

**APONTAMENTOS ACERCA DO HABEAS CORPUS 126.292 E O
INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRANSITO EM
JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA PENAL**

**NOTES ABOUT HABEAS CORPUS 126.292 AND THE BEGINNING OF
THE IMPLEMENTATION OF TRANSIT BEFORE THE PEN ON
SENTENCE CONDEMNATORY OF CRIMINAL JUDGED**

Bruna Pio do Bem¹

Fabiana Roncaratti P. de Godoy²

RESUMO

O presente artigo fará apontamentos sobre o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de início da execução da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A partir dessa temática central será trabalhado, sob uma orientação garantista, os fundamentos que a justificam ou não, bem como as implicações jurídicas e administrativas desse entendimento. Analisa-se a votação do HC 126.292, sob a ótica da preservação ou não do princípio da presunção de inocência, salvaguardado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, e a validade do artigo 283, do Código Processo Penal. Além disso, é feita análise sobre a repercussão administrativa da execução provisória da pena em face a sentença condenatória proferida em segunda instância.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Garantismo Penal; Presunção de Inocência.

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

² Jornalista e Graduada em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

ABSTRACT

The article will address the new understanding of the Brazilian Supreme Court regarding the possibility to start the execution of the sentence before the final judgment. From this central theme, will be working under a garantism guidance, the reasons for it or not, as well as the legal and administrative implications of this understanding. Analyzes the vote HC 126.292 under the optimal preservation or not the principle of presumption of innocence, safeguarded in the 1988 Federal Constitution, in Article 5, paragraph LVII, and the validity of Article 283 of the Code of Criminal Procedure. In addition, analysis is done on the administrative impact of the provisional execution of the sentence in the face of damning judgment on appeal.

Kwywords: Brazilian Constitutional Court; Garantism Theory; Presumption of Innocence

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará questão discutida pelo Supremo Tribunal Federal, no início desse ano, relativa à possibilidade de execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição. A mudança de posicionamento do STF foi alterada após análise do HC 126.292/SP e dividiu a opinião no meio jurídico.

Os juristas mais garantistas entendem que tal decisão viola flagrantemente o princípio da presunção da inocência, uma vez que, conforme entendimento do Supremo, poderia o acusado ter sua execução iniciada antes do trânsito em julgado.

Entre todos os argumentos apresentados por esse grupo de juristas que contrariam a decisão do STF em HC 126.292/SP se destaca a violação desta decisão ao princípio da presunção da inocência, este princípio está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, portanto, com status de cláusula pétrea.

É com base, principalmente, nessa previsão da Constituição -de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que juristas discutem a possibilidade ou não de iniciar a execução da pena, depois de sentença condenatória confirmada em decisão de segundo grau.

Por outro lado, existem outros juristas que entendem que não há que se falar em violação a tal princípio constitucional, pois em recurso especial e extraordinário não há mais

possibilidade de discussão relativa a fatos e provas, mas sim de violação à Lei Federal ou Constitucional. Logo, em recursos acima de segundo grau não poderia haver entendimento diverso quanto à culpabilidade do acusado e, portanto, não ficaria comprometido o princípio da presunção da inocência.

Vale ressaltar que o presente artigo adota, como metodologia, uma bibliografia mais garantista, que é a presente na Constituição Federal e até mesmo no Código de Processo Penal.

O trabalho será organizado da forma exposta a seguir:

Primeiramente, serão analisadas as principais questões discutidas em acórdão do Habeas Corpus 126.292, onde o Supremo Tribunal Federal se posiciona em favor da execução da pena anterior ao trânsito em julgado. Para isto demonstraremos os principais argumentos, presentes no acórdão do Habeas Corpus em questão, daqueles que defendem ou contrariam a questão debatida no HC.

Posteriormente, passar-se-á aos apontamentos sobre o princípio da “presunção da inocência”, o que é esse princípio, a quem cabe e como um acusado de crime tem garantidosua inocência, até sentença penal condenatória transitada em julgado, de forma a se entender se a execução da pena antes do trânsito em julgado desrespeita tal princípio.

Em um terceiro momento, o presente artigo se dispõe a abordar o princípio da presunção de inocência e sua repercussão junto ao STF, posteriormente, analisar-se-á a validade ou não do artigo 283 do Código de Processo Penal, que é propriamente a manifestação protetiva do código processual brasileiro em relação ao princípio da presunção da inocência.

