

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, por ocasião do XXV Congresso Nacional do Conpedi, em Curitiba/PR.

Os textos que ora se apresentam, ecléticos que são pela própria amplitude das ideias que contemplam e porque elaborados por autores que estão cientes do papel social que possuem na consolidação de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, demonstram a riqueza das ideias que norteiam o direito penal e o direito processual hodierno.

Os trabalhos contêm estofo interdisciplinar e contemplam desde a dogmática individualista tradicional até as transformações dogmáticas mais aptas à tutela do bem jurídico transindividual. As ideias transbordam o direito nacional e traduzem questões que afetam a modernidade globalizada, e dizem respeito tanto aos aspectos materiais como processuais de uma modernidade que reclama, mais do que nunca, que cada cidadão exerça efetivamente o seu papel social.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal e o direito processual penal, como segmentos de controle social de caráter formal e residual, carecem de aperfeiçoamento, principalmente porque subjacentes, hoje, às discussões que envolvem a pertinência das leis e do trabalho dos envolvidos na persecução penal desde sua etapa primeva.

Os textos ora apresentados refletem a vivência de uma sociedade complexa e plural, carecedora de práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições. Daí a razão pela qual a leitura permitirá vislumbrar o cuidado que cada autor teve de apresentar textos críticos, que por certo contribuirão para modificações legislativas e práticas materiais e processuais que alimentem o direito penal e o direito processual penal de molde a guardarem mais pertinência à Constituição Federal de 1988 e aos reclamos da sociedade hodierna.

Tenham todos ótima leitura e que venham os frutos das ideias acima destacadas!

Prof. Dr. Fábio André Guaragni - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

MITIGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO CULPABILIDADE NO BOJO DO HC 126292/SP – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL

MITIGATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO NOT GUILTY IN THE WAKE OF THE HC 126292 / SP - UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL MUTATION

Márcio Alberto Gomes Silva ¹

Resumo

O presente ensaio objetiva discutir julgado do STF que autorizou a execução provisória de pena imposta em sentença condenatória, depois que esta for referendada pelo respectivo tribunal de segundo grau. Trata-se de comando avistável no corpo do HC 126292/SP, relator Ministro Teori Zavascki. A proposta é discutir a decisão do Pretório Excelso, sob a luz do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF). O estudo do tema exige a análise do fenômeno da mutação constitucional e reclamará perquirir a existência de eventual mutação constitucional inconstitucional.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Cumprimento provisório de pena, Mutação constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the Supreme Court judged that authorized the provisional enforcement of the sentence imposed in the sentence , after it is ratified by the respective second degree court. This is avistável command in body HC 126292 / SP, rapporteur Teori Zavascki . The proposal is to discuss the decision of the Praetorium Exalted, in the light of the principle of presumption of innocence (Article 5 , LVII of the Constitution) . The theme of the study requires the analysis of the phenomenon of constitutional change and complain to assert the existence of any unconstitutional constitutional mutation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Presumption of innocence, Provisional execution of a sentence, Constitutional mutation

¹ delegado de Polícia Federal, professor universitário, mestrando em direito público pela UFS, especialista em Ciências Criminais pela UNAMA/UVB e em Inteligência Policial pela ESP/ANP/DPF. Autor de livros.

1. Intróito

O presente ensaio tem em mira discutir recente julgado do Supremo Tribunal Federal que autorizou a execução provisória de pena imposta em sentença condenatória, depois que esta for referendada pelo respectivo tribunal de segundo grau. Trata-se de comando avistável no corpo do HC 126292/SP, julgado pelo pleno da corte, em 17 de fevereiro de 2016, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki.

A proposta é discutir a decisão do Pretório Excelso, sob a luz do princípio da presunção (ou estado) de inocência, grafado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. O estudo do tema deve ser permeado pela análise do fenômeno da mutação constitucional e reclamará perquirir a existência de eventual mutação constitucional inconstitucional.

A análise da mutação constitucional será necessária porque se trata de mudança de interpretação de um comando constitucional sem alteração de texto (até porque não é possível alterar os termos do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, vez que se trata de cláusula pétrea) – até então a corte suprema entendia incabível a execução provisória da pena imposta em decisão pendente de recurso (ainda que tal recurso fosse especial ou extraordinário).

