

A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO *HABEAS CORPUS* 126.292 E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Prof. Daniel Boschetti Júnior¹

Prof. Tiony Aparecido de Barros²

Resumo

Inicialmente necessário se faz esclarecer que, o Supremo Tribunal Federal, até o dia 17 de fevereiro do ano de 2016, mantinha posicionamento firme quanto a impossibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. Essa orientação, era fruto da decisão proferida no *Habeas Corpus* nº84078, onde o Supremo, por maioria de votos, não permitiu a execução provisória da pena. No dia 17 de Fevereiro de 2016, o STF, por maioria de votos, no *Habeas Corpus* nº126.292 mudou seu entendimento e, passou a permitir a execução provisória da pena, sob o argumento de que, até decisão de Segundo grau de jurisdição, é possível o reexame de fatos e provas pelo julgador e que, os recursos excepcionais ao STJ e ao STF, não possuem efeito suspensivo e, não podem ser objeto de reexame de fato ou prova, podendo ser discutido tão somente matéria de direito, nas hipóteses do artigo 102, inciso III e alíneas e artigo 105, III e alíneas, ambos da Constituição Federal. Dessa forma a execução provisória da pena seria possível, mesmo sem o trânsito em julgado. Tal decisão, *DATA MAXIMA VENIA*, fere dispositivos do Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e Princípios e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal, como, a Dignidade da Pessoa Humana, Ampla Defesa e Devido Processo Legal e presunção de não culpabilidade. O estudo tem por objetivo, levar a reflexão sobre a adequação e necessidade de decretar a prisão em segundo grau de jurisdição, mesmo, contrariando o próprio texto Constitucional.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Garantias Constitucionais. Ofensa. Presunção de não culpabilidade.

¹ Advogado na cidade de Avaré. Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Instituição Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI – Indaial/SC. Professor na Faculdade Eduvale de Avaré na área de Direito Processual Penal, Introdução ao Estudo do Direito e Ética Geral e Profissional. Contato. dr.dbj@hotmail.com.

² Advogado na cidade de Águas de Santa Bárbara. Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Tributário pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP. Pós-Graduado em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professor na Faculdade Eduvale de Avaré na área de Direito Penal e Interesse Difuso e Transindividuais. Contato. barrosti@hotmail.com

Summary

Initially necessary to make clear that the Supreme Court until the 17th of February of the year 2016, stood firm position as the impossibility of provisional execution of the criminal sentence before the final judgment. This orientation was the result of the judgment handed down in Habeas Corpus nº84078 where the Supreme, by majority vote, did not allow the provisional execution of the sentence. On February 17, 2016, the Supreme Court, by majority vote, the Habeas Corpus nº126292 changed their mind and started to allow the provisional execution of the sentence on the grounds that, by decision of second degree of jurisdiction, it is possible the review of facts and evidence by the judge and that the exceptional resources to the Supreme Court and the Supreme Court, do not have suspensive effect and can not be fact under review or proof and can be discussed as only point of law, in the event of Article 102, section III and paragraphs and Article 105, paragraphs III and both the Federal Constitution. Thus the provisional execution of the sentence would be possible even without the final judgment. Such a decision, MAXIMA DATA VENIA hurts provisions of the Penal Procedure Code, Penal Execution Law and Fundamental Principles and Guarantees in the Federal Constitution, such as the Human Dignity, Wide Defense and due process and presumption of not guilty. The study aims to lead to reflection on the adequacy and necessary to order the arrest in the second degree of jurisdiction, even if, contrary to the constitutional text itself.

Keywords: provisional execution of the sentence. Constitutional guarantees. Offense. Presumption of not guilty.

INTRODUÇÃO

Para iniciarmos nosso estudo, se faz necessário ressaltar o conceito de PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL³.

O **princípio do devido processo legal**, é o princípio que assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor, com escopo Art. 5º, LIV e LV, da CF. E o **princípio da ampla defesa**, é o princípio que garante a defesa no âmbito mais abrangente possível. É a garantia de que a defesa é o mais legítimo dos direitos do homem. Contém duas regras básicas: a possibilidade de se defender e a de recorrer. A ampla defesa abrange a autodefesa ou a defesa técnica (o defensor deve estar

³ Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/747/Principio-do-devido-processo-legal>. <http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943164/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-02>

devidamente habilitado); e a defesa efetiva (a garantia e a efetividade de participação da defesa em todos os momentos do processo). É princípio básico da ampla defesa que não pode haver cerceamento infundado, ou seja, se houver falta de defesa ou se a ação do defensor se mostrar ineficiente, o processo poderá ser anulado. Caso o juiz perceba que a defesa vem sendo deficiente, ele deve intimar o réu a constituir outro defensor ou nomear um, se o acusado não puder constituí-lo.

