da execução provisória, o órgão máximo do judiciário modificou bruscamente sua jurisprudência, que até aquele momento vedava a execução da pena, depois da decisão condenatória confirmada em segunda instância (BRASIL, 2016).

O ministério relator Marco Aurélio votou contra a execução provisória. Acompanharam seu voto, os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Lewandowski. Ao proferir seu voto, o ministro Marco Aurélio desapaixonadamente lamentou a decisão do Pretório Excelso através dos seguintes dizeres: “Não vejo uma tarde feliz em termos jurisdicionais na vida deste Tribunal, na vida do supremo.”. O ministro ainda enfatizou que a decisão colocou em xeque os valores da atual constituição da república, também chamada de “Constituição Cidadã” (BRASIL, 2016).

Por outro lado, o ministro Teori Zavascki votou objetivando modificar a jurisprudência do STF, o que foi prontamente seguido pelos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Em contrapartida, a ministra Rosa Weber divergiu afirmando não estar preparada para enfrentar a questão e mudar a jurisprudência da Corte (VICENTINI, 2018)

A seu turno, o professor Lenio Luiz Streck posicionou afirmando que jamais imaginou que uma corte ou o Judiciário sustentasse decisão apta a ferir o texto constitucional (GIMENES, 2018).

No mesmo sentido, sobre a execução imediata da pena, o doutrinador Pedro Lenza (2016, p. 77) asseverou que:

Apenas quando não forem cabíveis mais recursos contra a sentença condenatória é que o réu poderá ser considerado culpado. Referido princípio, como se verá não é absoluto, pois a própria Constituição permite a prisão provisória antes da condenação, desde que preenchidos os requisitos legais (art. 5º, LXI) (LENZA, 2016, p. 77).

Parafraseando Lenza (2016) tem-se que a interpretação da constituição deve curvar-se aos ditames do estado democrático de direito, a fim de se manter a segurança jurídica. O que a justiça deve ocupar é de zelar pelo direito, efetivar a prestação jurisdicional e não suplantar o que o constituinte estabeleceu. O STF, enquanto guardião da constituição, deve interpretar o texto constitucional, no entanto deve demonstrar quais critérios utilizou para tanto. Lenza (2016, p. 151) leciona sobre a escolha desses critérios:

Diante das premissas de interpretação postas, surge a necessidade de se estabelecerem parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação, à luz da ideia de certeza e segurança jurídica. Não se pode desconhecer a realidade atual e inevitável de, muitas vezes, criação judicial do direito, já que entre a declaração de nulidade absoluta total da lei ou ato normativo ou o não conhecimento da ação em termos de segurança, prefere-se as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos. Nesse sentido, o texto constitucional apresenta-se como porto seguro para os necessários limites da interpretação, destacando-se a interpretação conforme a constituição como verdadeira técnica de decisão (LENZA, 2016, p. 151).

Dessa forma, a interpretação do texto constitucional deve seguir determinadas técnicas, a fim de preservar a segurança jurídica. No mesmo passo, a interpretação do texto constitucional deve buscar atender as necessidades da sociedade, pois entre a declaração de nulidade absoluta de determinada norma, ou do não conhecimento da ação, é preferível uma interpretação para os fins de modificar ou corrigir a realidade (AVRITZER; MARONA, 2017).

Sobre a necessidade da interpretação do texto constitucional Kelsen (2009, p.250) afirma com brilhantismo:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vistas da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente (KELSEN, 2009, p. 250).

4.2 VOTOS QUE SEGUIRAM RELATOR

Conforme exposto alhures, o voto do Ministro Teori Zavascki no HC 126.292/SP foi acompanhado pelos seguintes ministros: Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes. Não obstante o fato de os ministros apresentarem posição similar, vale realizar algumas impressões sobre seus votos.