O ensaio estudará, ainda, a prisão preventiva (alternativa à execução provisória de pena, caso se constate a necessidade concreta do cárcere, na pendência de recurso), o direito à razoável duração do processo (grafado no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da *Lex Mater*) e a quantidade de recursos em sede de processo penal (muitas vezes usada apenas para protelar o efetivo cumprimento do comando condenatório, com vistas ao implemento da prescrição).

2. O direito à presunção de inocência (direito à não culpabilidade), o entendimento por hora superado do STF e polêmico novo julgado

O princípio da presunção da inocência (alguns preferem estado de inocência) está grafado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal:

Art. 5º. (...).

(...)

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

Guilherme de Souza Nucci¹ leciona que:

O estado de inocência é uma garantia constitucional voltada a barrar atitudes hostis, abusivas e persecutórias levianas dos órgãos estatais, não querendo significar deva o réu abster-se de agir, em seu próprio benefício, durante a instrução criminal.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner² afirmam, acerca do princípio em testilha:

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.

Bechara e Campos, citados por Pedro Lenza³, afirmam que “melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado”.

Explicitado o significado do comando constitucional, cumpre deixar claro que o STF pacificou, no ano de 2009, o entendimento de que o princípio em testilha impede a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. Eis julgado esclarecedor acerca do entendimento até então cristalizado no Pretório Excelso (HC 84.078/MG, relator Min. Eros Grau):

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, RT, 2006, página 70.

² LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobson. Investigação Preliminar no Processo Penal, Saraiva, 2013, página 71.

³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 16ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012, página 1020.

condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida⁴.

A interpretação é simplória. Como a Constituição Federal consagra o direito à não culpabilidade (ou presunção ou estado de inocência), não há como antecipar o início

⁴ STF, HC 84078/MG, Tribunal Pleno, relator Ministro Eros Grau, julgamento em 05/02/2009.

do cumprimento da pena imposta em sentença recorrível (porque, como o *decisum* pende de recurso, é possível que ele seja modificado pelas instâncias superiores, redundando na cassação do decreto condenatório). Dizer o contrário é subverter a lógica constitucional.

Com o fito de clarificar o debate, cumpre deixar claro que existem duas modalidades de cárcere no sistema processual penal brasileiro – a prisão cautelar (ou processual, provisória) e a prisão pena. A primeira é decretada no curso do inquérito policial ou do processo, quando presentes requisitos e fundamentos (basicamente com o fito de acautelar o respectivo procedimento – inquérito ou processo). A segunda é decorrência de sentença condenatória transitada em julgado e representa efetivo cumprimento do comando consignado no *decisum*.

Nos termos desenhados supra, no curso do processo é possível apenas a decretação de prisão cautelar. Não é possível, harmonizando a legislação processual penal com a *Lex Mater*, prender o acusado a título de cumprimento de comando condenatório inserido em sentença que ainda pode ser desafiada por recurso.

Apesar de aparente obviedade da argumentação desenvolvida supra, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, rever seu posicionamento e admitir a execução provisória de sentença condenatória, mesmo pendente eventual recurso especial ou extraordinário. Eis a ementa do HC 126292/SP, relatado pelo Ministro Teori Zavascki:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado⁵.

O relator assentou em seu voto:

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

⁵ STF, HC 126292/SP, Tribunal Pleno, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

O Ministro Teori Zavacki fundamentou a possibilidade de execução provisória da pena, ainda, na análise do tema no cenário mundial (Inglaterra, Estados Unidos, França, Alemanha, Canadá, Argentina, Espanha e Portugal) e no fato de que os recursos são usados indiscriminadamente, apenas com o fito de protelar a efetiva execução da pena.

Sua Excelência contou com a concordância dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Divergiram, no sentido de manter o entendimento até então consolidado na corte, a Ministra Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O Ministro Celso de Mello, com a clareza que lhe é peculiar, fez brilhante análise histórica do princípio da não culpabilidade no início do seu voto, fundamentando as razões que o levaram a seguir a divergência inaugurada pela Ministra Rosa Weber:

A presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

Na realidade, 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).