Abordados os argumentos contrários à execução da pena antes do trânsito em julgado, procurar-se-á tratar da repercussão jurídica da decisão da Suprema Corte, isto é, se vinculada ou não tal decisão. E, por fim, as repercussões administrativas no sistema prisional brasileiro e conclusão.

2. TEOR DO ACÓRDÃO DO H.C. 126.292 E SEUS VOTOS PRINCIPAIS

Em acórdão de Habeas Corpus de número 126.292/SP foi discutida, pelo Supremo Tribunal Federal, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau. Em relação a tal assunto, a principal tese que contraria a aplicação provisória da pena

estipulada em acórdão é o princípio constitucional da presunção da inocência, tal Habeas Corpus, no entanto, foi denegado.

Entende-se importante abordar os argumentos utilizados pelos Ministros da Suprema Corte no presente HC, pois fora este o precursor de um novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à execução provisória da pena.

Começar-se-á pelos argumentos dos votos vencedores:

O relator Teori Zavascki afirma que a questão depende de reflexão sobre:

“(a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.³

Nesse sentido, o relator destaca a importância do princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII e afirma que tal princípio teve grande influência na formulação de normas processuais penais e que foram criadas posteriormente à Constituição Federal de 1988.

Conforme o relator, “a implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de Justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista” (2016, p. 8). Logo, o relator reconhece a importância deste princípio no Ordenamento Jurídico Processual Penal Brasileiro. No entanto, afirma que este princípio não fica superado em razão da execução provisória da pena após o julgamento em 2º grau de jurisdição.

Isto porque, de acordo com o relator, até os recursos em segundo grau de jurisdição, momento em que ainda é possível a discussão de fato e culpa do autor são possíveis, portanto o princípio fica resguardado.

No entanto, superado esse momento, não mais há que se falar em presunção da inocência, uma vez que é em Segunda Instância que fica exaurido o princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, a culpa e provas para isto estão sacramentadas, afirma o relator que:

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP – São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2016. p.5-6.

“Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”.⁴

Sendo assim, defende Zavascki que a execução da pena deve ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O Ministro Luís Roberto Barroso⁵ também denega o Habeas Corpus, no entanto, por justificativas distintas. Estrutura sua fundamentação de três formas: na primeira afirma ele que nossa Constituição Federal não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O que a Constituição condiciona ao trânsito em julgado é a culpabilidade.

O segundo ponto ressaltado pelo Ministro Barroso é de que o princípio da presunção da inocência, como o próprio nome sugere, é princípio e não regra. Dessa constatação, decorrem-se várias implicações: uma delas é o fato de poder ser posta a um juízo de ponderação, em que, em relação aos outros princípios, pode ser aplicada em maior ou menor intensidade, o ministro Barroso afirma:

“No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144)”⁶.

E, posteriormente, o terceiro ponto a ser destacado diz respeito à consequência do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação é o esgotamento das instâncias ordinárias. Nesse sentido, conclui ele que a execução da pena, portanto, constitui-se como “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário do sistema

⁴ Ibid. p.6.

⁵ Ibid. p.8.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP – São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2016. p.5-6.. p.8.

penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa”⁷.

Em outra perspectiva o Ministro Barroso demonstra as consequências do entendimento adotado por ele, afirmando:

“(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento”⁸.

O Ministro Marco Aurélio, no H.C. 126.292, apresentou posição contrária ao relator e ao Ministro Barroso, sendo um dos 4 votos vencidos em relação a nova interpretação dada ao artigo 5º, LVII, Constituição Federal, em seu voto ele se posiciona desfavorável a iniciar a execução da pena antes do trânsito em julgado, salientando o seguinte:

“A Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”⁹.

⁷Ibid, p.6.

⁸Ibid. p.8.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP – São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível

O Ministro Marco Aurélio complementa que o artigo 5º, LVII, CF prevê o princípio da presunção da inocência, no seu rol de garantias constitucionais, não admite interpretações, uma vez que o texto constitucional é claro e preciso.

