

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA**

**CURSO DE DIREITO**

**DANILO CÂNDIDO NEVES**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO  
PROFERIDO EM GRAU DE APELAÇÃO**

**RUBIATABA/GO  
2017**



**DANILO CÂNDIDO NEVES**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO  
PROFERIDO EM GRAU DE APELAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Junior.

**RUBIATABA/GO  
2017**

**DANILO CÂNDIDO NEVES**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO  
PROFERIDO EM GRAU DE APELAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Junior.

**MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 23/06/2017**

**Professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior  
Orientador  
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Joao Paulo Pires  
Examinador  
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Edilson Rodrigues  
Examinador  
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

A minha formação como profissional não poderia ter sido concretizada sem a ajuda de meus amáveis e eternos pais que, no decorrer da minha vida, proporcionaram-me, além de extenso carinho e amor, os conhecimentos da integridade, da perseverança e de procurar sempre em Deus a força maior para o meu desenvolvimento como ser humano. Por essa razão, gostaria de dedicar e reconhecer a vocês, minha imensa gratidão e sempre amor. A Deus dedico meu agradecimento maior, porque tem sido tudo em minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pois sem Ele eu não teria forças para essa longa jornada. Agradeço aos meus professores e aos meus colegas que me ajudaram na conclusão da monografia.

## EPÍGRAFE

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê”.

(Arthur Schopenhauer)

## RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso LVII que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Este dispositivo é o que a doutrina denomina de princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade. Destarte, em virtude da presunção de inocência, o recurso interposto pela defesa do réu contra decisão condenatória deveria ser recebido em duplo efeito, quais sejam, devolutivo e suspensivo, e o acórdão de 2º grau que condenasse o réu, não resultaria qualquer efeito. Este era o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, vale ressaltar que o condenado poderia até aguardar o julgamento do recurso proferido, desde que atendidos os requisitos necessários para a prisão preventiva. Assim, o réu poderia ficar preso, porém apenas cautelarmente e não como em execução provisória da pena. Em meados do mês de fevereiro do ano de 2016, eis que o Supremo Tribunal Federal modificou sua interpretação acerca da possibilidade do início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau. Destarte, a Suprema Corte entende possível o início da execução da pena condenatória ainda que não haja decisão transitada em julgado, afirmando que tal concepção não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Isto significa que, em novo entendimento jurisprudencial, mesmo a parte tendo interposto algum recurso, a decisão recorrida continuará produzindo efeitos. Portanto, após o julgamento do *Habeas Corpus* 126292/SP, tornou-se possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso.

**Palavras-chave:** Execução provisória. Habeas Corpus 126.292/SP. Princípio da presunção de inocência. STF.

## ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 provides in its article 5, item LVII, that no one can be guilty until there is the judgment of the sentence of condemnation. This device is what the doctrine calls the principle of presumption of innocence or presumption of non-culpability. Therefore, by virtue of the presumption of innocence, the appeal brought by the defendant's defense against a condemnation decision should be received in double effect, which are, devolutive and suspensive and the second-degree judgment condemning the defendant, there would be no effect. This was the understanding adopted by the Federal Supreme Court. However, it is worth mentioning that, the convicted could even wait for the judgment of the appeal, detained, provided that the necessary requirements for pre-trial detention are met. Thus, the defendant could be detained, but only cautiously and not as a provisional execution of the sentence. In the middle of February of the year 2016, behold, the Federal Supreme Court modified its interpretation regarding the possibility of commencing the execution of the sentence, after the delivery of a condemning judgment in 2nd degree. So, The Supreme Court understands that it is possible to start the execution of the sentence even though there is no final decision, stating that such a conception does not offend the constitutional principle of the presumption of innocence. This means that, in new jurisprudential understanding, even the party having filed an appeal, the contested decision will continue to have effect. Therefore, after the *Habeas Corpus* trial 126292/SP, Provisional execution of the contested decision became possible pending judgment of the appeal.

**Keywords:** Provisional Execution. Habeas Corpus 126,292 / SP. Presumption of Innocence Principle. STF.

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

Art. – Artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código De Processo Penal

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil De 1988

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

HC – *Habeas Corpus*

J. – Julgado

LC – Lei Complementar

LEP – Lei de Execuções Penais

Min. – Ministro

Nº – Número

P. – Página

Rel. – Relator

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal De Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2.	AS FONTES E OS PRINCÍPIOS GERAIS E CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	13
2.1.	FONTES DE PRODUÇÃO OU MATERIAL.....	14
2.2.	FONTES FORMAIS OU DE COGNIÇÃO.....	14
2.3.	FORMAS DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL.....	15
2.3.1.	INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.....	15
2.3.2.	ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA.....	15
2.3.3.	PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO.....	16
2.4.	PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	16
2.5.	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL.....	18
2.5.1.	PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL OU DA PARIDADE DAS ARMAS - PAR CONDITIO (ART. 5º, CAPUT, CRFB/88).....	18
2.5.2.	PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, CRFB/88).....	19
2.5.3.	PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO RÉU FAVOR REI, FAVOR LIBERTATIS, IN DUBIO PRO REU, FAVOR INOCENTE (ART. 5º, LVII, CRFB/88).....	20
2.5.4.	PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO OU DA BILATERALIDADE DA AUDIÊNCIA (ART. 5º, LV, CRFB/88) .....	20
2.5.5.	PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (ART. 5º, LIII, CRFB/88).....	22
2.5.6.	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE (ART. 5º, LX E XXXIII E 93, IX, DA CRFB/88 E ART. 792, CAPUT, DO CPP) .....	23
2.5.7.	PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS (ART. 5º, LVI, DA CRFB/88) .....	23
2.5.8.	PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL, CELERIDADE PROCESSUAL E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII DA CRFB/88) .....	24
2.5.9.	PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL GERAL DO DEVIDO PROCESSO PENAL - DEVIDO PROCESSO LEGAL OU DUE PROCESSO OF LAW (ART. 5, LIV, DA CRFB/88) .....	24
2.5.10.	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	27
2.5.11.	PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIO, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO MÍNIMO OU PRINCÍPIO DO CONTROLE HIERÁRQUICO).....	29
3.	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA OU DO ESTADO DE INOCÊNCIA OU DA SITUAÇÃO JURÍDICA DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE (ART. 5º, LVII, DA CRFB/88).....	32
3.1.	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE.....	32
3.2.	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CONSONÂNCIA	

	COM AS MEDIDAS CAUTELARES.....	35
4.	A POLÊMICA DECISÃO DO STF SOBRE O HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	39
4.1.	BREVE ANÁLISE SOBRE O <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 126.292/SP.....	40
4.2.	A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM O HABEAS CORPUS Nº 313.021/SP.....	41
4.3.	O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 126.292 PELO STF E A POLÊMICA SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..	43
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
	REFERÊNCIAS.....	54

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do texto é a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação. A Constituição Federal de 1988 prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (princípio da presunção de inocência). Assim, enquanto não houvesse trânsito em julgado da sentença condenatória de apelação, o acusado era presumivelmente inocente e não poderia ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, tornou possível, através de julgado, a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso.

Tendo em vista a amplitude dos debates forenses acerca do instituto da execução provisória penal, esta será apreciada à luz do recente julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal e sua delimitação se dará em razão do conteúdo, ou seja, serão analisados apenas os aspectos jurídicos, tomando por base a Constituição da República de 1988. A problemática do texto é a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação contraria o princípio constitucional da presunção de inocência?

O recente julgado do STF, o qual concebeu a possibilidade da execução provisória da pena, ainda que não haja trânsito em julgado, trouxe à tona uma relevante discussão, principalmente no que concerne ao princípio da inocência, resguardado por nossa Constituição Federal de 1988. Destarte, é imprescindível discutir o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal e assimilar se, de fato, tal entendimento vai contra os princípios resguardados pela Constituição Federal de 1988. O tema é atual e polêmico, desta feita, torna-se extremamente importante o aprofundamento deste como meio de sanar dúvidas pertinentes ao meio jurídico e à sociedade como um todo.

Tem o trabalho como objetivo geral verificar se a execução provisória da pena, proferida em grau de apelação contraria o princípio da presunção da inocência. E como objetivos específicos analisar a execução provisória da pena, proferida em grau de apelação e sua divergência no que concerne à disposição normativa prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, compreender as peculiaridades e aplicações do princípio constitucional da

presunção de inocência e verificar os entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

O método de pesquisa a ser utilizado é indutivo, pois o assunto analisado trata-se de um processo mental que, para atingir o conhecimento, a resolução ou, até mesmo, a demonstração da verdade, deverá partir de fatos particulares, comprovados, objetivando uma conclusão generalizada.

No que se refere à abordagem do tema, esta se dará por meio de pesquisa qualitativa, haja vista que este tipo de pesquisa parte do entendimento de que existe uma relação dinâmica entre a realidade fática e a abordagem, ou seja, há um vínculo indissociável entre estas, não podendo ser traduzida meramente em números.

A pesquisa tem caráter bibliográfico, pelo qual se pretende buscar informações bibliográficas e selecionar documentos que se relacionem com o problema da pesquisa, através de uma compilação, na qual serão expostos os pensamentos de vários autores. Assim, a pesquisa trará bases normativas, dando espaço à utilização de documentação indireta, tais como leis, acórdãos, pareceres, e outros, o que ensejará na utilização de documentação indireta.

Em primeiro plano, serão feitas leituras acerca das fontes e princípios do direito penal. Serão utilizados outros materiais-base que remetam aos princípios constitucionais, em especial o princípio da presunção de inocência. Após, serão utilizados materiais que apontem a execução penal, sendo utilizados também o julgado do HC 126.292 para explicitar o tema principal do trabalho.

Para se chegar a uma resolução ao problema será realizada a demonstração de vários embates doutrinários e conceber, de acordo com a jurisprudência pátria, se a aplicação desse novo entendimento do Pretório Excelso tem correspondido aos anseios do dever de punir do Estado e, se de fato há mesmo um ferimento ao princípio da presunção de inocência, previsto pela Constituição Federal de 1988.

