

ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DA CONDENAÇÃO

ANALYSIS ON THE START OF THE POSSIBILITY OF COMPLIANCE WITH PEN BEFORE THE CONDEMNATION

Gustavo Garcia Alves Urias¹

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de discutir de forma simples e objetiva a possibilidade de início do cumprimento da pena por meio da execução penal antes mesmo de concluída a persecução penal, de modo que a interposição de recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, recurso Extraordinário de Especial, respectivamente, não implique em assegurar ao recorrente a aplicação do princípio da presunção de inocência, relativizando, portanto, os efeitos do trânsito em julgado, como também alterando relevantemente a hermenêutica da norma constitucional.

Palavras-chave: Segunda instância, trânsito em julgado, recurso Extraordinário e Especial, cumprimento da pena, condenação

ABSTRACT

This work aims to discuss a simple and objective way the possibility of the beginning of the sentence by the criminal enforcement even before the completion of the criminal prosecution , so that appeals to the Supreme Court and the Superior Court of Justice , Special feature Extraordinary respectively , does not involve the applicant ensure that the principle of presumption of innocence , relativizing , so the effects of res judicata , as well as changing relevantly the hermeneutics of constitutional rule .

Keywords: Second instance, res judicata, Extraordinary and Special appeal the sentence, conviction.

1. INTRODUÇÃO

¹ Graduando em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

Muito tem se comentado à cerca da possibilidade de determinar a expedição de mandado de prisão em decisões de segunda instância, mesmo que sem trânsito em julgado. Interpretação que tem gerado relevante discussão nos meios doutrinários, além de tumultuar a prática forense, motivando diversas impetrações de recursos. No início de 2016 o STF se manifestou sobre o tema, ao decidir sobre o *Habeas Corpus* nº 126., fomentando os debates, reconhecendo positivamente, e de forma imperiosa, a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena antes mesmo da concluída a persecução penal.

O contexto relatado além de criar insegurança quanto a aplicação da norma possibilita a indagação das seguintes questões, estaria o STF legitimando a violação a *clausula pétrea*; o Poder Judiciário estaria criando leis, substituindo o Poder Legislativo, ultrapassando os limites de sua competência?

Pela breve, simplória, e intrigante introdução, caro leitor, poderiam estar se perguntando se essa discussão é digna de um país dito “sério”, de uma República Democrática fundada nos ditames de uma Constituição Federal sólida. Pois bem, passemos a descrever e pontuar as questões geradoras do presente embate, de modo que você possa, ao final, formar sua própria opinião.

2 – DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Historicamente os princípios surgiram a partir da Segunda Guerra Mundial, momento de grande ruptura e reconstrução da sociedade, gerada pelos impactos da guerra, não mais permitindo que àquelas normas preteritamente criadas se aplicassem à essa nova sociedade. Até esse momento as normas eram aplicadas estritamente em conformidade com sua redação, não podendo os juízes interpretar as normas de modo abrangente.

A ruptura social rompeu com o antigo paradigma de interpretação do direito, ensejando a criação de princípios, de forma que o Direito pudesse acompanhar com mais eficácia as transformações na sociedade.

Os princípios se diferenciam das normas justamente pela amplitude do seu campo de abrangência, não ficando adstrita a expressa letra da lei, mas sim a tênue interpretação das diretrizes que originaram a criação da norma, de modo a propiciar a sociedade melhor enquadramento e aplicação dos direitos que lhe são assegurados.

Ainda podem, quando da apreciação de um caso concreto pelo Judiciário, os princípios se encontrarem em rota de colisão, devendo um prevalecer em detrimento de outro, embora ambos coexistissem, ainda que um tiver seus efeitos mitigados.

Temos em nossa Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV, a caracterização do Princípio da Presunção de Inocência, por meio do qual ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, característica essencial da norma constitucional que visa garantir o contraditório e a ampla defesa, reafirmando o Estado Democrático de Direito, afastando as barbáries de um Estado arbitrário e repressor.

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

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

Lembremos que o devido processo legal, apesar de possuir vários ritos e fases, deve ser visto como um procedimento linear que objetiva resolver as questões em litígio de modo a ensejar, pela apreciação do Poder judiciário, uma decisão, esta que por sua vez poderá ser de natureza condenatória, absolutória ou terminativa – em se tratando do Processo Penal -, possuindo em todo caso suas respectivas razões e fundamentos para aplicar as normas ao caso concreto.

Vale dizer que em todo caso o referido procedimento deverá observar seu próprio trato normativo, não podendo em nenhuma hipótese desrespeitar as formalidades contidas na lei, sob pena de gerar nulidade dos atos no procedimento, ou do próprio procedimento como um todo.

Todos os atos e atividades que visam esclarecer a conduta delituosa gerando efeitos, bem como identificar o delituoso, denomina-se de persecução penal, sendo que é através dela que o Estado legitima o exercício do seu poder de punir, aplicando as penas cominadas para os respectivos crimes tipificados. Apenas a título de informação, realçando a natureza deste artigo, a persecução penal se subdivide em duas fases, sendo uma administrativa, ou seja, a fase do Inquérito Policial, e a outra, a fase processual propriamente dita, quando se dá a apreciação pelo judiciário.