De acordo com ele, ao pretender interpretar estes termos, “claros e precisos”, não está o autor interpretando-os, mas sim reescrevendo a norma jurídica, que, neste caso é a Constituição Federal. Isso, contudo, é uma clara afronta aos limites do Poder Judiciário.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio afirma que é pressuposto da execução provisória a possibilidade de retorno ao estágio anterior, caso o título venha a ser reformado. Enfatiza ele, que no caso de uma execução provisória da pena privativa de liberdade, no entanto, não é possível que com a reforma do título, até então dito provisório, que a liberdade daqueles momentos em que fora privado dela retorne ao réu. Esmiuçando: sendo preso antecipadamente (pelo novo entendimento), o réu nunca mais terá como repor aqueles momentos que poderia ter gozado de liberdade, pois inocente ele era e isto só se provou posteriormente, na fase de recurso.

Resumidamente, foram relatados os votos de alguns dos ministros e os principais de Fevereiro de argumentos a favor e contra a questão que passou a ter novo entendimento desde 17 de Fevereiro de 2016, mudou a jurisprudência já consolidada no Supremo Tribunal Federal.

3. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Em primeiro lugar é preciso definir que ‘Princípios’ são os alicerces que ajudam o funcionamento do ordenamento jurídico, encontrando-se dentro da legislação vigente, implícita ou explicitamente, sendo utilizados na interpretação, aplicação e legitimação das leis e normas de um país. Para o jurista e desembargador do TJ/SP, Guilherme de Souza Nucci:

“Os princípios constitucionais, enumerados na Lei Maior, servem de orientação para a produção legislativa ordinária, além de servirem como critério de interpretação e integração do texto Constitucional. É o norte para

em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2016. p.5-6.. p.8.

toda a legislação infraconstitucional, pois orientam o sistema jurídico na aplicação das normas, dando unidade e coerência ao sistema normativo”¹⁰

A Constituição Federal traz em seu texto várias garantias aos cidadãos, dentre elas consta explicitamente em seu artigo 5º, LVII, o princípio da presunção da inocência, um dos norteadores do Direito Processual Penal, assim previsto: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Também denominado por alguns como “princípio do estado de inocência” ou “da não culpabilidade”, ele considera como inocente ou, em outras palavras, “não culpado” àquele que mesmo sendo investigado e respondendo processo judicial criminal, não tiver sua sentença de condenação transitada em julgado, o que inclui aguardar a decisão de recursos aos tribunais superiores, portanto, enquanto inocente não pode ser levado ao sistema prisional.

A liberdade é um bem jurídico dos mais preciosos ao ser humano e, por isso, é salvaguardada pela Constituição Federal do Brasil, bem como, defendida também dentro das leis do Direito Penal e Processual Penal.

No próprio Código de Processo Penal temos o artigo 283, que também se refere a este princípio, a saber: “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” (grifo nosso).

Um processo penal tem, na prática, duas consequências advindas da presunção de inocência: a primeira diz respeito ao ônus probatório, que cabe ao Ministério Público, uma vez que ele é o titular da ação penal pública e a segunda diz respeito à absolvição do réu em caso de dúvida, o chamado “*in dubio pro reo*”, outro princípio que é invocado e aplicado pelo juiz do processo e, quando este não se convence da culpa do acusado, deve absolvê-lo.

Durante o curso do processo o réu é considerado inocente e deve receber este tratamento, até que sua realidade se altere.

Na teoria, as prisões cautelares têm a premissa de serem exceções, posto que nossas leis prezam pela liberdade, tanto que o próprio legislador revogou o artigo 594, CPP, em 2008, este artigo definia que o réu deveria ficar preso para recorrer da sentença.

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo de Execução Penal. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.55-9 citado em artigo de Kelly C.V. Franz – A Execução Penal Provisória: Uma análise à Luz da Constituição Federal de 1988 p. 4-5 PUC/RGS.

Em alguns casos, para melhor andamento de investigações e checagem de provas, as prisões são concedidas cautelarmente, após fundamentação do magistrado, o que não fere o princípio da presunção de inocência, pois têm prazo para manter o acusado preso.