## **2 AS FONTES E OS PRINCÍPIOS GERAIS E CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Este primeiro capítulo tem por escopo apresentar as fontes e os princípios, constitucionais e gerais, que regem o Direito Processual Penal, a fim de explicitar ao leitor que as regras constitucionais estão intrinsecamente ligadas ao processo penal, devendo o respeito às garantias fundamentais estar sempre presentes no decorrer de todo e qualquer processo.

O capítulo encontra-se dividido entre as fontes formais e materiais do Direito Processual Penal e seus princípios, constitucionais e gerais, tendo eles sido classificados em tópicos distintos. A metodologia utilizada para a elaboração do mesmo é indutiva, por meio de pesquisa qualitativa e documentação indireta.

Abordar a temática das fontes do processo penal implica em uma busca pela origem das normas que regulam o processo penal. Neste sentido, ensina-nos Ferraz (2012, p. 190) que:

A questão da consistência (antinomias) e da completude (lacunas) do ordenamento visto como sistema aponta para o problema dos centros produtores de normas, e sua unidade ou pluralidade. Se, num sistema, podem surgir conflitos normativos, temos que admitir que as normas entram no sistema a partir de diferentes canais, que, com relativa independência, estabelecem suas prescrições. Se são admitidas lacunas, é porque se aceita que o sistema, a partir de um centro produtor unificado, não cobre o universo dos comportamentos, exigindo-se outros centros produtores. São essas as suposições que estão por detrás das discussões em torno das chamadas fontes do direito.

Ainda que tal classificação das fontes do direito seja objeto de várias críticas, haja vista que ela não revela o caráter unitário do direito, ela é ainda é aceita pela doutrina majoritária. Assim, divide-se a doutrina clássica em fontes do direito formais e em fontes do direito materiais.

### **2.1 FONTES DE PRODUÇÃO OU MATERIAL**

Estas se referem ao ente federativo responsável pela elaboração da norma. Nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, “o Direito Processual Penal é matéria que deve ser legislada privativamente pela União” (BRASIL, 1988).

Entretanto, o parágrafo único do referido dispositivo aduz que leis complementares poderão autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas dessa matéria (BRASIL, 1988). Outrora, de acordo com o art. 24, incisos I e IX da Constituição de 1988, a competência para legislar sobre direito penitenciário é concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (BRASIL, 1988).

E, conforme aduz Alves (2016, p. 34), “é de competência dos Estados, conforme as constituições estaduais, a legislação sobre organização judiciária no âmbito estadual, bem como sobre custas dos serviços forenses (art. 24, IV, da CRFB/88) ”.

É possível, ainda, conforme Alves (2016, p. 34), “que o Presidente da República legisle, por meio de Decreto, acerca do induto, segundo o que estabelece o artigo 84, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. De maneira simplificada, pode-se dizer que as fontes materiais correspondem ao modo pelo qual a norma é produzida, ou seja, pelo ente federativo por quem é criada (União, Estados, Município).

## **2.2 FONTES FORMAIS OU DE COGNIÇÃO**

Refere-se ao meio pelo qual uma norma jurídica é revelada no ordenamento jurídico. Essa fonte é subdividida em fontes primárias ou imediatas ou diretas e em fontes secundárias ou mediatas ou indiretas ou supletivas. As fontes primárias, ora denominadas imediatas ou diretas são aquelas aplicadas imediatamente. De acordo com Alves (2016, 35), consideram-se fontes primárias do Processo Penal.

A lei, conforme ensina o art. 22, I, da CRFB/88, entendida em sentido amplo, a fim de incluir a própria CRFB/88; os tratados, convenções e regras do Direito Internacional, nos termos do art. 1º, I, do CPP e art. 5º, §3º da CRFB/88, com a redação dada pela EC nº 45/2004.

Já as fontes secundárias, como aduz o autor “são aquelas aplicadas na ausência das fontes primárias, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) ” (ALVES, 2016, p. 36). Consideram-se fontes secundárias do Processo Penal os costumes, os princípios gerais do Direito e a analogia.

## **2.3 FORMAS DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL**

Conforme o art. 3.º do CPP é admitida, na aplicação da lei processual penal, a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito (BRASIL, 1941).

A posição de Eros Roberto Grau (2009, p. 36) sobre o assunto é bastante instigante, ainda que não caiba nos limites do presente trabalho, segundo o autor: "(...) existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação(...)".

Também interessante o conceito dado por Riccardo Guastini (2005, p. 27), que afirma que interpretação é a "atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo". Importa, então, a fixação dos conceitos do artigo: interpretação extensiva, aplicação analógica e suplemento pelos princípios gerais do direito.

### **2.3.1 Interpretação extensiva**

A interpretação extensiva (que também é conhecida como ampliativa) consiste, segundo Moreira Alves (2016, p. 36), em método em que “a fórmula positiva era demasiado estreita, continha expressões inexatas, ou inadequadas a traduzir, em sua plenitude, o sentido colimado: *minus dixit quam voluit* - 'disse menos do que pretendeu exprimir”

A fim de se abordar acerca da interpretação extensiva, é necessário que exista lei a ser interpretada. Não havendo tal lei, não há de se falar em interpretação extensiva, mas sim de interpretação analógica.

### **2.3.2 Analogia e interpretação analógica**

Segundo Carlos Maximiliano (1965, p. 164), a analogia está substanciada em “aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”.

O uso da analogia é reforçado pela lei brasileira, no artigo 92 do Código de Processo Penal, sendo que se admite que em casos ligados a suspensão do

processo, pode-se valer de provas como a testemunhal, para se garantir a aglutinação de provas de forma rápida.

Surge, então, a dúvida de saber onde buscar esta fonte analógica. Há relativo consenso na doutrina e na própria jurisprudência de que se deve buscar no sistema processual civil a fonte para a utilização da analogia e da interpretação analógica.

Tal visão é fruto da denominada Teoria Geral do Processo, que vê como possível a utilização de elementos comuns entre o processo civil e o processo penal. Têm, como expoentes, os professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Para os defensores desta posição tem-se, naturalmente, que a fonte para a analogia e a interpretação analógica deve ser feita no sistema processual civil prioritariamente.

### **2.3.3 Princípios gerais do Direito**

Outro instrumento proposto para solucionar as omissões ou antinomias, são os princípios gerais do direito. Sobre estes, leciona Carlos Maximiliano (1965, p. 370):

Constituem estes as diretivas ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado ou funcionário administrativo que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador: este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobe aquele gradativamente, por indução, da ideia em foco para a outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada.

Há grandes discussões doutrinárias sobre a diferença entre princípios e regras e a forma de sua utilização, mas cuja análise não cabe nos limites deste trabalho. Os princípios gerais do processo penal serão estudados adiante como forma de auxílio na compreensão dessa área do direito.

## **2.4 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

O princípio, nos clássicos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 2), pode ser definido como o “mandamento nuclear de um sistema”. Isso

ocorre em razão de serem os princípios, detentores de um ideal, refletindo valores sociais. É, portanto, “um postulado que se irradia por todo o sistema de normas” (NUCCI, 2008, p. 80).

Basicamente, um princípio possui duas destacadas funções, a saber, normativa (o princípio é também uma norma jurídica, motivo pelo qual tem força coercitiva, podendo ser invocado para a solução de casos concretos) e interpretativa (na hipótese de dúvida na interpretação de certa forma, tal dúvida pode ser esclarecida por meio do conteúdo de um princípio). No Processo Penal, existem dois tipos de princípios: os princípios constitucionais e os princípios do processo penais propriamente ditos.

Em razão do tema proposto e da delimitação exposta, há de se analisar tão somente os princípios constitucionais. Sendo que, estes se subdividem em princípios constitucionais explícitos, aqueles expressos no corpo da Constituição Federal, e em princípios constitucionais implícitos, que são aqueles extraídos a partir dos princípios, ideias e valores consagrados pela Constituição de 1988.

Inseridos em um contexto de democracia, os princípios constitucionais funcionam como normas, resguardando direitos fundamentais. Assim, tais princípios alicerçam o chamado Processo Penal Constitucional. Neste ínterim, aduz Moreira Alves (2016, p. 37):

O Processo Penal, a partir da incidência dos princípios constitucionais, cada vez mais se distancia dos rigores do Código de Processo Penal, modelo normativo inquisitivo e autoritário engendrado no regime ditatorial-fascista que reinava no país em 1941, e se aproxima dos valores democráticos da modernidade insculpidos na Carta Magna de 1988.

Consoante lição de Pacelli de Oliveira (2008, p. 7-8):

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma justiça penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda a persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição sobre a qual exerce o monopólio.

De outro lado, os princípios do processo penal propriamente dito são aqueles inerentes ao próprio estudo da disciplina e que são visualizados juntamente

com as normas do processo penal no momento de aplicação das leis processuais penais.

## **2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL**

Alguns princípios constitucionais que são aplicados aos demais ramos do direito possuem uma aplicabilidade também dentro do direito processual penal brasileiro.

### **2.5.1 Princípio da igualdade processual ou da paridade das armas – *par conditio* (art. 5º, *caput*, CRFB/88)**

Este princípio aduz que todos são iguais perante a lei, está contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e está inserido à processualística penal. Ficando a cargo das partes desenvolver em chances idênticas sua arguição da defesa, recebendo o mesmo tratamento. Bedê Júnior e Senna (2009, p. 279) colaboram:

Pelo princípio da igualdade – paridade de armas -, no processo penal se pode entender que as partes devem ser tratadas de forma isonômica, devendo ser assegurada igual oportunidade para elas. Logo, para a acusação e defesa devem ser assegurados os mesmos direitos, possibilitando de alegação, de prova e de impugnação, enfim, em condições de igualdade processual.

Esse princípio é requisito indispensável para a efetivação do sistema acusatório no país. Ademais, conforme aduz Alves (2016, p. 41) direcionado a esse princípio constitucional aplicado ao direito processual:

Pode ser apontada como consequência direta do princípio a regra de que, no Processo Penal, o réu não pode se defender sozinho (a não ser que ele próprio seja advogado), consoante disposto no art. 263 do CPP, pois não teria condições técnicas para tanto, ao contrário do seu oponente, o autor da ação penal (Ministério Público ou querelante representado por procurador).