Recentemente o STF, considerado a corte guardiã da Constituição Federal, julgou o HC nº 126.292, na qual têm sido muito polêmico pelos operadores do direito, bem como criticado por outros, merecendo destaque, notadamente o voto do Ministro relator Teori Zavascki.

O referido HC “trata-se de uma análise acerca da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, entendendo o Relator, de que não viola o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Por outro lado, a recente decisão do STF foi além de seu entendimento desde o ano de 2009 no **HC 84.078**⁴, antes consubstanciado de que a execução provisória da pena feria gravemente o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Tal princípio, consiste no direito de não ser declarado culpado, antes do término do devido processo legal, pois, o acusado, tem o direito fundamental de utilizar de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório), nos termos do artigo 5º, LIV e LV da Carta da Republica.

Senão, vejamos:

DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Toda decisão judicial ou administrativa, devem estar fundamentadas de acordo com a legislação, texto Constitucional ou Princípios fundamentais.

Vejamos a redação do artigo 5º (CF/88) e incisos citados acima:

⁴ Ementa: habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, lvii, da constituição do brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, iii, da constituição do brasil. www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf

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:

[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal**;

LV - 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;

O próprio texto Constitucional, garante ao acusado, o devido processo legal, não apenas na sua forma, mas também material, ou seja, em seu conteúdo. Todas as decisões devem ser pautadas, observando o devido processo legal substantivo, isto é, razoabilidade e proporcionalidade.

Por outro lado, garante o texto Constitucional também, a ampla defesa. O acusado tem o direito de se defender de forma ampla, utilizando de todos os recursos e procedimentos assegurados por lei. Ao relativizar o trânsito em julgado, bem como, a presunção de inocência, estamos a mitigar direitos e garantias fundamentais da sociedade brasileira, em especial, os princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

No mais, segundo alguns juristas, o novo entendimento do STF retrata aquilo que chamamos no Direito Penal de “**Fase do Populismo Penal Midiático**”⁵, que segundo o ilustre Professor Luiz Flávio Gomes⁶, não passa de **políticas voltadas para o povo e que procura escutar o povo e, acrescenta, ainda, que é uma doença das democracias contemporâneas, é a política pública mais irresponsável dos governos democráticos”.**

A princípio devemos entender a respeito do princípio da inocência ou da não culpabilidade, previsto na Carta Constitucional de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, “**que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**”. Significa, portanto, **uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.**

Ademais, a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio vetor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil, aliás, é claro a interpretação do texto constitucional, e desse modo o STF estaria mitigando e restringindo a previsão constitucional.

⁵ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=iD0_8-QiX0A

⁶ Populismo Penal Midiático - Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico - Luiz Flávio Gomes

Nosso sistema está estruturado sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência, assim, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Temos que o novo posicionamento do STF é diametralmente oposto ao entendimento que vigorava desde o ano de 2009, seguida pela Constituição Federal de 1988 e alinhada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inicialmente positivado em seu artigo 9º, fruto da Revolução Francesa de 1789. Acrescentamos que este princípio foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres⁷ e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸, ambas de 1948, bem como no art. 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

Embora o Direito Penal Brasileiro tinha suas raízes voltadas para uma execução rápida e uma imposição imediata da pena privativa de liberdade como uma resposta à agressão sofrida pela sociedade, foi a partir da Constituição Federal de 1988, que as mudanças ocorreram no sentido de dar mais estruturação a um sistema de direitos e garantias individuais e com isso consagrou-se o princípio da não-culpabilidade no artigo 5º, inciso LVII.

E nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, aliás, em se tratando do conteúdo material e alcance do referido princípio, não deixa margem a quaisquer dúvidas, conforme se extrai do julgamento proferido no Habeas Corpus n. 96.095-2/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello, de cuja ementa se destaca, *verbis*:

⁷ A **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** é uma declaração internacional aprovada em 1948 na IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, a mesma conferência em que foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA). Historicamente, este foi o primeiro instrumento internacional que declara direitos humanos, antecipando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada seis meses depois. O valor jurídico da Declaração tem sido muito discutido, devido ao fato de que não forma parte da Carta da OEA e tampouco é considerada como tratado, pois, como outras declarações, é uma carta de intenções e não um instrumento que deve ser ratificado pelos Estados signatários. Alguns países, como a Argentina, a incluem na constituição, passando-lhe hierarquia constitucional. Posteriormente, em 1969 se subscreve a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica ou CADH) que entra em vigência em 1978 que estabelece o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

⁸ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que delineia os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CUPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º., LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º., LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.

O julgado acima, está de acordo com o que dispõe, o artigo 283 do Código de Processo Penal e artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal, onde condiciona a execução da pena, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme abaixo:

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. **(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).**

Art. 105. **Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução

Art. 147. **Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos**, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (grifo nossos).