Por fazer parte do artigo 5º, LVII, de nossa Carta Magna, a presunção de inocência não pode ser alterada, é cláusula pétrea, qualquer interpretação dada diferente do que se lê neste artigo de lei pode gerar instabilidade jurídica, porém e apesar disso, do STF resolveu fazer nova interpretação, após ter consolidado entendimento nos últimos 5 anos. E o que se questiona é como não garantir o que está garantido em nossa Constituição Federal? Por que isto está se dando? E é disso que vamos tratar no próximo tópico.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Apesar de toda a teoria acerca do princípio da presunção de inocência, é preciso destacar que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, guardião da nossa Carta Magna, a partir de 2010, posicionou-se de acordo com a literalidade da lei, ou seja, para os Ministros incumbidos de julgar recursos penais valia a letra da lei, no tangente ao artigo 5º, inciso LVII, CF e a “inocência” do acusado prevalecia até trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por mais de 5 anos todo cidadão que ainda tinha como recorrer junto ao STF, onde a lei permite nova análise do direito buscado em instância superior, mesmo que já tivesse sido condenado em 2ª grau de jurisdição, não tinha sua prisão decretada até que esse julgamento de recurso fosse feito. Ressaltamos aqui que, mais que a presunção de inocência esta postura adotada respeitava, outros importantes princípios como o contraditório e a ampla defesa, o que possibilita um julgamento mais justo.

Para o jurista Fernando Capez¹¹ o contraditório é “princípio identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação”, onde o juiz tem uma limitação ao livre convencimento, no que concerne a apreciação de provas apuradas na fase de inquérito: “...a prova do inquérito não bastaria exclusivamente para condenação, devendo ser confirmada por outras provas produzidas em contraditório judicial”. Já sobre a ampla defesa, ele diz: “Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal

¹¹CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 17ª Edição, Editora Saraiva, 2010. Vade Mecum – Saraiva, 13ª edição, 2015. p.62-65.

(autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art.5º, LXXIV)”¹².

Porém, após julgamento do HC 126.292/SP (já mostrado anteriormente), a maioria dos Ministros integrantes do Plenário do STF, decidiu por aplicar novoentendimento e mudou a jurisprudência consolidada e aplicada em outros vários julgados, ao longo desses anos, passando a entender que depois de decisões de segundo grau que confirmem as condenações criminais, a pena de prisão já pode ser executada pelo juiz que a confirmou.

A decisão de mudança se deu por maioria de votos (7 votos a 4), e foi encabeçada pelo voto do Ministro Teori Zavascki, que declarou: “Ao Superior Tribunal de Justiça e ao STF, cabe apenas discussões de direito, por isso, o princípio da presunção de inocência permite que o recurso seja imposto já durante o cumprimento da pena”¹³.

Em tempos de crise política no país, uma decisão como esta traz à tona a fragilidade do nosso sistema jurídico e abre uma discussão sobre a insegurança jurídica gerada, afinal o maior tribunal do país, guardião da Constituição, tida também como Carta Cidadã, demonstra que mais do que a lei tem prevalecido a comoção pública, sim, porque os anseios e ânimos andam exacerbados e a população indignada com a postura dos políticos e os rumos tomados por operações encabeçadas pelo Judiciário (como a Lava Jato), mas isso é motivo para mudar de opinião, mudar a jurisprudência?

Para o Ministro Luiz Fux, que votou favorável ao novo entendimento, houve uma deformação da presunção de não culpabilidade em virtude dos anseios da sociedade, em entrevista ele disse:

“[...] isso não corresponde à expectativa da sociedade. Quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não aceita, ela fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social.”¹⁴

É certo que tal mudança, num primeiro momento, até poderá atingir políticos e outros homens públicos envolvidos em “atos suspeitos”, que incluem crimes como corrupção

¹²Ibids p.66.

¹³STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em: 20 maio. 2016.

¹⁴STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em: 20 maio. 2016.

ativa e passiva, lavagem de dinheiro, improbidade administrativa, prevaricação, entre outros crimes, com desvio de dinheiro de grandes instituições, tal como a população pede e tem sido tão divulgado e massacrado pela mídia, mas amanhã será o próprio cidadão comum o maior prejudicado, como o réu Márcio Dantas, do HC 126.292/SP, que teve sua liberdade denegada face ao novo entendimento.

Revolta popular é uma coisa, outra é deixar de aplicar técnicas processuais legalmente possíveis e previstas. Temos muitos recursos em nosso ordenamento? Sim, inclusive concordamos que estes recursos são até formas protelatórias para muitos acusados se livrarem do sistema prisional. Mas isso seria motivo para não se aplicar as normas ao caso concreto, conforme previsão legal? Não. Que se mude o sistema processual penal, enxugando o número de recursos e/ou os requisitos para estes, mas não se lance jurisprudências conflitantes cada vez que os rumos políticos do país se alteram, sim, porque foi bem isso o que ocorreu.