Por fim, importante observar que o princípio da igualdade processual é mitigada pelo princípio do favor rei, para o qual os interesses do denunciado se sobrepõem ao poder de punir do Estado.

### **2.5.2 Princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88)**

Este princípio vem formalmente reconhecido pela Constituição Federal, que no art. 5.º, LV, dispõe que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

Na sua defesa, o réu pode se valer de diversos meios para contrapor a relativa superioridade técnica do Estado, que detém de órgãos de controle dos atos processuais e investigação, visando a equiparação da posição e consequente acesso aos meios de defesa.

A autodefesa é aquela utilizada pelo próprio acusado, sem assistência de advogado, na maior parte das vezes em seu interrogatório judiciário, sendo este disponível caso não queira utilizar, o denunciado poderá se calar ou até negar a verdade, em conformidade com o permitido pelo princípio constitucional explícito ao direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII, CRFB/88).

Já, a defesa técnica é feita por advogado, essa defesa é indispensável, porque, em regra, o réu não poderá se defender sozinho (art. 263, *caput*, do CPP) – Se ele é advogado será possível fazer sua defesa técnica.

### **2.5.3 Princípio da prevalência do interesse do réu ou *favor rei, favor libertatis, in dubio pro reu, favor inocente* (art. 5º, LVII, CRFB/88)**

O princípio da prevalência do interesse do réu determina que entre o direito do Estado em punir, com relação a liberdade do réu, deve-se prevalecer a liberdade enquanto houver a dúvida. Alves (2016, p. 46) aduz:

Em havendo dúvida entre admitir-se o direito de punir do Estado ou reconhecer-se o direito de liberdade do réu, deve-se privilegiar a situação deste último, por ser ele a parte hipossuficiente da relação jurídica estabelecida no Processo Penal.

Entretanto, segundo o entendimento do STJ, tal princípio não se aplica nas fases de oferecimento de denúncia e nem na prolação da decisão de pronúncia do Tribunal do Júri, circunstância a qual prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, ainda que o próprio STJ tenha afirmado que "tal brocardo não é acolhido no ordenamento jurídico brasileiro, em respeito justamente ao princípio da

presunção de inocência” (STJ, 6ª Turma, RHC nº 40904/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/11/2013, DJe 09/12/2013).

#### 2.5.4 Princípio do contraditório

Este princípio vem formalmente reconhecido pela Constituição Federal que, no art. 5.º, LV, dispõe que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

Clássica é, entre nós, a definição apresentada por Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 35) que aduz ser o contraditório a "ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-lo".

Por meio deste conceito, exprimiu Canuto (1973, p. 35) os elementos integrantes do contraditório: necessidade de informação e possibilidade de reação. Posteriormente, evoluiu-se nesta visão de contraditório.

De mera possibilidade de reação, passou-se à ideia de que deve haver contraditório efetivo para que a promessa constitucional se efetive aos litigantes em geral. Esclarecedora, ainda, é a lição de Teresa Armenta Deu (2004, p. 47): "Este princípio resume-se na frase 'ninguém pode ser condenado sem ser ouvido e vencido em juízo', constitui um dos grandes avanços na erradicação de uma justiça primária ou inquisitorial".

A maioria da doutrina vê o princípio do contraditório com abrangência tão somente perante a fase processual seja em processo judicial, seja em processo administrativo. Ainda, é discutível se o contraditório deve incidir sobre alegações de fato e de direito ou apenas sobre alegações de direito. Guilherme Nucci (2008, p. 143) entende que apenas de maneira excepcional poderá o contraditório incidir sobre matéria de direito. Nesse sentido, afirma que:

Excepcionalmente, o contraditório deve ser exercitado quando houver alegação de direito. Nesse caso, deve-se verificar se a questão invocada pode colocar fim à demanda. Exemplo disso é a alegação de ter havido *abolitio criminis* (quando a lei nova deixa de considerar crime determinada conduta), que deve provocar a oitiva da parte contrária, pois o processo pode findar em função da extinção da punibilidade. No mais, se uma parte invoca uma questão de direito, não há sempre necessidade de ouvir a parte contrária, bastando que o juiz aplique a lei ao caso concreto (NUCCI, 2008, p. 143).

Parte da doutrina acredita que o contraditório não encontra limitação quanto ao seu conteúdo e, por isso, deve ser aplicado tanto às hipóteses de fato quanto às hipóteses de direito.

"Este princípio [contraditório] traduz o direito que tem a acusação e a defesa de se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os atos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas". (SILVA, 2004, p. 56)

Há, contudo, situações em que o contraditório pode ser limitado. Estas limitações ligam-se à própria natureza da medida a ser tomada com contraditório restringido. Quando, por exemplo, é requerida a determinação de interceptação telefônica não se intima a parte contra quem a medida será tomada para se manifestar sobre ela.

Porém não apenas em situações em favor da investigação é que se restringe o contraditório. Também para favorecer a defesa há esta limitação como é o caso da concessão de liminares em *Habeas Corpus*. Concede-se a liminar sem que a acusação seja ouvida.

No entanto, o contraditório é um imperativo e, nestes casos incidirá após a tomada de decisão naquilo que ficou conhecido como contraditório postergado ou diferido. Há, em matéria criminal, basicamente duas súmulas do Supremo Tribunal Federal envolvendo o tema do contraditório.

Assim, tem-se a Súmula 523: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

E, ainda a Súmula 701: "No mandado de segurança impetrado pelo ministério público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo".

Há de se notar que são súmulas semelhantes às mencionadas quando do princípio da ampla defesa, tendo em vista a aproximação desses princípios. Por força do princípio do contraditório, consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

### **2.5.5 Princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CRFB/88)**

Em decorrência deste princípio, estampado no art. 5º, inciso LIII, do Texto Constitucional, tem-se que, no Direito Processo Penal, o juiz ao atuar em um caso

deve ser aquele previamente escolhido por lei ou pela Constituição Federal. Segundo Moreira Alves (2016, p. 47-48):

Este princípio tem como principal finalidade garantir a participação no processo de um juiz imparcial. Porém, tal princípio não impede a criação de Varas novas e a conseqüente remessa dos autos a este novo juízo, pois, nessa hipótese, a medida é válida para toda a coletividade, não atingindo um réu em específico.

Proíbe-se assim Juiz de Exceção, que é aquele escolhido após a prática do crime e para determinado caso concreto.

### **2.5.6 Princípio da publicidade (art. 5º, LX e XXXIII e 93, IX da CRFB/88 e art. 792, caput, do CPP)**

Por causa do princípio da publicidade, os atos dentro do processo devem ser divulgados, criando nas pessoas uma chance de conhecimento dos atos processuais e poderem ter uma percepção sobre as fases do processo. Alves (2016, p.48) esclarece sobre esse princípio:

Jamais o ato processual será praticado sem a presença do Ministério Público, assistente de acusação, se houver, e do defensor (embora seja possível excluir a pessoa do réu, como na hipótese prevista no art. 217 do CPP, em que o juiz poderá até determinar a retirada do réu da sala de audiência se perceber que sua presença causa humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento).

Porém, essa publicidade dos atos processuais atende a certas determinações legais, como situações de defesa da privacidade e intimidade das pessoas ou relevante interesse da sociedade, onde a divulgação dos atos pode ser feita com um controle maior ou não realizada.

### **2.5.7 Princípio da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CRFB/88)**

Dentro do processo a utilização de provas ilícitas é constitucionalmente vedada, ou seja, pela determinação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal a utilização de provas ilícitas, nem de provas que se originem dessas provas ilícitas. Alves (2016, p. 50-51):

A teoria dos frutos da árvore envenenada comporta aquelas provas que decorrem de uma prova ilícita originária, sendo que tal ilicitude somente restará caracterizada se houver demonstração do nexo causal entre as provas ou quando as derivadas não puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Esse princípio ao utilizar-se da teoria dos frutos da árvore envenenada não admite que se utilize nos processos provas que apesar de lícitas sejam derivadas de provas ilícitas, ou seja, origem da prova seja ilícita, os fatos que chegaram a prova são ilegais.

#### **2.5.8 Princípio da economia processual, o princípio da celeridade processual e o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88)**

Para esses princípios, estampado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004, também no art. 62 da Lei nº 9.099/95, responsabilidade de o Estado julgar o caso no menor tempo e conseqüentemente custo possível.

A esse respeito, convém destacar que a duração razoável do processo é “um interesse – e também um direito – de todos, ou seja, do acusado, do ofendido, do Estado e da própria coletividade” (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 255).

Isso porque, segundo Moreira Alves (2016, p. 51-52), “para o acusado, a simples existência de um processo penal já traz um desgaste natural para a sua situação pessoal, ainda mais se ele se encontrar preso, exigindo-se, portanto, a resolução do caso no tempo estritamente necessário”.

De outro lado, a pronta resposta do Judiciário às lides penais encerra o drama pessoal experimentado pelo ofendido, ao passo que desperta na sociedade um sentimento de confiança no Estado, que demonstra estar atuando com eficiência, pronto para promover a pacificação social.

#### **2.5.9 Princípio constitucional geral do devido processo penal – devido processo legal ou *due process of law* (art. 5º, LIV, CRFB/88)**

Um dos mais importantes princípios brasileiros, o princípio do devido processo legal diz que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

O trabalho desse princípio é estabelecer patamares a serem seguidos pelo Estado como uma forma de assegurar direito às pessoas, através do qual se estabeleceriam diversos princípios decorrentes dele.

(a) há o âmbito processual, também chamado de devido processo legal procedimental; (b) há o âmbito substancial, também chamado de devido processo legal substancial (ou material ou substantivo). (MADEIRA, 2016, p. 26)

O devido processo legal procedimental é a interpretação mais clássica feita, significa um procedimento ordenado. "Assim, o aplicador do Direito deve estar atento para não atingir quaisquer dos interesses protegidos pela garantia, sem antes trilhar por certos caminhos" (MADEIRA, 2016, p. 26).

Já o devido processo legal, em seu aspecto substancial (material), novamente pelas lições de Madeira (2016, p. 26-27) "significa que o Estado não pode, a despeito de observar a sequência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais. Exige-se razoabilidade da restrição".