Esse, pois, na lição de doutrinadores – ressalvada a opinião de quem situa a gênese dessa prerrogativa fundamental, ainda que em bases incipientes, no Direito Romano –, o momento inaugural do reconhecimento de que ninguém se presume culpado nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.

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, Senhor Presidente, 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.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, 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 Cíveis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

3. A mutação constitucional

No dizer de Pedro Lenza, mutações constitucionais “não seriam alterações físicas, palpáveis, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e no sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado”⁶.

O constitucionalista continua e conclui que “as mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional”.

⁶ LENZA, Pedro. Obra acima citada, página 144.

Foi o que ocorreu no caso aqui analisado. O Supremo Tribunal Federal, no âmbito do HC 126292/SP findou mudando a interpretação relacionada ao inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal – princípio da presunção/estado de inocência (ou não culpabilidade). A alteração, como visto supra, disse respeito à possibilidade de execução provisória de sentença condenatória depois da manifestação do tribunal de segundo grau (o entendimento anteriormente consagrado proibia a execução provisória, com fulcro no mesmo postulado constitucional).

Finque-se, como dito supra, que o dispositivo acima citado é inalterável, porque cláusula pétrea. Destarte, a única possibilidade de rever os postulados que exaram do dispositivo é via mutação constitucional – assim foi feito.

Acontece que a mutação constitucional pode redundar em uma interpretação inconstitucional. Foi o que ocorreu, salvo melhor juízo, com a decisão aqui analisada. Não parece ser compatível com o princípio em testilha (presunção/estado de inocência ou não culpabilidade) a possibilidade de executar provisoriamente a sentença condenatória quando ainda pende de análise recurso defensivo. É que tal execução é reflexo do trânsito e julgado da sentença penal condenatória (apenas o culpado, o definitivamente condenado, cumpre pena). Não é possível impor ao réu ainda não definitivamente condenado o cumprimento da pena imposta, justamente porque ele ainda não foi declarado efetivamente culpado pelo crime apurado (o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória). Destarte, a mudança interpretativa operada pelo Pretório Excelso nos autos do HC 126292/SP contraria a *Lex Mater*.

4. A prisão preventiva – cárcere possível ao réu ainda não definitivamente condenado

Como já desenhado supra, o cárcere possível ao réu ainda não definitivamente condenado é o decorrente da decretação de prisão provisória (processual ou cautelar). A prisão cautelar “se destina a resguardar a integridade e eficácia do processo e desafia um dos mais caros direitos do ser humano, qual seja, a liberdade”⁷. É importante salientar, ainda sobre o conceito e elementos introdutórios sobre a prisão cautelar que

⁷ SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – Uma análise jurídica e prática da fase pré-processual, 3ª edição, Campinas/SP, Millennium, 2016, página 239.

A privação de liberdade levada a efeito antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é chamada de prisão cautelar ou provisória. A nomenclatura se justifica diante da situação transitória representada pela medida. Neste momento não se pode falar em prisão-pena, vez que não foi imposta, em definitivo, uma sanção. Daí seu caráter provisório. Os termos “cautelar”, “processual” e “provisória” serão importantes elementos no estudo do tema. Cautela significa “cuidado para evitar um mal, precaução, cuidado”; processual quer dizer “referente a processo judicial”; e provisório denota “interino, passageiro, temporário, provisional”⁸.

Das modalidades de prisão cautelar, a possível quando da prolação de sentença condenatória recorrível ou quando da confecção de acórdão que confirma condenação em segundo grau, é a prisão preventiva.

Trata-se de custódia regulada pelos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal. Para sua decretação, é preciso que se demonstre existência de indícios de autoria e prova da materialidade (parte final do artigo 312 do CPP) e a ocorrência de um dos requisitos avistáveis no artigo 313 do mesmo diploma:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Além dos requisitos acima desenhados, é preciso que reste demonstrado, ainda, um dos fundamentos da prisão preventiva (avistáveis no artigo 312 do CPP): a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) para assegurar aplicação da lei penal; d) garantia da ordem econômica.