A população não conhece lei, age com a emoção e mostra sua revolta, mas quem conhece lei tem que primar por aplicá-la e não alterá-la ao simples mudar dos rumos políticos do país, coisa que o STF deveria ficar atento, afinal, com esta nova leitura da lei resgatou-se artigo já revogado de lei infraconstitucional (art. 594, CPP), esse tipo de resgate nem cabe ao Supremo, porque legislar é, obviamente, função do Legislativo.

5. A VALIDADE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O STF e sua nova pacificação de entendimento agiu fora da previsão legal e aniquilou direito constitucional já garantido. Para o jurista Lênio Streck:

“Acoerência só pode ser sustentada diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo a um sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que são sempre compreendidos conjuntamente). Portanto, novamente, esse julgamento foi um equívoco – julgou inconstitucional o próprio texto constitucional.”¹⁵

De acordo com Streck, essa decisão foi levada ao Plenário, sem que sequer houvesse declaração incidental, para ele foi interpretação da Constituição, não existindo

¹⁵STRECK, L. 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: 5 jun. 2016.

dispositivo do CPP declarado inconstitucional, como o artigo 283, CPP, que é claro em falar que a prisão cabe após sentença condenatória transitada em julgado.

Portanto, continuando válido o artigo 283, CPP, conclui-se que não há como deixar de aplicar tal norma, se ela não foi formalmente julgada inconstitucional, tal fato já foi usado, inclusive, como justificativa pelo próprio Ministro Teori Zavascki em outro julgamento.

O novo entendimento do Supremo cria jurisprudência, mas não é súmula vinculante, portanto, nenhum tribunal de segundo grau está vinculado e deve obedecer a esta decisão, o problema aqui é que cria precedente, podendo ser utilizada ‘ao bel prazer’ esta arbitrária decisão em outras situações e casos, o que viola escancaradamente cláusula pétrea e garantidora da presunção da inocência.

De qualquer forma, como o STF não declarou inconstitucional o artigo 283, do CPP, então, ele vale e há de ser aplicado para o bem do nosso ordenamento jurídico e manutenção da nossa segurança jurídica.

6. DA VINCULAÇÃO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ACÓRDÃO DO H.C. 126.292

Conforme Lênio Streck, há duas vias em que podemos nos orientar para aplicação. Afirmo o autor: “Entendo, pelas razões anteriormente expostas, que válido e constitucional é o artigo 283 do Código de Processo Penal, que trata do princípio da presunção da inocência no ordenamento processual penal”¹⁶.

Sendo assim, este é o primeiro e fundamental argumento para afirmarmos que não há que se falar em vinculação do entendimento declarado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus de número 126.292, nos demais tribunais.

Em um segundo momento, considerando que o Ministério Público recorra ao Supremo Tribunal Federal, proverá o Recurso Especial, uma vez que dessa forma vem entendendo a suprema corte. No entanto, afirma Lênio Streck: “Como o RE não tem efeito suspensivo (nem para soltar, que seria um HC, nem para prender), tudo se resolverá no próprio STF”¹⁷.

¹⁶Ibid.

¹⁷STRECK, L. 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: 5 jun. 2016.

A menos que o STF acate reclamações de decisões de tribunais que resolvam seguir o que bem disse o ministro Celso de Mello, para frisar: “o STF tem posição no sentido de cabimento de reclamação por violação de SV; nem para súmula não vinculante ele admite a reclamação”. A partir disso, é possível concluir que a jurisprudência do STF só admite reclamação quando ocorrer violação de súmula vinculante e quando descumprida própria decisão. Logo, fica claro que não há que se falar em vinculação desta decisão em relação aos demais tribunais.

7. REPERCUSSÕES ADMINISTRATIVAS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

É de conhecimento geral sobre a superlotação carcerária no sistema prisional brasileiro. De acordo com o último levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN), em 2014, o Brasil tinha 607.731 presos para 376.669 vagas em presídios. Logo, o país possui um déficit de aproximadamente 231.062 de vagas no sistema prisional. Abordar-se-á isso, uma vez que a ausência do efeito suspensivo aos recursos para tribunais superiores aumentaria de forma imediata a população carcerária, em um cenário como o nosso, em que há um déficit preocupante de vagas.