"existem alguns direitos substantivos que, por serem fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo, por mais justo e razoável que seja" (MADEIRA, 2016, p. 28). Ainda sobre o aspecto substancial, estabelece Fernandes (2003, p. 280), com apoio Tucci:

A doutrina vai além, deixando de circunscrever a garantia a âmbito estritamente processual, para dar-lhe uma feição substancial. Exige-se um 'processo legislativo de elaboração de lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais.

Há doutrinadores que veem no princípio do devido processo legal aspecto particular quando aplicado ao processo penal:

Estes, por sua vez, e como tivemos oportunidade de demonstrar, constituem, na força de sua conjunção, em sede penal, o devido processo penal, designação apropriada (como tal, dotada de rigor técnico) à sua verificação em particularizado campo processual de aplicação. Explica-o, com acuidade e precisão, Pedro J. Bertolino, ao asserir a possibilidade da 'especificidad penal de la garantía constitucional del debido proceso'; e complementando, *verbis*: 'Claro está que la denominación de penal adscripta à la garantía mental, por cierto, el modo corriente com el cual se indica al derecho que em el proceso respectivo se actúa. Este es, digámoslo así, el sentido más apropiado y riguroso de la denominación (TUCCI, 1993, p. 214).

Essa noção de devido processo penal é colocada, também, por Fernandes (2003, p. 291), que estabelece que "nesse quadro amplo, insere-se o devido processo penal, que abrange as mesmas garantias de outros processos, vistas em face do processo penal".

Dessa forma, cabe frisar que estes doutrinadores que veem no devido processo legal aspecto mais generalizado do que o simples aspecto de procedimento, constitui-se na verdade cláusula de segurança, de forma que, na ausência de algum princípio no sistema, poderá ele ser visto como decorrência do devido processo legal. A tal respeito, manifestam-se Franco e Zanoide (1999, p. 6):

O devido processo legal, porém, ainda é 'cláusula de segurança' para o sistema de garantias processuais penais previstas na Constituição Federal, uma vez que é nele que se irá buscar eventual princípio do qual o sistema jurídico sinta falta para sua melhor realização e que não esteja (ainda) expressa e individualmente normatizado.

Variadas vem sendo as decisões dos tribunais a respeito da incidência do princípio do devido processo legal. Vejamos. Em primeiro momento, os tribunais superiores não vêm aceitando a alegação de violação do devido processo legal. É necessário que estes princípios sejam levados a sério, de forma que a alegação genérica de violação do devido processo legal não tem sido admitida:

Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e os limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, revelam violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal, decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, o que torna inadmissível o recurso extraordinário (STF, ARE 866518 ED/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.03.15).

Entendeu o STF haver confronto direto com o devido processo legal quando o paciente ajuíza de próprio punho o *habeas corpus* e requer a intervenção da Defensoria Pública e o pedido não é analisado:

O paciente postulou a assistência judiciária da Defensoria Pública da União, ao impetrar *habeas corpus* perante o STJ, de próprio punho. Pedido que não foi examinado pela autoridade apontada como coatora. O que viola as garantias constitucionais do devido processo legal e da assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos'' (...). (HC 90.423, 1.ª T., j. 1.º.12.2009, rel. Min. Carlos Britto, DJE 12.02.2010.)

Embora o tema seja discutido na jurisprudência, existe varias passagem de acórdão do Min. Marco Aurélio que merece citação:

O simples fato de olvidar-se elemento próprio ao devido processo legal gera a presunção de prejuízo, que, depois de prolatada decisão condenatória, fica certificado mediante instrumento público formalizado pelo Judiciário'' (HC 96.864, 1.<sup>a</sup> T., j. 20.10.2009, rel. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, DJE 18.12.2009).

A questão do prejuízo em sede de nulidades no processo penal é bastante divergente. No entanto, merece citação e reafirmação a fala do Min. Marco Aurélio: a ausência de observância do devido processo legal é comprovada pela sentença condenatória.

### **2.5.10 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Este princípio constitui-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Seu significado jurídico é servir de orientação para a forma de aplicação e interpretação de todo o sistema legal, inclusive quanto aos outros princípios. Dispõe o art. 1.<sup>o</sup>, III, da CRFB/88:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

A seu respeito, leciona o constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 65):

O que é ou que sentido tem uma república baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas – hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo como formadora de si própria e da sua vida segundo seu próprio projeto e espiritual (*plastes et fctor*). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república.

A dignidade da pessoa humana encontra previsão constitucional em uma série de dispositivos. Assim temos:

Dignidade da pessoa humana - Art. 1.º, III da CRFB/88 - Fundamento do Estado Democrático de Direito; ordem econômica tem como finalidade assegurar a todos existência digna - art. 170 da CRFB/88; o planejamento familiar é livre decisão do casal fundado no princípio da dignidade da pessoa humana - art. 226, § 7.º da CRFB/88; cabe à família, à sociedade e ao Estado assegurar a dignidade à criança, ao adolescente e ao jovem - art. 227 da CRFB/88; a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem estar - art. 230 da CRFB/88.

No Plano Internacional a dignidade da pessoa humana está prevista no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos quando afirma sobre a necessidade de proteção dignidade humana.

No entanto, é em Immanuel Kant que a dignidade da pessoa humana irá encontrar sua formulação mais emblemática e, também, a mais bela. Kant nos ensina que tudo tem, ou preço ou dignidade. Aquilo que tem preço é substituível e, desta forma, admite que haja algo equivalente, algo que o substitua. Aquilo que não admite substituição, que não admite equivalente, possui dignidade. É de Kant a lição de que as coisas possuem preço e os indivíduos, dignidade:

Agora eu afirmo: o homem - e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. *Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto.* As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, *o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional.* Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio'' (e é um objeto de respeito) (KANT - Tradução: Guido Antônio de Almeida - 2009, p. 58-59).

A dignidade da pessoa humana estabelece que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu entendimento,

nunca um meio ou instrumento para consequência de resultados, não possuindo preço.

Vale ler os ensinamentos do mestre na obra “A metafísica dos costumes”, estabelece que a lei universal do direito é a de que “ (...) age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal(...)” (KANT – Tradução: Guido Antônio de Almeida – 2009, p. 65).

A dignidade da pessoa humana como função basilar do sistema de direito significa que a pessoa é reconhecida como pessoa, vale dizer: significa concordar com a ideia de que o indivíduo, por se constituir em centro de infinitas potências, alcança valor superior ao de qualquer coisa.

É importante compreender que, nesse sistema, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que todo o sistema processual penal deve ser olhado como principal função da dignidade da pessoa humana.

### **2.5.11 Princípio do duplo grau de jurisdição (duplo grau de jurisdição voluntário, duplo grau de jurisdição mínimo ou princípio do controle hierárquico)**

O direito de acesso a órgão superior para análise e revisão das causas é inerente ao sistema processual. Interessante perceber que, na raiz, seu fundamento incorporava mais à ideia de controle de poder do que propriamente de garantia do jurisdicionado. Neste sentido, veja-se a lição de Penteadó (2001, p. 56):

Em princípio, o duplo grau não visava garantir o jurisdicionado, mas assegurar ao detentor do poder a dicção do direito em caráter de definitividade, pois lhe convinha enfeixar nas mãos a distribuição de justiça. Nesse sentido, é bastante ilustrativa a história do sistema recursal português, em que a consolidação do poder real exigia que se contivesse o clero nos limites da esfera eclesiástica e se coibisse o abuso do senhor local da terra contra o povo e a coroa, ao explorar aquele e opor privilégios em face desta, o que levou à organização judiciária centralizada e à competência do juiz de fora para restringir o campo de atuação do juiz ordinário que operava junto aos poderes locais.

Discute-se dentre os doutrinadores brasileiros se há uma revelada incorporação do duplo grau ao processo constitucional no Brasil, elevando a

discussão para a aplicabilidade desse princípio nos diversos ramos do direito no Brasil.

Os adeptos da posição implícita sustentam que não há previsão expressa na Constituição Federal do duplo grau de jurisdição, diferentemente, por exemplo, da Constituição do Império que, em seu art. 158 (Constituição de 1824), expressamente mencionava o princípio do duplo grau de jurisdição.

Assim, afirmam que a garantia do duplo grau de jurisdição, embora só implicitamente assegurada pela Constituição brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior.

Já os adeptos da posição explícita acabam por verificar a adoção em grau constitucional do princípio de maneira expressa por força dos tratados internacionais. Para os defensores de tal posição, os tratados sobre direitos e garantias individuais possuem *status* constitucional, mesmo antes da EC 45/2004 e, por isso, pode-se falar em previsão expressa da Constituição Federal.

Desta forma, tendo em vista o quanto disposto no artigo 8, 2, h do Pacto de São José da Costa Rica, Decreto 678/90 ("direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior"). Por fim, há autores que negam a adoção constitucional do princípio como é o caso de Oreste Nestor de Souza Laspro. Afirma Penteado (2001, p. 67):

O seu raciocínio é desenvolvido a partir da premissa de que, em princípio, a previsão de recursos constitucionais, salvo o recurso ordinário, não é uma garantia ao duplo grau de jurisdição. Esse autor também considera que a previsão constitucional dos recursos não implica a admissibilidade de reexame de todas as decisões (...).

O duplo grau de jurisdição não encontra limitação quanto à matéria alegada. Trata-se, portanto, de princípio que assegura a discussão, tanto da matéria de fato quanto da matéria de direito. Tal tendência, contudo, ainda não tem encontrado respaldo no Brasil. Neste sentido, afirma Grinover (2000, p. 63):

Forte tendência do processo contemporâneo preconiza que o duplo grau de jurisdição seja reservado à apreciação das questões de direito, enquanto as questões de fato não deveriam ser revistas pelo tribunal, a menos que toda a prova fosse reproduzida em segundo grau.

Há, é certo, tendência em se limitar a discussão de provas em segundo grau de jurisdição. Isto porque tem se preferido deixar a cargo do juízo de primeiro grau a análise fática, tendo em vista o princípio da imediação das provas.

Ao fim do primeiro capítulo relembra-se que foram elencados os princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual penal e ainda os princípios específicos do direito processual penal, para se elucidar como se delinea o processo penal no Brasil.