Ao proferir seu voto, o Ministro Edson Fachin enalteceu a posição do relator, enfatizando sua decisão e comprometimento no caso, além do saber jurídico e senso de justiça. Fachin sustentou, ainda, que os ditames da Lei de Execução Penal foram revogados com a edição da Lei 8.038/90, não sendo um argumento crível para elidir a execução da pena, depois de esgotados os recursos em segunda instância. A respeito, confira-se *litteris*:

[...] no plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90 (BRASIL, 2016).

Por derradeiro, o ministro finalizou destacando que as medidas cautelares podem conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários. Da mesma forma, o habeas corpus é um instrumento que atuar com um remédio capaz de sanar eventuais nulidades. Por essas razões é que se pode admitir a execução provisória da pena.

Nessa seara de pensamento, o Ministro Luis Roberto Barroso exarou seu voto demandando um olhar crítico e austero em direção ao uso de recursos meramente protelatórios. Confira-se *in verbis*:

[...] alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o 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, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão 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 (BRASIL, 2016).

O Ministro continuou destacando no seu voto que as pessoas que dispõem de mais recursos financeiros, mesma condenada, não cumprem a pena por mais de vinte anos, uma vez que possui boas condições para custear e manter um advogado no intuito de interpor um recurso atrás do outro para evitar o trânsito em julgado.

Barroso, ao concluir seu voto fixou argumentos de que a decisão penal condenatória proferida em segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência, mesmo que sujeitas aos recursos especial ou extraordinário.

Luiz Fux, em seu voto esposou o posicionamento dos colegas, e ainda enfatizou o seguinte:

[...] é preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. (BRASIL, 2016).

Ao final de seu voto, Fuz ainda fez uma crítica a respeito da inércia do órgão ministerial, afirmando ser este um fato teratológico.

A ministra Carmem Lucia ostentou as mesmas teses anteriores de seus votos anteriores, ou melhor, votou contra a execução provisória da pena, e por conseguinte, contra o deferimento da liminar.

Dias Tóffoli, a seu turno, votou parcialmente a favor da possibilidade de execução provisória depois de exauridos os recursos em segunda instância. Para tanto, Tóffoli afirmou que: a “execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF.” (BRASIL, 2016).

Nesse íterim, o Ministro Gilmar Mendes pediu *venia* para manter-se fiel a linha de pensamento acerca do alcance da Constituição de 1988 e ao final, declarou ser contra a execução provisória da pena.

4.3 VOTOS CONTRÁRIOS À MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA

Defendendo outra posição, os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, votaram de forma contrária ao relator, Ministro Teori Zavascki. Segue abaixo algumas ponderações a respeito dos respectivos votos.

A Ministra Rosa Weber, de forma breve e modesta, explicou que não teve condições de estudar detidamente sobre o tema, da forma como merecia. Em face disso, argumentou que não poderia votar contrariamente a jurisprudência da corte, tendo em vista somente a mudança de pensamento de alguns colegas da corte. Em sua vista, a ministra ponderou que o Supremo Tribunal Federal deve se comportar como uma instituição, e não pautado em convicções pessoais de cada membro. Mencionou, ainda que existe uma questão pragmática, cuja extensão resvala em modificação do texto constitucional, e a via eleita não era adequada para o debate.

Por seu turno, o Ministro Marco Aurélio sustentou a mesma posição que teve em 2009, ocasião em que repudiou a possibilidade de execução provisória da sentença. O ministro asseverou ser ela “execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada” (BRASIL, 2016). Prosseguindo seu voto, o ministro ponderou que seria um retrocesso a admissão do cumprimento da pena, antes de exauridas todas as instâncias e recursos legais, sendo uma real afronta ao modelo garantista consagrado na Constituição Cidadã de 1988. Confira-se, *litteris*:

[...] modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País (BRASIL, 2016).

Ao final de seu voto, o ministro Marco Aurélio advertiu que posições contrárias atuam “usurpando competência legislativa e promulgando, disfarçadamente, uma emenda constitucional.” (BRASIL, 2016).

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello trouxe à lume, com muita clareza, um resumo analítico da carta magna. Mello defendeu que “existe um momento visivelmente definido a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, não trabalhando a Constituição com esvaziamento progressivo desta à medida que sucedem os graus de jurisdição.” (BRASIL, 2016).