Essa superlotação carcerária traz muitas consequências. Entre elas está a desumanização no cumprimento da pena e consequentemente a dificuldade de cumprimento das diretrizes e finalidades da aplicação da pena, reduzindo mais ainda o poder de ressocialização pelo qual se pretende com um cumprimento de pena de forma digna e humana, conforme os preceitos positivados na Lei de Execuções Penais. Isto é, o aumento da população carcerária tornaria ainda mais vulnerável um cenário, que já é de caos e desrespeito as disposições da Lei de Execuções Penais.

Logo, verifica-se que admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado é, além de flagrante violação a Constituição Federal, ao princípio da presunção da inocência,

Há de se ressaltar ainda que, em um cenário de crise econômica, pensar em uma expansão de infraestrutura do sistema carcerário seria disfuncional, uma vez que a própria tendência mundial é de diminuição desse sistema.

Àqueles que procuram diminuir tal argumentação alegando que este entendimento não necessariamente causaria um abrupto aumento da população carcerária, ignoram o fato de

que no Brasil a aplicação de penas alternativas é utilizada de maneira reduzida. Isto é, ocorre em uma minoria de casos.

Sendo assim, além das consequências jurídicas apresentadas até então, verifica-se ainda que tal entendimento provoca, ainda, problemas de ordem administrativa no sistema prisional brasileiro.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da mudança de posição do Supremo Tribunal Federal ocorrer em acórdão prolatado no HC 126.292, é cediço que, em tempos de crise na política nacional, a abrangência aqui será bem outra, quiçá, um “caça às bruxas” a políticos corruptos e corruptores, mas a implicância é maior, pois tal ato resvala no cidadão comum e em direitos constitucionais que deveriam estar salvos de interpretações criativas, como a que o STF deu ao artigo 5º, LVII, CF.

Aliás, já estamos ‘colhendo’ a abertura deste precedente, criado pela nova posição do mais importante tribunal do país, que o diga o “paciente” Márcio Dantas e outros tantos Josés e Marias, que teriam o direito de aguardar em liberdade por julgamento de recursos, mas poderão estar fazendo parte dos altos índices de aprisionamento do nosso país, um tanto ineficaz, diga-se de passagem.

O que nos deixa perplexos, enquanto operadores do direito, é ver cláusula pétrea, ser desrespeitada e justamente por tribunal que tem o condão de preservar e aplicar nossa Carta Magna, isso se mostra retrocesso de interpretação, tão repudiado pelos próprios ministros em posições ocorridas em julgamentos anteriores e pelos longos últimos 5 anos.

Tem se ouvido muito que “o país não será mais o mesmo após a operação lava-jato”, e não será mesmo, porque para quem entende ou estuda um pouquinho das leis é clara a falta de cuidado processual por parte de quem investiga e de quem julga este processo, onde os fins têm justificado os meios, um tanto ortodoxos e ilegais, não estou falando aqui que não se deve punir! Punição tem que haver e para todos, mas dentro dos parâmetros e procedimentos previstos em Lei.

Mas afinal a população já tem se sentido menos injustiçada e isso é o que vale, não é? Não é, porque sem o cuidado certo na aplicação da norma jurídica, é muito provável que o cidadão comum, cedo ou tarde, também seja investigado e processado da forma como

têm sido feito nesta operação, com utilização truncada de procedimentos penais e da CF, agora, com aval do Supremo Tribunal Federal e sua nova decisão.

Além do que, um sistema prisional que em nada recupera o detento, mandar prender antes do trânsito da sentença penal condenatória só ira superlotar mais o sistema, que tem custos altíssimos para o Estado e faz o caos se instalar. Pior, ainda, será para o Estado ter que indenizar, após julgar que um réu não era culpado de tal crime, mas ficou tempos dentro do sistema prisional, porque não deram as chances necessárias para provar sua inocência.

Mudam os ventos, mudam os rumos do caminhar. Na nossa CF é cláusula pétrea a “presunção da inocência”, e isto é para ser respeitado, porque senão não faz sentido termos garantias que não nos garantem nada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP – São Paulo. Relator: Disponível Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª Edição, Editora Saraiva, 2010.

STRECK, L. 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: 5 jun. 2016.

FRANZ, Kelly Cristina Victor. **Artigo: A Execução Penal Provisória: Uma Análise À Luz da Constituição Federal de 1988**.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional,. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias infopen. Brasília:** [s.n.]. . Acesso em: 5 jun. 2016.

STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em: 20 maio. 2016.

VADE MECUM. Editora Saraiva, 13ª edição, 2015.