O segundo capítulo fará alusão ao princípio da presunção de inocência, outro princípio constitucional aplicável ao direito processual penal brasileiro e que passou a ser discutido a partir de entendimento do Supremo Tribunal Federal que acatou decisão de aceitar a prisão em segundo grau.

### **3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA OU DO ESTADO DE INOCÊNCIA OU DA SITUAÇÃO JURÍDICA DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE (ART. 5º, LVII, CRFB/88)**

O Processo penal brasileiro obedece além da legislação processual penal, as leis específicas que ditam sobre o processo penal e as normas previstas na Constituição Federal, seguindo ainda princípios que devem ser visualizados para que se possam desenvolver os processos sem nenhuma constrição de direito as partes.

Expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, que se atrela a não possibilidade de considerar alguém que é acusado culpado sem que antes tenha havido a sentença do caso, com o esgotamento de todos os meios cabíveis de reaver a decisão. Permitindo com isso, que sejam esgotados todos os meios legais de defesa e contraditório, para que se possa considerar uma pessoa como culpado de um crime. Avena (2017, p.49) aduz:

Também chamado de princípio do estado de inocência e de princípio da não culpabilidade, trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, decorre da regra inscrita no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, preconizando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nessa parte do estudo, far-se-á considerações sobre o princípio da presunção de inocência, sendo ele o princípio que mais sofre influência da decisão do Supremo Tribunal Federal em poder ser determinada a prisão de um investigado após a sentença condenatória, ou seja, sem que haja o trânsito em julgado dessa decisão.

#### **3.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE**

No Processo Penal, todos os denunciados são presumidos inocentes até que haja sentença condenatória transitar em julgado. Como aponta Oliveira (2008, p. 35-36) “é preferível o uso da expressão situação jurídica de inocência, porque a inocência não é presumida, ela já existe desde o nascimento do indivíduo, persistindo até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Esse princípio ganha notoriedade com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, pela Organização das Nações Unidas. Onde se passa a prever que a pessoa só pode ser considerada culpada depois de trânsito em julgado.

A presunção de inocência constitui uma forma de prevenção contra o poder estatal que em determinadas situações pode levar a prisão de pessoas sem que elas possam se defender, sem que possam apresentar dados e provas que as permitam serem consideradas inocentes.

O princípio da presunção de inocência está diretamente ligado a liberdade humana, pautando a atuação do Estado de forma a não ser restringida essa liberdade sem que o Poder Judiciário determine em trânsito em julgado de um caso. Avena (2017, p.49) registra essa atuação do Estado:

Na medida em que a Constituição Federal dispôs expressamente acerca desse princípio, incumbe aos Poderes do Estado torná-lo efetivo – o Legislativo, criando normas que visem a equilibrar o interesse do Estado na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade do acusado; o Executivo, sancionando essas normas; e o Judiciário, deixando de aplicar no caso concreto (controle difuso da constitucionalidade) ou afastando do mundo jurídico (controle concentrado da constitucionalidade) disposições que não se coadunem com a ordem constitucional vigente. Em razão dessa tríplice função, discussões têm emergido na doutrina e na jurisprudência sobre a constitucionalidade de certas previsões determinadas pela legislação infraconstitucional.

Nesse enfoque, a presunção de inocência não permite que possa o Estado ao buscar satisfazer a sociedade e atribuir uma punição ao acusado viole a liberdade das pessoas, devendo o acusado ser considerado inocente até que se tenha a real noção da sua culpa.

O direito de punir, atribuído ao Estado, frente à ocorrência de uma atitude criminosa encontra diversas limitações, sendo uma delas o respeito a esse princípio, protegendo de forma especial as pessoas contra certas atitudes que possam violar os direitos das pessoas com relação a sua liberdade. Souza (2011, p.04) colabora:

É certo que o Estado brasileiro tem direito e interesse em punir indivíduos que tenham condutas em desconformidade com a lei, podendo aplicar sanção a aqueles que cometem ilícitos. No entanto esse direito-dever de punir do Estado deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites da lei.

A presunção de inocência também é invocada na fase de dosimetria da pena, instituindo que o julgador não pode se utilizar de registros criminais antigos ou em processamento para determinar a condenação de um acusado. Entendimento favorecido pela Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Citando a súmula que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. (BRASIL, 2009).

Equipara-se a essa situação a posição assumida pelos inquéritos policiais, que não podem ser considerados no momento de fixação da pena, não se admitindo a utilização de inquéritos em andamento ou arquivados como fatores prejudiciais ao acusado, influenciando na decisão, pois o acusado deve ser considerado inocente, independente de um inquérito anterior existente em andamento ou até mesmo arquivado.

A prática de atos infracionais e a sua conseqüente apuração não permite que essa situação seja levada em consideração no momento de fixação da pena. Isso faz com que prevaleça frente a essas situações, em que o acusado também está tendo sua conduta analisada, o princípio da presunção de inocência.

Pelo princípio da presunção de inocência essas duas situações devem ser analisadas de forma individualizada, detendo-se ao caso que está sendo julgado, não incorporando a esse, particularidades advindas de outros que possam interferir no julgamento do caso e conseqüentemente na sentença a ser aplicada.

Cumpra-se mencionar a possibilidade de violação do princípio da presunção de inocência nas propostas de regressão de regime em circunstâncias de não cumprimento das condições pré-estabelecidas e dos requisitos que possibilitam o cumprimento da pena em um regime menos danoso.

Existe uma visão bilateral sobre essa incidência do princípio da presunção de inocência frente ao descumprimento de condições que alterem o regime de cumprimento da execução da pena. Tendo uma visão majoritária voltada para o entendimento que não há aplicabilidade desse princípio dessas circunstâncias, não sendo ensejada sua violação. Avena (2017, p.49) discorre:

Não importa o art. 118, I, da Lei 7.210/1984 em violação ao princípio da presunção de inocência, na medida em que o apenado que cumpre pena no regime semiaberto ou aberto tem o dever de demonstrar sua responsabilidade e adaptação ao convívio social. Além disso, entendimento diverso reduziria a um nada a efetividade do processo de execução, ressaltando-se que o não cometimento de crime doloso ou falta grave é, por

força da LEP, condição para a permanência do reeducando em regime menos rigoroso.

A presunção de inocência também é levantada quando se adentra ao artigo 89 da Lei 9.099 de 1995. Definindo-se na maioria das vezes pela compreensão da não violação frente ao princípio da presunção de inocência com a revogação da suspensão condicional do processo quando houver um processo frente ao condenado, ou seja, durante o prazo de suspensão se houver um novo processo pode ser revogada essa suspensão sem que seja entendido como violação ao princípio da presunção de inocência.

A súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça nos forma um convencimento que não se necessita de haver a prisão provisória no momento de recurso de apelação frente ao réu. Determina a súmula que “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. (BRASIL, 2008).

### **3.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM CONSONÂNCIA COM AS MEDIDAS CAUTELARES**

Dentro do Processo Penal brasileiro, a presunção de inocência é um dos princípios que se fazem mais ativos dentre os demais. No processo penal, aquele que acusa deve apresentar as provas que comprovem sua acusação. Até então ele deve ser considerado inocente, para todos os efeitos, conforme Alves (2016, p.45):

Esta consequência comporta importante exceção, tendo em vista que o ônus da prova das causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade compete ao acusado, embora a Lei nº 11.690/08 tenha autorizado o juiz a absolver o réu mesmo se apenas houver fundada dúvida sobre a existência destas causas, conforme previsão contida no art. 386, inciso VI, do CPP.

Ademais também é ônus da defesa a prova de causas de extinção de punibilidade (art. 107 do CP) e de circunstâncias que mitiguem a pena. Outra consequência, diz da premissa de que toda medida constritiva de direitos individuais, na verdade, só pode ser decretada excepcionalmente. (BRASIL, 1940).

Têm-se duas distinções, primeira ligada ao dever de quem acusa de provar que o acusado realmente cometeu determinado fato, não podendo esse acusado ser declarado culpado sem que haja a condenação. A acusação ainda deve determinar a culpa do acusado na realização do crime.

O raciocínio desenvolvido para as prisões cautelares deve ser entendido para toda e qualquer medida constritiva de direitos individuais, porque ela somente poderá ser realizada se for absolutamente indispensável à persecução criminal.

O teor do artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11, “segundo o qual as medidas cautelares indicadas no art. 319 do CPP deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal” (BRASIL, 2011). Acerca dessa questão, Souza (2011, p.08) informa:

Existe ainda um terceiro campo de aplicação do princípio da presunção de inocência. Trata-se da imposição de prisão cautelar a um acusado. Além da prisão definitiva, sanção penal posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória definitiva, existe também a prisão provisória, que ocorre no decorrer do processo como medida cautelar e excepcional, só sendo possível essa prisão antes do trânsito em julgado da sentença definitiva quando for indispensável para assegurar o curso do processo, e condicionada também a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Essa prisão cautelar é legal e aceitável, desde que atenda a todos os requisitos, e seja devidamente fundamentada, uma vez que se perder esse caráter instrumental do processo, acaba por tornar-se execução antecipada de pena, que fere frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Além das medidas cautelares estampadas no art. 319 do CPP, são também exemplos de medidas constritivas de direitos individuais as quebras de sigilo fiscal, bancário, telefônico (mitigam o direito constitucional à intimidade); violação de domicílio em razão de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar (mitiga o direito constitucional à inviolabilidade de domicílio).

A última, mas não menos importante consequência refere-se à excepcionalidade das prisões cautelares, pois, por ser presumidamente inocente, o indivíduo só deve ser levado ao cárcere se existirem motivos cautelares para tanto, os quais podem ser apontados como aqueles requisitos exigidos pelo art. 312 do CPP:

A decretação da prisão preventiva (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, de acordo com o art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11.(BRASIL, 2011).

Em caso de descumprimento de quaisquer das obrigações impostas por forma de outras medidas cautelares, conforme artigo 312 do CPP deve responder em liberdade, através da concessão da liberdade provisória.

Aliás, reforçando o princípio ora em destaque, a Lei nº 12.403/11 consagrou a ideia de que a prisão preventiva é medida de *extrema* ou *última ratio*, somente aplicável se não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, consoante o art. 282, §6º, do referido código.