⁸ SILVA, Márcio Alberto Gomes. Obra acima citada, página 240.

Em síntese bastante apertada, nos termos das lições da doutrina e da jurisprudência: a) garantia da ordem pública significa periculosidade do autor do fato (e sua propensão para continuar delinquindo, caso permaneça solto); b) conveniência da instrução criminal quer dizer que o réu está ameaçando testemunhas, destruindo provas, etc.; c) assegurar a aplicação lei penal significa que há receio de que o réu fuja e não se apresente para cumprir eventual pena aplicada em definitivo pelo Estado; d) garantia da ordem econômica quer dizer periculosidade voltada à prática de crimes contra ordem tributária, sistema financeiro nacional, etc.

É importantíssimo perceber que qualquer forma de decretação automática de prisão cautelar foi banida do nosso ordenamento processual penal (as chamadas prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia foram revogadas – tais custódias foram revogadas pela Lei 11.719/08). Vale dizer, a decretação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (aí estamos falando de prisão-pena) depende de concreta fundamentação e de efetiva demonstração da necessidade da medida extrema. O estudo perfunctório do *decisum* exarado pelo STF no bojo do HC 126292/SP revela que o Pretório Excelso parece ter ressuscitado a decretação automática de prisão cautelar (a chamada execução provisória da sentença condenatória tem essa natureza jurídica, porque determinada no bojo de decisão recorrível). Trata-se de evidente retrocesso. Não se deve admitir a decretação de prisão antes do trânsito em julgado do comando condenatório sem demonstração inequívoca da necessidade concreta do cárcere (no sentido de acautelar o processo). Repito: não se deve fundamentar custódia cautelar tão somente no fato de que a sentença condenatória foi confirmada em sede de duplo grau de jurisdição (até porque esse fundamento ainda pode ser derrubado em caso de provimento de recurso especial ou extraordinário).

Aliás, é importante salientar que mesmo que o réu acompanhe todo o processo preso, a sentença condenatória (e o acórdão que a confirmar) deverá demonstrar a necessidade da manutenção do cárcere concretamente (ou a eventual decretação da medida extrema, caso o réu tenha acompanhado o desenrolar do processo em liberdade). É o comando do artigo 387, § 1º, do CPP:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Neste sentido, acórdão elucidativo do Tribunal da Cidadania:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA POR EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PEDIDO PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NÃO AGREGA FUNDAMENTOS AO DECRETO PRISIONAL. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E HEDIONDEZ. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sobrevindo sentença de mérito na ação penal, torna-se prejudicado o pedido de relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo na formação da culpa. 2. Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o writ em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo. Precedente. In casu, o Juízo sentenciante limitou-se a manter a custódia cautelar por haver o ora recorrente permanecido segregado durante o curso do processo, destacando a ausência de alterações no contexto fático, o que autoriza o processamento do presente recurso. 2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art.312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. Na hipótese dos autos, não há fundamentos idôneos que justifiquem a prisão processual do recorrente. Da leitura do decreto prisional, depreende -se que a cautela foi imposta a partir da gravidade abstrata do delito e de sua hediondez, sem menção a nenhum elemento concreto dos autos. Constata-se, ainda, que a prisão preventiva foi imposta sem que se buscasse

individualizar, ainda que sucintamente, a conduta do acusado, e que a quantidade de droga encontrada com o recorrente - cerca de 10 gramas de cocaína - não se afigura sobremaneira expressiva para justificar o cárcere antecipado. Assim, restando deficiente a fundamentação do decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes do trânsito em julgado, e demonstrando-se a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento do recorrente, deve ser revogada, in casu, sua prisão preventiva. Recurso em habeas corpus provido e ordem concedida para revogar a prisão preventiva em discussão, autorizando o ora recorrente a apelar em liberdade da sentença condenatória que lhe foi imposta, salvo se por outro motivo estiver encarcerado, ressalvada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada concretamente sua necessidade, sem prejuízo da aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do art. 319 do CPP⁹.