O Princípio da Presunção de inocência por estar contido no rol dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo é considerado cláusula *pétrea*, não podendo ser objeto de alteração nem mesmo pelo solene procedimento de Emenda Constitucional.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Essas cláusulas, ditas *pétreas*, expressas na Constituição de 1988 tem o condão de assegurar as conquistas emanadas pelo indivíduo que através de lutas homéricas fez com que o Estado reconhecesse o indivíduo como um cidadão de direitos. Não poderá então em qualquer hipótese relativizar a interpretação e aplicação deste princípio sem que constitua violação à garantia constitucional de ser considerado inocente até que se conclua a persecução penal.

3 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo penal inicia-se com a representação na queixa-crime ou pela propositura da denúncia pelo Ministério Público, sendo em alguns casos condicionada a representação ou subsidiária. Há diferenças, portanto, para o início da segunda fase da persecução penal em ação pública ou privada.

Ao fim do procedimento em primeira instância, momento da prolação da sentença, há ainda possibilidade para as partes recorrerem, impugnado os termos da decisão, *latu sensu*, devolvendo ao Judiciário a questão para reanálise, desta vez em segunda instância, podendo a sentença ser confirmada ou reformada.

Haverá, portanto, com a prolação da sentença oportunidade para interposição de recursos para o Tribunal de Justiça, e eventualmente, desde que preenchido os requisitos, para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, só então terá fim a persecução penal, sendo a decisão certificada com o trânsito em julgado, de modo a gerar efeitos dentro e fora do processo.

A conclusão da persecução penal se dá pela formalização do julgamento, tecnicamente pela certificação do trânsito em julgado. Momento no qual o *quantum* decisório não poderá mais sofrer alterações, apesar de existir previsão de via própria que relativiza com certa rigidez a coisa julgada, podendo modificar a decisão em restritos casos previstos em lei. Como efeito a coisa julgada, enseja segurança jurídica em nosso ordenamento, não permitindo que as eventuais e futuras alterações legislativas influenciem nos processos concluídos, salvo em matéria penal quando a norma alterada, ou criada, trazer benefício para o acusado.

4 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL PARA IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES DE 2ª INSTÂNCIA.

Os Recursos, Extraordinário e Especial, são conhecidos como recursos em estrito direito justamente por se tratar de ferramentas que visam a proteção e a aplicação das normas contidas nas Constituição Federal e nas leis federais, respectivamente, não levando em conta as questões fáticas ou a justiça no caso concreto, mas sim a harmonização coerente das leis dentro do ordenamento jurídico vigente.

Tais recursos visam reformar a decisão exaurida em acórdão conforme os interesses do recorrente, levando ao conhecimento do STF e STJ apontamentos de

decisões que contrariam as disposições de normas constitucionais ou as de caráter federal, ou mesmo de decisões contrárias ao posicionamento em outros casos semelhantes já analisados pelos órgãos em questão, evitando que o mesmo órgão julgue de maneira diferente.

Apesar da semelhança entre ambos os recursos, há expressa diferenciação à luz da norma constitucional, inclusive por não aplicar aos recursos em questão o princípio da fungibilidade.

Ainda que esses recursos constitucionais constituam direitos no exercício da ampla defesa e do contraditório, com expressa previsão nos artigos 102, inciso III, e o artigo 105, I, da Constituição Federal, sua eficácia tem sido relativizada, de forma que a interposição destes recursos com o objetivo de devolver ao crivo do Judiciário reanálise de possível violação à norma constitucional ou federal não encontra óbice na execução antecipada da condenação de segunda instância.

Art. 102. CF Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Art. 105. CF Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Por se tratar de uma ferramenta que impugna o *quantum decisório*, de forma que sua apreciação é questão prejudicial para concluir a persecução penal, podendo

alterá-la, não poderia o condenado iniciar o cumprimento da pena sem que fosse certificado o trânsito em julgado, concluindo o devido processo legal.

Se o direito de recorrer para órgãos da suprema corte implica no início do cumprimento da sentença, estar-se-ia aplicando a penalização antes mesmo de se constatar que o réu é ou não culpado.

5. POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

Contrariando sua própria jurisprudência o STF se posicionou de forma diametralmente oposta ao reconhecer como legítima a execução da condenação ainda que pendente de recurso Extraordinário e Especial. Contrariando a ordem natural das coisas, aplicando a pena sem que se reconheça a condenação.

Será, portanto, reconhecido como legítimo o início do cumprimento da pena sem que sejam julgados os recursos em segunda instâncias, tramite pelos STF e STJ.

Não há muito espaço para a hermenêutica jurídica quando se fala em cláusula *pétrea*, quando se tem em questão o direito de ir, vir e permanecer, devendo a interpretação dessa norma ser realizada estritamente da maneira que se assevera, pois se assim não o for, nossa Constituição estaria distante de uma Constituição "Cidadã".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil posiciona-se na contramão da evolução da sociedade ao fomentar a população carcerária, ao desrespeitar o Princípio da Presunção de Inocência, fazendo com que o cumprimento da pena anteceda a condenação, relativizando a coisa julgada, afasta, portanto, a aplicação de norma constitucional em nosso ordenamento, promovendo insegurança no meio jurídico.

Resta-nos a indignação já que nossa Suprema Corte, ainda que contrária à sua própria jurisprudência, torna legítima a violação de cláusula *pétrea*, promovendo por meio do Poder Judiciário alteração da interpretação de norma constitucional,

exacerbando não só os limites da hermenêutica jurídica como também da própria repartição dos poderes.

REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.