Entretanto, aconteceu uma mudança histórica nesse sentido no ano de 2016, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no HC nº 126.292/SP, a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade a partir de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Sobre o assunto, afirma Alves (2016, p. 40): “Sem dúvidas, o mais importante fundamento que levou o Pretório Excelso a acolher este posicionamento foi a celeridade processual”.

É que, no entender do Supremo Tribunal Federal, a imensa demora no julgamento dos Recursos Especiais e Extraordinários por parte, respectivamente, do STJ e do STF, fazia com que houvesse o indesejado retardo na formação da coisa julgada, o que, por seu turno, atrasava o cumprimento da prisão e, muitas vezes, até mesmo impedia tal cumprimento, já que era frequente a incidência da prescrição. Assim, Alves (2016, P. 43), nos ensina que:

Levando em consideração que nenhuma garantia constitucional é absoluta, a presunção de inocência, a ampla defesa e o próprio acesso ao duplo grau de jurisdição não poderiam servir como obstáculos para o cumprimento de uma pena já confirmada em grau recursal (segunda instância).

Alguns doutrinadores, assim como os ministros que elucidaram o novo posicionamento, também entendem que os inúmeros recursos previstos para as instâncias superiores (STJ e STF), os quais não possuem efeito suspensivo, não podem ser utilizados de má fé como expedientes que visem adiar a formação da coisa julgada condenatória e, conseqüentemente, o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em outros termos, recursos protelatórios não têm mais o condão de evitar o imediato cumprimento da pena de prisão. Ademais, essa mudança de paradigma permite a efetividade da jurisdição criminal e valoriza a decisão dos magistrados de primeiro e segundos graus, que acompanham de perto a instrução probatória criminal.

Note-se, portanto, que o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal não está em consonância a alguns princípios constitucionais a serem seguidos, tais como o princípio da presunção de inocência, por exemplo, o que deixa abertura para a indagação da constitucionalidade de tal entendimento concebido pela Suprema Corte.

Deste modo, o próximo capítulo explicitará, de forma ampla, este novo posicionamento, trazendo as principais críticas e manifestações doutrinárias, acerca do tema, bem como a defesa do Supremo Tribunal Federal em prol de seu entendimento já consolidado.

A presunção de inocência foi esmiuçada dentro desse momento do trabalho, levantando conhecimentos doutrinários e bases legais dentro do direito brasileiro que permitiram que a decisão do Supremo Tribunal Federal aceitasse a prisão em segundo grau. Prevendo como o direito processual atualmente estabelece a aplicação da presunção de inocência no caso das medidas cautelares.

#### **4 A POLÊMICA DECISÃO DO STF SOBRE O HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP E A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Interessa como última parte desse trabalho a execução da pena privativa de liberdade e a discussão sobre o habeas corpus nº 126. 292 de São Paulo. Discussão que permite formar um convencimento acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a execução da pena condenatória em segunda instância, discutida sua constitucionalidade e desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

A fase de execução da pena precedera a discussão sobre o *habeas corpus* nº 126.292/SP e em seguida haverá a exposição da decisão do Supremo Tribunal Federal comparando a decisão do *habeas corpus* e o desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

A decisão do Supremo Federal sobre o tema é o ponto máximo da discussão sobre a constitucionalidade sobre a execução da pena em segunda instância, sem observar o trânsito em julgado da decisão criminal, compreendendo-se a opinião dos ministros sobre o tema.

O Direito processual penal brasileiro observa normas processuais e especiais, incorporando princípios específicos do processo penal e advindos da Constituição Federal obedecendo entre outros o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa. Marcão (2013, p.26) aduz:

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, conforme anuncia o art. 1º da Lei de Execução Penal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Depois de transcorrido todo processo de conhecimento e de se proferir a sentença, dá-se início a fase de execução da pena com o trânsito em julgado dessa decisão judicial. A fase de execução da pena é quando se fará o cumprimento da pena de multa, pena restritiva de direito ou a pena restritiva de liberdade.

São duas fases distintas, mas consecutivas, pois a sentença proferida tem que ser executada, seguindo a Lei de Execuções Penais, fazendo-se efetivar a

decisão do juiz após o julgamento do réu e a consequente condenação desse por um ato ilícito praticado. Marcão (2013, p.26) afirma da execução penal:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

O desenvolvimento de uma visão humanista da pena atenta para o caráter de reintegração dessa fase da execução da pena, com o condenado sendo preparado desde a condenação para a reintegração a sociedade depois de executada a pena e o condenado seja recolocado em convívio social.

#### **4.1 BREVE ANÁLISE SOBRE O HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP**

O *habeas corpus* é uma forma de remédio constitucional contra decisões que levarem a prisões ilegais. Pode ser impetrado pelo paciente, que é contra quem a decisão ilegal foi determinada, com a finalidade de reaver a decisão que privou a liberdade de locomoção, de forma ilegal, sem fundamentação correta para a sua determinação, o que configura uma decisão injusta e a possibilidade de concessão do *habeas corpus* para sanar o erro da autoridade que decretou a prisão. Moraes (2016, p.245) conceitua o *habeas corpus*:

Portanto, o *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar. Ressalte-se que a Constituição Federal, expressamente, prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5º, XV). A lei exigida pelo referido inciso deverá regulamentar tanto as restrições ao direito de locomoção interna, em tempo de guerra, quanto ao direito de locomoção através das fronteiras nacionais em tempo de guerra ou paz, uma vez que o *direito de migrar* é sujeito a maiores limitações.

A impetração do *habeas corpus* pode ser feita de forma preventiva com o *habeas corpus* preventivo ou posterior a prisão, quando se faz o *habeas corpus* liberatório. O preventivo é aquele que visa inibir a ação da autoridade, impedindo que alguém seja preso de forma ilegal. De lado contrário, o liberatório é impetrado

posterior a prisão, com a finalidade de suspender a prisão, retirar da prisão quem foi preso de forma ilegal.

Algumas particularidades existem na ação de *habeas corpus* como o fato de ela não exigir a presença de advogado, podendo ser realizado o pedido e impetrado pelo próprio preso. Outra particularidade remete-se ao fato de a ação de *habeas corpus* não possuir um custo, é uma ação gratuita de natureza constitucional. Moraes (2016, p.247) elenca essas particularidades:

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas<sup>2</sup> e que visa *evitar* ou *cessar* violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.

O *habeas corpus* nº 126.292 tornou-se um dos pontos mais polêmicos dentro do direito processual penal brasileiro e precisou da interferência do Supremo Tribunal Federal para proferir entendimento sobre a constitucionalidade da execução da pena em segunda instância e o possível desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

Esse *habeas corpus* foi impetrado com a finalidade de reaver a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que ao analisar o caso que motivou a condenação (roubo majorado) indeferiu o pedido de liminar, por meio do Habeas Corpus nº 313.021/SP.

#### **4.2 A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM O *HABEAS CORPUS* Nº 313.021/SP**

Márcio Rodrigues Dantas, juntamente com outra pessoa foram condenados à pena de cinco anos e quatro meses pelo crime de roubo majorado na Cidade de Itapeverica da Serra, interior do Estado de São Paulo, crime previsto no artigo 157, parágrafo, inciso I e II do Código Penal Brasileiro. Lacerda (2016) elucida os fatos conforme ocorreram:

Ocorre que, no julgamento da apelação interposta exclusivamente pelos réus, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso. Ao final, o Tribunal negou provimento ao recurso e, sem qualquer fundamentação, determinou a expedição imediata de mandado de prisão contra o acusado que se encontrava em liberdade, mesmo diante da possibilidade de interposição de recurso especial e extraordinário: eis a

novidade. Seguiu-se a impetração de *Habeas Corpus* perante o STJ (313.021/SP), onde a liminar fora indeferida.

Concedido a ele o direito de ficar em liberdade durante a fase recursal. Ocorre que ao recorrer da decisão perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o condenado conforme previsto mediante recurso tentou a revisão da decisão, recurso que foi negado pelo Tribunal de Justiça. Havendo duas situações distintas, enquanto Márcio esperava o julgamento em liberdade, a pessoa que estava com ele e praticou o crime estava presa desde o ato ilícito. Lacerda (2016) pondera sobre esse caso:

Diante dessa negativa, foi impetrado novo Habeas Corpus, agora ao STF (126.292/SP). Nessas condições, a liminar foi concedida pelo próprio Ministro Teori Zavascki e o paciente finalmente foi colocado em liberdade, superando-se a súmula 691 do STF diante da ilegalidade flagrante, uma vez que o “fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva”. Tudo parecia voltar às raias da normalidade. Entretanto, o julgamento foi afetado “ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, por indicação do Ministro Relator”, na última sessão de 2015. Ato contínuo, a liminar outrora concedida foi revogada e, por sete votos a quatro, fixou-se a nova e temida orientação proposta pelo relator no sentido de que “tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar a decisão e manter a condenação do réu a pena inicialmente estabelecida em primeiro grau, ainda determinou a prisão do condenado. Motivo pelo qual o condenado impetrou pedido de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.

Julgado o habeas corpus nº 313.021/SP, houve novamente a denegação do pedido do autor e a manutenção da pena e a determinação da execução da mesma no regime fechado. Fato que motivou o paciente a requerer análise sobre o feito junto a Supremo Tribunal Federal, por meio da impetração de novo *habeas corpus*.

O condenado ao tentar uma revisão do pedido de *habeas corpus* negado pelo Superior Tribunal de Justiça com a impetração de novo *habeas corpus*, agora perante o Supremo Tribunal Federal alega que não foram apresentados fatos novos que comprovem a necessidade de manter a prisão do condenado ainda em fase recursal.

A matéria sobre a execução da pena sem o trânsito em julgado da sentença, ainda possível a impetração de recursos na esfera do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, se analisada por alto, acaba por destoar do que os tratados, convenções e acordos internos e a Constituição Federal tem como premissa sobre a execução da pena, por isso a relevância do julgamento do STF.

#### **4.3 O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* nº 126.292 PELO STF E A POLÊMICA SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

A interpretação constitucional deve ser feita de forma unitária, não havendo uma diversificada interpretação sobre as normas ou princípios. Quanto a isso, o Supremo Tribunal Federal assume uma função de importância, devendo dar o parecer final sobre determinadas discussões sobre a aplicabilidade de normas e decisões frente ao texto constitucional.