5. O sistema recursal brasileiro, a utilização dos recursos com fim procrastinatório, outros problemas da realidade processual penal tupiniquim e a perspectiva futura

Não há dúvida de que o sistema recursal brasileiro é superdimensionado. Há uma infinidade de possibilidades recursais e alguns recursos verdadeiramente esdrúxulos (como é o caso dos embargos infringentes). O causídico com alguma habilidade no manejo das possibilidades recursais pode arrastar o processo por anos (e possibilitar a funesta prescrição).

Nossos tribunais superiores têm se revelado, na prática, verdadeiros terceiro e quarto graus de jurisdição (a falta de limites concretos para o acesso ao STJ e ao STF faz com que casos simplórios cheguem a tais areópagos e findam banalizando o acesso às cortes superiores).

Mas o problema da duração do processo (e a demora no trânsito em julgado de sentenças penais condenatórias) não é, tão somente, a quantidade de recursos e a facilidade de acesso aos tribunais superiores. Há grande gargalo em todo sistema de

⁹ STJ, RHC 67521/RJ, 5ª Turma, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 21/06/2016, DJe em 29/06/2016.

controle social formal do Estado brasileiro. Faltam delegados, promotores, defensores públicos, juízes, servidores de apoio, dentre outros funcionários públicos que compõem o sistema de persecução penal. Isso contribui para o atraso na finalização de inquéritos, processos e recursos. É comum em comarcas do interior não existir delegado, promotor e juiz titular (substitutos normalmente estão presentes alguns dias da semana nas cidades e findam não dando vazão ao grande volume de trabalho, o que gera evidente atraso na marcha processual).

Outro problema grave: os índices de criminalidade do Brasil são altos. Tal realidade faz com que se multipliquem processos criminais a serem analisados pelo Judiciário (e redundam em grande número de recursos, por via reflexa).

O conjunto dos fatores aqui listados faz com que a justiça criminal brasileira não seja célere. Dificilmente os prazos determinados pela legislação processual penal são efetivamente cumpridos. Esta perplexidade (que indubitavelmente redundando na prescrição e na sensação de impunidade representada pela demora no efetivo cumprimento da pena imposta em sentença condenatória em face da habilidade no manejo das possibilidades recursais) talvez tenha estimulado o Pretório Excelso a rever sua posição no que concerne à possibilidade de execução provisória da pena após decisão recorrível proferida por tribunal de segundo grau.

Isso tudo faz com que finde desrespeitado o direito à razoável duração do processo, grafado no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal:

Art. 5º. (...)

(...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Cumprido anotar, contudo, que esse conjunto de fatores (maioria dos quais de responsabilidade do Estado) não pode fundamentar atropelo a direito fundamental constitucionalmente consagrado. O Brasil precisa enfrentar seus problemas no campo processual penal por meio da revisão completa do CPP (acelerando a marcha processual e diminuindo a exagerada quantidade de recursos), dificultar o acesso aos tribunais

superiores (que devem se reservar à análise de questões complexas e polêmicas, que comportem sérias divergências entre tribunais inferiores), investir na contratação de servidores públicos e procurar diminuir os alarmantes índices de criminalidade (o que redundará em menos processos).

O horizonte também não é animador. O projeto do novo CPP (projeto de lei 8.45/2010) não retirou a grande quantidade de recursos, nem limitou efetivamente o acesso à via recursal. Caso dito projeto, já aprovado no Senado Federal, seja aprovado na Câmara dos Deputados e sancionado pelo presidente da República, corre-se o risco de se repetir no futuro a exaustiva e procrastinatória utilização de recursos (principalmente pela parcela da sociedade que tem acesso aos causídicos mais preparados) com vistas a atrasar sobremaneira o trânsito em julgado de eventual édito condenatório. Estaremos perdendo excelente oportunidade de avançar neste ponto específico.

6. Conclusão

O presente ensaio teve em mira demonstrar que a mudança na interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio constitucional da presunção/estado da inocência (ou não culpabilidade), avistável no inciso LVII, do artigo 5º, da *Lex Mater* se traduziu em mutação constitucional inconstitucional.