Vale dizer, ainda, que o acusado é uma pessoa, e mais que isto, uma pessoa de direitos, e mais, embora esquecido com preocupante frequência, é um sujeito humano titular de direitos naturalmente assente e constitucionalmente reconhecidos, ou seja: um cidadão.

É bem verdade que uma pessoa poderá ser presa antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, mas isto em caráter excepcional e na forma da lei, e tão somente nos casos de extrema necessidade, como no caso de prisão cautelar, ou seja, prisão temporária, preventiva ou em flagrante delito, o que não é o caso de ter transitado em julgado a sentença penal condenatória.

Aliás, é o que prevê a norma legal, em seu art. 312 do diploma processual penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Oportuno esclarecer quanto à interpretação dada pelos Ministros, notadamente a do ministro Luiz Fux, uma delas é a “de que os Recursos Especiais e Extraordinário não teriam o efeito suspensivo, daí, portanto, que tecnicamente não teriam como evitar o efeito de uma sentença de segundo grau, bem como de que os Tribunais Superiores não podem no julgamento dos Recursos Especiais e Extraordinário, rever questão de fato, e mais, de que o STF estaria atendendo os anseios sociais, quando na verdade, deveria ser o guardião da Constituição.”

Ora, de qualquer forma, há que se esclarecer tal equívoco, em nosso entendimento, pois existem uma incidência muito grande de julgamento de Recursos Especiais e Extraordinários que vem reformando as decisões de segunda Instância.

Há outra argumentação dada pelo Ministro relator Teori Zavascki, de “que a Lei da Ficha Limpa já admite efeito de decisão de colegiado sem ter que aguardar o trânsito em julgado, outro equívoco, pois que fique bem claro que não se pode confundir quando se fala na questão da liberdade de ir e vir do cidadão, de modo que não é o fato de o Supremo Tribunal Federal ter apreciado a questão da Lei da Ficha Limpa, que permite efeito condenatório de decisão de colegiado para uma questão de inelegibilidade, que poderá agora, estender esse entendimento para a presunção de inocência no processo penal, até porque a questão da inelegibilidade tem outro fundamento, e que nos parece muito claro que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, exige-se esse trânsito em julgado para que se considere a culpa.

E, nesse passo, entendemos que esse novo posicionamento, trata-se, portanto, de uma decisão temerária executar uma pena se a culpa não está provada, de modo que o que se vê, é que o Supremo Tribunal Federal está criando o que alguns

juristas chamam de Jurisprudência Defensiva, devido uma sobrecarga de processos sob sua competência.

Há outro aspecto que nos preocupa, a de que o STF está fazendo a função de legislar, isto porque está tentando modificar a literalidade da própria Constituição, criando, portanto, um retrocesso e um verdadeiro caos, isto porque é notório que o Brasil vive atualmente, um problema de excesso de presos encarcerados, inclusive esse entendimento vai na contramão mundial.

Não esqueçamos, ainda, de que com essa decisão, haverá reflexo nas unidades prisionais de todo o Brasil, uma explosão demográfica carcerária, já que atualmente, conta com aproximadamente **mais 600 mil** ⁹ presos, sendo a quarta maior população carcerária do mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O tema em tela, sempre despertou grandes discussões, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Atualmente, no mês de setembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou o julgamento de medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde o relator votou pela concessão de liminar para afastar execução da pena antes do trânsito em julgado.

Em apertada síntese, entendeu o relator que, o artigo 283 do Código de Processo Penal, está em harmonia com o princípio constitucional da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII). Segundo o relator, a literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas de que a constatação da culpa só ocorre com o julgamento em última instância.

Dessa forma, entendemos que, determinar a execução provisória de uma pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fere a Constituição Federal em seu artigo 5º, LVII (presunção de não culpabilidade), e incisos LIV (devido processo legal) e LV (ampla defesa), e artigo 283 do Código de Processo Penal, e artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal.

⁹ Leia Mais: Número de detentos no País dobra em 10 anos e atinge 607 mil presos. Cerca de quatros em cada dez presos ainda não passaram por julgamento por Redação — publicado 23/06/2015 18h07, última modificação 24/06/2015 11h50- <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-possui-a-quarta-maior-populacao-prisional-do-mundo-7555.html>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acesso em 25 de setembro de 2016:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324393>

Acesso em 25 de setembro de 2016:
https://pt.wikipedia.org/wiki/Presun%C3%A7%C3%A3o_da_inoc%C3%Aancia

Acesso em 25 de setembro de 2016: <http://pt.slideshare.net/profronilson/modelo-de-artigo-cientifico-bsico>.

Acesso em 27 de setembro de 2016:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Sinopses Jurídicas. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: IBCRIM, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Revam, 11ª ed., 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007
DORÓ, Tereza Nascimento Rocha Dóro. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*, Campinas – SP: Copola, 1999.