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. (BRASIL, 2016).

O Supremo Tribunal Federal, com o controle de constitucionalidade, atua como um filtro para decisões proferidas por outros juízes e tribunais e a aplicabilidade de normas infraconstitucionais. Podendo se posicionar contrário a essas aplicabilidades e normas, declarando a inconstitucionalidade dessas normas e decisões, fazendo cumprir o texto constitucional ou proferindo decisão favorável a essas medidas.

O *habeas corpus* em análise teve como relator o ministro Teori Zavascki, que conduziu o julgamento tendo como partes o condenado Márcio Rodrigues Dantas e de outro lado o Relator do HC 313.021 no STJ. Relator que durante o julgamento no STJ indeferiu o pedido de liminar contra a prisão do condenado,

determinada pelo Tribunal de Justiça. Lenza (2015, p.160) preceitua sobre a função de intérprete da Constituição do STF:

O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito.

Em uma primeira análise realizada no STF, foi acatado o *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo relator Ministro Teori Zavascki e definida a liberação do paciente que impetrou *habeas corpus*, reconhecendo que houve prisão ilegal desse condenado, pois não teria transcorrido o trânsito em julgado da decisão. A primeira decisão então acabou concedendo a liminar ao impetrante e pondo-o em liberdade.

Porém, após uma nova análise dos demais membros do Supremo Tribunal Federal ficou decidida a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade em segunda instância, contrariando a primeira decisão proferida pelo relator e que deu início a uma polêmica sobre a aplicabilidade dessa decisão e a afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Lacerda (2016) corrobora sobre a decisão:

O STF simplesmente chancelou uma decisão arbitrária do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. A Corte não dispõe de meios — tal qual poderia se verificar no exercício de controle abstrato de constitucionalidade ou na edição de súmula vinculante — para fazer com que esse entendimento seja adotado obrigatoriamente em segunda instância e no Superior Tribunal de Justiça. Tampouco à acusação são disponibilizados mecanismos processuais — tais como a reclamação ou o próprio Habeas Corpus — para fazer com que sua demanda pegue um atalho até a jurisdição da Corte, devendo aguardar o julgamento de recurso extraordinário.

Alguns elementos devem ser elencados para a discussão dessa polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal, como o artigo 283 do Código de Processo Penal, o princípio da presunção de inocência e a posição de órgãos como a OAB, que se manifestaram contrariamente a decisão tomada pelo STF.

O tema merece cautela pois pode influenciar em diversos julgamentos em andamento no Poder Judiciário e provocar uma onda de alterações que acabaria por

trazer efeitos imediatos a atuação do Poder Judiciário e aplicação das leis processuais e dos princípios processuais. Pelo artigo 283 do Código de Processo Penal:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011)

Pelo artigo acima transcrito fica o entendimento que não pode ser determinada a prisão do condenado em segunda instância, sem que haja o trânsito em julgado da decisão. Sendo admitida somente sem o trânsito em julgado a prisão temporária ou preventiva, o que não foi verificado no caso em análise pelo *habeas corpus* nº 126.292/SP.

Uma breve análise dos votos proferidos pelos ministros do STF demonstra uma divergência de opiniões entre alguns dos ministros e devido a votação, a maioria decidiu por acatar a constitucionalidade da prisão em segunda instância sem o trânsito em julgado da sentença condenatória. Pacelli (2017, p.38):

No julgamento do HC 126292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nos 43 e 44, em 05.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal *modificou radicalmente* a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a *execução provisória* da condenação *já após a decisão do Tribunal de segundo grau*. A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do *trânsito em julgado*, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a *decisão da qual não caiba mais recurso*.

O primeiro dos ministros a votar e desferir seu parecer sobre o caso foi o ministro Edson Fachin, que se diz favorável a execução da pena em segunda instância, proferindo voto contrário ao do relator do *habeas corpus*, ministro Teori Zavascki. Para o ministro Edson Fachin, não se trata de uma análise do que o condenado acha justo ou injusto sobre a decisão da prisão, mas sim uma alternativa para os tribunais superiores uniformizarem uma decisão.

Para sanar essas situações, como bem ressaltado no voto do eminente Relator, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte. Sendo assim, tenho a

honra de acompanhar o voto do eminente relator. É como voto. (FACHIN, 2016)

Alinhando pensamento como deferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça. Para terminar seu voto, o ministro ponderou que a revisão da decisão pelo STF não prejudica o réu, pois a irretroatividade das leis e decisões é aplicável somente ao direito penal.

O ministro Roberto Barroso foi favorável a posição do Ministro Edson Fachin, que corroborou ao dizer que a presunção de inocência pode ser revista, não sendo aplicada de forma expressiva, adequando-se a situação em análise e verificando os outros princípios constitucionais.

Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com revogação da liminar concedida, bem como para fixar a seguinte tese de julgamento: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”. (BARROSO, 2016).

A presunção de inocência, de acordo com esse ministro, não é uma lei, regra a ser seguida, podendo ser valorada de outra forma. Pois a prisão em segunda instância consistiria na efetivação do direito penal e a valorização dos bens jurídicos que foram afetados. O ministro Barroso ainda demonstrou preocupação quanto a consequente impetração de recursos no intuito de atrasar o trânsito em julgado da decisão, causando descrédito da sociedade em face do Poder Judiciário.

No pedido preliminar, coube ao relator, ministro Teori Zavascki, proceder a determinação que fosse solto o acusado, que voltou novamente a discutir a questão, deferindo novo pronunciamento sobre o caso e consequentemente voltou a considerar que a prisão foi realizada dentro da legalidade.

A mudança de posição do ministro se faz para defender a função do Direito Processual Penal, de exercer o direito de punir pelo Estado e a consequente pacificação social, com a determinação de uma punição a quem infringir as normas e princípios penais e processuais. Deste modo, o ministro se posicionou favorável aos ministros Fachin e Barroso e acatando a execução da pena em segunda instância.

Diferente da opinião dos outros ministros, a ministra Rosa Weber não despreendeu entendimento focado no que a Constituição Federal descreve e proferiu

relatório e entendimento de forma dispare dos demais ministros. Segundo ela, não poderia ir contra o texto constitucional.

Não ousou, Senhor Presidente, no momento, repito, com todo o respeito, pedindo vênias ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanharam, afastar os fundamentos antes lembrados para referendar a revisão da jurisprudência da Corte. Assim, forte no critério que expus como norte da minha atuação nesta Casa, divirjo para conceder a ordem. Pelo que depreendi do voto do Ministro Teori, o Ministro Falcão, no STJ, indeferiu a liminar em impetração contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinara "execute-se a pena", em execução provisória, não se tratando de decreto de prisão cautelar. Respeitosamente divirjo, portanto, concedendo a ordem. É como voto. (WEBER, 2016).

Não podendo desprender a condenação transitada em julgado do princípio da presunção de inocência, não aceitando a legalidade da prisão em segunda instância.

O ministro Luiz Fux defendeu a prisão em segunda instância ao entender que se deve dar efetividade à justiça. E, que ao legislar sobre a Constituição, o legislador não teve intenção de impedir que fosse determinada a prisão em segundo grau de jurisdição.

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. Então, pedindo vênias à divergência e louvando essas três exemplares manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso, eu os acompanho integralmente. (FUX, 2016)

O ministro Dias Toffoli teve um parecer de aceitação parcial sobre a decisão, acatando em partes o pedido e entendendo que para determinação da condenação tem de haver a certeza de culpa do agente, fato em que se vê contrário a prisão em segunda instância, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O ministro Ricardo Lewandowski, com base na Constituição Federal não acata a determinação da prisão em segunda instância, fazendo uma interpretação do caso nos limites da legislação. Defendendo o artigo 283 do Código de Processo Penal que se foca no trânsito em julgado da decisão para que seja executada a pena privativa de liberdade.

Vossa Excelência me permite - é claro, eu não quero ser jocoso, nem irônico -, nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos

e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau. Mas eu acho que a Suprema Corte chegou a uma decisão. Todos os argumentos foram extremamente muito bem fundamentados. O Ministro Teori Zavascki, como sempre, nos brindou com um belíssimo e profundíssimo voto, atento à realidade brasileira que se caracteriza por uma crescente criminalidade, seja ela urbana e rural. Mas, então, eu peço vênias, mesmo diante desses argumentos muito sólidos, para manter a minha posição e, acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do eminente Ministro Decano Celso de Mello, conceder a ordem. (LEWANDOWSKI, 2016)

O ministro Gilmar Mendes entendeu que a aceitação a execução da pena em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência. Defendendo que não há que se discutir quanto a culpabilidade, pois haveria diferenças entre uma investigação, até o momento da condenação em segunda instância, como foi o caso apreciado nos *habeas corpus*.

De modo que eu, fazendo todos esses registros, pedindo vênias agora a ministra Rosa Weber, que aderiu a posição anterior e, também, vênias antecipadas ao ministro Marco Aurélio, possivelmente ao ministro Celso de Mello, que ha muito perfilham a orientação ate aqui dominante, vou acompanhar o voto trazido pelo ministro Teori Zavascki, denegando a ordem. (MENDES, 2016)

O ministro Celso de Melo entende que a decisão viola a presunção de inocência, no que tange a um direito que já se faz presente na Constituição Federal e pela legislação penal e processual brasileira.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, peço vênias para acompanhar, *integralmente*, na divergência, os eminentes Ministros ROSA WEBER e MARCO AURÉLIO e deferir o pedido de "*habeas corpus*", mantendo, *em consequência*, o precedente firmado *no julgamento plenário* do HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, reafirmando, *assim*, a tese de que a *execução prematura (ou provisória)* da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado *revela-se frontalmente incompatível* com o direito fundamental do réu, *assegurado pela própria Constituição da República* (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente. (MELO, 2016).

Portanto, não se admitindo a condenação em segundo grau, entendida por ele como um retrocesso penal. A última análise do caso veio com Cármen Lúcia, ministra que entendeu que a dupla condenação já enseja que fosse entendido que haveria procedência na prisão.

Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverão de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considere e concluí,

votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos. Por essa razão, Senhor Presidente, vou me manter na mesma linha dos votos antes proferidos, ou seja, neste caso, denego a ordem, acompanhando o Ministro-Relator, com as vênias da Ministra Rosa Weber que votou divergente. (LÚCIA, 2016).

Ao proferir o entendimento, a Presidente da Corte relembra que a ausência de execução, como foi determinada poderia levar a uma falta de confiança perante as decisões dos tribunais, demonstradas a tentativa de dar-se uma duração razoável ao processo como contraprestação a sociedade por um crime praticado e a devida pena.

A votação realizada em fevereiro de 2016 foi polêmica e apertada, com a divergência entre a posição dos ministros, mas foi favorável ao início da execução da pena privativa de liberdade por condenação em segunda instância, sem o trânsito em julgado dessa sentença. Avena (2016, p.50) define sobre a decisão do STF:

Todavia, em 17.02.2016, o Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, modificou essa orientação, deliberando no sentido de que a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória (e isto se estende, por óbvio, à hipótese de reforma da sentença absolutória) em Segundo Grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva.

Ponderou-se na tomada de decisão pela maioria dos votos do plenário, que a questão de provas e fatos se deixa decidida na segunda instância, não sendo necessária sua rediscussão após duas sentenças sobre o mesmo feito serem condizentes.

Houve com essa decisão uma mudança de parecer do Supremo Tribunal Federal, que tinha decidido desde o ano de 2009 que não poderia ser aplicada o início da execução da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Foi atenta a esse parecer do próprio Supremo Tribunal Federal e o princípio da presunção de inocência e o artigo 283 do Código de Processo Penal que a defesa buscou a reanálise do caso. Porém, o entendimento do STF foi favorável ao empreendido pelo Tribunal de Justiça e pelo STJ, reafirmando a

mudança de posição do STF e uma nova visão sobre a execução da pena em segunda instância.

O maior argumento daqueles que são contrários a execução da pena em segunda instância é justamente a invocação ao princípio da presunção de inocência e a sua conseqüente violação por essa decisão. Capez (2011, p. 44) faz uma análise consistente sobre esse princípio:

O princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado, quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória.

O relator do julgamento do *habeas corpus*, ministro Teori Zavascki é firme ao dialogar no sentido de que a presunção de inocência se exaure na segunda instância, quando a partir dela pode se determinar a culpa, ou seja, ser determinado culpado o condenado e tenha início à execução da pena, como foi o caso do *habeas corpus* analisado. Zavascki (2016) admite que “Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, com a conseqüente revogação da liminar concedida”.

A decisão de seis votos contra cinco embora controversa e polêmica, até mesmo pelo posicionamento que o próprio STF já fez, agora de forma contrária. Não se discute a função do STF em resguardar a Constituição Federal e impedir que se tenham posições divergentes entre os tribunais, uniformizando essa decisão para os órgãos inferiores do Poder Judiciário. Machado (2016) relembra a posição contrária a tomada em fevereiro de 2016 pelo STF:

No ano de 2009, em sede do julgamento do HC nº 84.078, impetrado em favor de um preso condenado a sete anos e seis meses de prisão, por tentativa de homicídio duplamente qualificada, pelo Tribunal do Júri de Passos (MG), a Excelsa Corte entendeu, através de decisão não unânime, que um condenado só poderia ser preso após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que a execução provisória da pena não poderia ser procedida enquanto houvesse recursos pendentes, salvo se presente algum dos requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Postos e analisados todos os fatos desde a polêmica decisão do STF em fevereiro de 2016, a jurisprudência sobre a execução da pena privativa de liberdade,

o artigo 283 do CPP e o princípio constitucional da presunção da inocência, tem-se um parecer geral sobre o tema.

Admite-se agora a prisão em segunda instância, sem que haja o trânsito em julgado da decisão. Realçado pela função do STF de última instância do Poder Judiciário e de guardião da carta magna brasileira, uniformizando essa decisão para os demais tribunais.

O Habeas corpus 126.292/SP foi marcante, tendo inclusive sua decisão revigorada e um posicionamento idêntico por parte do STF em decisões posteriores sobre o tema, como nas ADC (s) 43 e 44, movidas pelo Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da OAB, e ainda o Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, que manteve a decisão de execução da pena em segunda instância. Avena (2016, p.51) esclarece:

Posteriormente, em 05.10.2016, pronunciando-se acerca das liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB em relação ao art. 283 do CPP, o STF ratificou o entendimento adotado no julgamento do referido HC 126.292/SP, compreendendo, pela apertada maioria de 6 votos a 5, que o referido art. 283 não impede o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias. Mais recentemente, em 11.11.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP, o Plenário virtual do STF, novamente por maioria, reafirmou a mencionada orientação. Tratando-se, neste caso, de deliberação meritória realizada após reconhecimento da repercussão geral da matéria, a tese firmada pelo Excelso Pretório, doravante, deverá ser aplicada nos processos em curso nas instâncias inferiores.

Exauridas todas as vias de análise sobre a possibilidade de execução da pena em segunda instância, o STF é claro ao determinar que a presunção de inocência não é afetada por esse início de cumprimento da execução da pena, sem transitar em julgado a decisão, pondo fim a esse argumento aclamado pelos contrários a essa decisão.

Depois de apresentados no primeiro momento do trabalho os princípios gerais do direito e elencados os princípios constitucionais aplicados ao direito processual penal brasileiro, expondo os princípios específicos do direito processual penal e destacado no segundo momento do trabalho o princípio da presunção de inocência. No terceiro momento do trabalho demonstrou-se a posição do STF sobre a incidência da possibilidade da prisão em segunda instância de julgamento e a

possibilidade de ferimento ao princípio da presunção de inocência, um dos mais destacados dentro do processo penal brasileiro.

Conclui-se que a discussão sobre a validade ou não dessa execução e a sua constitucionalidade sai do campo do Poder Judiciário, pois teve entendimento pela instância máxima e vai para o campo não apenas jurídico mais, também político, econômico, social e cultural com os posicionamentos e opiniões contrárias dos doutrinadores de processo penal, direito penal e direito constitucional, sendo acatada pelo STF a possibilidade de prisão após julgar o HC 126.292/SP.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fase de execução da pena é posterior ao processo de conhecimento, com o Estado exercendo seu direito de punir em face do cometimento de um ato criminoso e o cumprimento de um devido processo para apuração dos culpados por essa atividade ilícita, respeitando os princípios constitucionais e os legais a eles ancorados.

As normas são as principais fontes do direito no Brasil, não podendo esquecer as demais fontes como os costumes, princípios, analogia. Fontes essas que são invocadas na solução dos casos nas esferas do direito brasileiro, como direito penal e direito processual penal.

Nesse contexto, os princípios processuais são a base que devem ser orientadoras do andamento processual. O processo penal brasileiro incorpora princípios presentes na Constituição Federal e princípios próprios do processo penal brasileiro.

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios mais utilizados no processo penal brasileiro, garantindo aos condenados a atribuição de culpa somente após o trânsito em julgado da sentença. Princípio que é oriundo da Constituição Federal e assemelha-se ao artigo 283 do Código de Processo Penal, com redação semelhante.

O referido princípio encontrou-se em discussão com a impetração do *Habeas Corpus* nº126.292/SP junto ao Supremo Tribunal Federal, discutindo sobre a constitucionalidade da execução da pena em sede de segundo grau, ainda em fase de apelação.

Uma análise formal desse caso demonstraria que houve violação do princípio constitucional, não se permitindo a execução da pena em segundo grau, sem transitar em julgado a sentença condenatória, tendo em vista que o texto da Constituição Federal é expresso no sentido de se considerar culpado somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contrapartida, uma análise na via material, entende-se que não se afetaria esse princípio, com a determinação da execução da pena em sede de apelação, no segundo grau como foi o caso do *habeas corpus* aqui discutido. Não se nega que o Supremo Tribunal Federal exerceu aqui o chamado ativismo judicial, sendo esta uma técnica de interpretação que vai além do possível pelo judiciário,

extrapolando os limites permitidos pela Constituição Federal e, fazendo como alguns autores diz “Legislando”. Ocorre que esse instituto vem sendo bastante aceito no Brasil, para que seja amoldado o texto da Constituição Federal com o contexto social, cultural, jurídico e econômico da sociedade.

A polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal, confirmando a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça foi uma forma de uniformizar os entendimentos dos tribunais sobre o caso e defender que se pode iniciar a execução da pena em fase de segundo grau, quando constatado que tiver exaurida a discussão sobre as provas e os fatos.

As reiteradas decisões posteriores confirmando essa decisão de admitir a execução da pena, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão, reforçam a posição do STF, que embora a polêmica definisse a constitucionalidade dessa execução da pena em segunda instância.

O julgamento da ADC 43 e 44 comprova a visão do Supremo Tribunal Federal corroborada no *habeas corpus* nº 126.292 e impedem entendimentos contrários, dessa forma as ADC admiti a execução da pena privativa de liberdade em segundo grau de forma vinculada, tendo em vista seus efeitos Erga omnes, não havendo violação constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopse para Concursos: processo penal – parte geral**. 4ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2016, v.7

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARMENTA DEU, Tereza. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. – 9.ª Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. 6ª ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 126.292**, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade. Relator Min. Teori Zavascki, DJU, nº 124, de 17º fev. 2016, Brasília, 18 fev. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. – 4. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro**: a marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LACERDA, Fernando. Hideo. **Decisão do STF pode ser superada por jurisprudências do STJ e cortes locais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/fernando-lacerda-decisao-stf-superada-outras-cortes>>. Acesso em 17 de abr. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Processo Penal**. Salvador: JusPodvm, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12ª. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.850/2013

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 32ª Ed. rev. e atual. Até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5 eds. rev., atual e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PENTEADO, Jacques de Camargo (coord.). **Acusação, Defesa e Julgamento**. Campinas: Millenium, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. V. II, Ed. Verbo, 2005.

SOUZA, Renata Silva. **O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>>. Acesso em 17 de abr. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 17 de abr. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício; FRANCO, Alberto Silva. **Devido processo legal.** In: Alberto Silva Franco; Rui Stoco. (Org.). Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Editora Jurispodim: São Paulo, 2016.