De modo geral, o ministro Celso de Mello discorreu o seguinte:

[...] há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. (BRASIL, 2016).

Nos dizeres do decano, Ministro Celso de Mello, o espírito do constituinte foi trazer ao país uma vigilante e acentuada segurança do Princípio da Presunção da Inocência, sendo inteiramente desarrazoado invocar o direito comparado, como o estadunidense ou francês, entre outros estados democráticos, em que as constituições desoneram a obrigatoriedade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Foi tarefa do ministro presidente da Corte, Ricardo Lewandowski, finalizar a lista daqueles que ostentaram posição contrária à do relator. Diante disso, o ministro presidente trouxe à tona o fato de haver tertúlias jurisprudenciais a respeito do início da execução da pena provisória. Isso, porque considerando tanto as questões concernentes à propriedade, quanto as de proteção à liberdade.

Ricardo Lewandowski discorreu de forma interessante ao comparar os institutos processuais cautelares existentes nas legislações, processual penal e civil, asseverando que: “ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores”. (BRASIL, 2016).

Ao final, Lewandowski lamentou que a Corte Superior colocar em xeque a segurança jurídica do acusado. Registre-se:

[...] decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (BRASIL, 2016).

Por fim, Ricardo Lewandowski concluiu evidenciando algumas estatísticas que contrariam a posição dos ministros que se mostraram a favor da execução da pena antes do trânsito em julgado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem a finalidade de fazer um estudo sobre um assunto que atualmente está sendo muito discutido, que é sobre a constitucionalização da prisão em segunda instância, que se resume na execução da pena sem o trânsito em julgado. Como foi exposto, na Constituição Federal em seu artigo. 5º, LVII, da CF/88 preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória",

Contudo, não pode sobrepor a Constituição Federal, pois seria uma inconstitucionalidade.

A constitucionalidade está no princípio da presunção de inocência impede a execução da pena decidida, sem seu o trânsito em julgado. A presunção de inocência tomou-se no decorrer dos tempos força imbatível, no Brasil e no mundo.

Ressaltando também, que neste contexto, a imprescindível necessidade conjunta entre esta e a celeridade processual. Contudo já existe decisão de que é possível a execução da pena sem o trânsito em julgado de acordo com o HC 196.292/2016, porém ainda existem vários doutrinadores de que enxergam essa decisão inconstitucional visto que contraria a Constituição Federal.

Por fim, o presente trabalho obteve êxito, pois alcançou todos os objetivos colocados, que era o estudo de dois princípios extremamente importantes para o assunto abordado, e ainda trouxe o motivo do qual ainda muito se discute acerca da decisão de execução da pena sem o trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A Tensão entre Soberania e Instituições de Controle na Democracia Brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, Abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582017000200359&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 jul. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11ªed. São Paulo: Hemus, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 02 de setembro de 2016. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CARVALHO, Luís Francisco Cravalho. **A Prisão**. Publifolha. São Paulo, 2002.

FILHO José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 24ªed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 5ªed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIMENES, José Jácomo. **Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009. 448 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1592 p.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 6ªed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. – 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba. Juruá, 2009. p. 31.

VICENTINI, Naiara. **Execução da pena privativa de liberdade em segunda instância**: constitucionalidade ou inconstitucionalidade. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279434,11049-Execucao+da+pena+privativa+de+liberdade+em+segunda+instancia>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o. Acessado em 04 de novembro de 2010.

Pacto internacional sobre direitos civis e políticos art. 14.2 “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**. AASP. N.º 42. Abril de 1994. p. 31.

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279434,11049-Execucao+da+pena+privativa+de+liberdade+em+segunda+instancia>> acesso em 19/11/2018 às 13:41.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-04/execucao-provisoria-pena-esdruxula-injusta-celso> acesso em 26/11/2018 às 16:00

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html#_ftn12

Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/190/ril_v48_n190_t2_p169.pdf