Para tanto, num primeiro momento, foi estudado o princípio constitucional sobredito e foram analisados o entendimento anterior (sintetizado no bojo do HC 84.078/MG, que repudiava a execução provisória de sentença condenatória pendente de recurso por afronta ao princípio mencionado) e o atual (aqui atacado, que afirma que a execução provisória de condenação confirmada ou decretada por juízo de segundo grau não ofende ao princípio da presunção/estado da inocência – HC 126292/SP).

A seguir, estudou-se a mutação constitucional. Como desenhado supra, trata-se de mudança interpretativa sem alteração do texto constitucional. No caso presente, seria impossível alterar o inciso LVII, do artigo 5º, da CF, vez que se trata de cláusula pétrea (direito individual). Viu-se que é possível que o Judiciário leve a cabo mutação constitucional inconstitucional (é o caso da interpretação materializada no bojo do julgado analisado, salvo melhor juízo).

Foi demonstrado que a prisão determinada em sede de execução provisória de sentença condenatória pendente de recurso tem natureza jurídica de prisão processual/cautelar/provisória (porque ainda não transitado em julgado o *decisum* condenatório) e que não há, em nosso ordenamento jurídico, hipótese de decretação automática de tal modalidade de cárcere (as últimas foram abolidas com a edição da Lei 11.719/08). Assim é que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória precisa de fundamentação calcada em necessidade concreta da decretação da medida extrema e respeito aos requisitos legalmente impostos para sua materialização.

Forte no argumento levantado no parágrafo anterior, notou-se que a prisão preventiva é a única custódia possível no bojo de decreto condenatório recorrível e que, para ela seja materializada, é preciso demonstração de sua necessidade concreta (indicação precisa de requisitos e fundamento, na forma dos artigos 311 e seguintes do CPP).

O tópico seguinte chamou atenção para grande quantidade de recursos, para o uso indiscriminado destas possibilidades recursais com o fito de retardar o curso do processo e o trânsito em julgado da sentença condenatória, na verdadeira transformação do STJ e do STF em terceira e quarta instâncias recursais, respectivamente, para necessidade premente de contratação de novos servidores públicos e para adoção de políticas públicas que culminem na redução dos índices de criminalidade (com o fito de reduzir a quantidade de processos criminais em trâmite no Judiciário brasileiro).

Verificou-se que o conjunto dos fatores acima desenhados finda no desrespeito ao direito constitucional à razoável duração do processo (grafado no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da *Lex Mater*) e em funesta sensação de impunidade.

Mesmo diante deste cenário dantesco, não é possível atropelar o princípio da presunção/estado de inocência (direito à não culpabilidade) alicerçado no argumento de que é preciso acelerar o cumprimento de comando condenatório determinado em sede de duplo grau de jurisdição. O fim (atenuação da sensação de impunidade) não pode justificar o meio (atentado a direito fundamental escrito com pena de ouro pelo legislador magno) neste caso concreto.

É preciso, isso sim, cobrar atuação efetiva do Estado na diminuição das possibilidades recursais e na imposição de penalidades aos recursos manejados com intuito claramente protelatório, na contratação de novos servidores públicos (mais juízes, promotores, defensores públicos, delegados de polícia e auxiliares certamente desafogaráo nosso sistema de persecução penal) e na materialização de políticas públicas que redundem na efetiva diminuição dos índices de criminalidade (menos delitos, menos processos penais, mas velocidade no trâmite dos feitos que porventura sejam instaurados).

Enfim, conclui-se que a decisão exarada no bojo do HC 126292/SP traduz-se em mutação constitucional inconstitucional e espera-se breve revisão do entendimento, para que a Suprema Corte faça valer a interpretação anterior (traduzida no bojo do HC 84.078/MG), de forma a reafirmar o direito constitucional à presunção/estado de inocência (direito à não culpabilidade).

7. Bibliografia

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, RT, 2006.

LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobson. Investigação Preliminar no Processo Penal, Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 16ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – Uma análise jurídica e prática da fase pré-processual, 3ª edição, Campinas/SP, Millennium, 2016