

A Execução da Pena Após Condenação de Segunda Instância: Uma Abordagem do Modelo Neoconstitucionalista na Decisão do Supremo Tribunal Federal¹

*Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto*²

*Matheus Sales Barros*³

*Tiago Sisnando Vieira*⁴

RESUMO

O presente artigo visa trazer uma análise sobre o novo entendimento da Suprema Corte brasileira, inaugurado no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 e confirmado no *Habeas Corpus* 152.752, relativo à possibilidade de execução de pena após condenação em segunda instância. Diante disso, será discutida a relação entre a decisão do STF e as técnicas de interpretação desenvolvidas a partir do modelo neoconstitucionalista, com o intuito de solucionar eventuais conflitos entre direitos e garantias constitucionais, a ponto de concluir pela flexibilização da garantia da Presunção de Inocência, refletindo a incidência de outros princípios com mesmo grau de relevância jurídica, como o da Efetividade da Lei Penal e o da Razável duração do Processo. Ademais, demonstra-se a influência dos parâmetros neoconstitucionais e dos fatores sociais na atuação do Poder Judiciário.

1 Data de recebimento: 20/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

2 Promotor de Justiça no Ceará. Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Universidade de Fortaleza. E-mail: emmanuelroberto@unifor.br

3 Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Estagiário na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza. E-mail: matheinf@hotmail.com

4 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Estagiário no Ministério Público Federal. E-mail: tiagosisnando@gmail.com

Palavras-chave: *Execução provisória da pena. Modelo Neoconstitucionalista. Atividade jurisdicional. Princípio da presunção de Inocência.*

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, como um dos três poderes estatais, é compreendido como um instrumento de distribuição da justiça e de transformação social, recebendo demandas dos vários setores da sociedade. Nessa relação, as diversas contingências mutáveis da vida chamam a atuação dos magistrados para solução de novos tormentos e dificuldades.

Nesse tocante, as notícias de crimes ‘do colarinho branco’, principalmente aqueles cometidos contra a administração pública, como a corrupção, associadas com a sensação de impunidade generalizada no país, têm convocado o senso comum coletivo a questionar sobre o papel do Poder Judiciário diante desse contexto.

A esse respeito, o Procurador da República Deltan Dallagnol, durante audiência pública na Câmara dos Deputados, revelou dados estatísticos demonstrando que há impunidade em 97% dos casos de crimes de corrupção no Brasil⁵, do que deduziu, com base em estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), que estima “a eficácia do sistema criminal em cerca de 3%” (ALENCAR, 2011, p. 88).

Diante desse cenário de inúmeras pressões ao Estado para uma atitude frente a tal situação, o Poder Judiciário vê-se incumbido de participar de tal empreitada, de forma que os julgadores, ao elaborarem suas posturas decisórias, são, inevitavelmente, influenciados pelas necessidades apontadas pelos atores sociais.

Além disso, as vazões sociais tendem, muitas vezes, a render sua última esperança no Poder Judiciário como alternativa para seus conflitos, ante a inércia dos outros poderes. Em reflexão sobre o tema,

⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/514481-DALLAGNOL-DIZ-QUE-97-DOS-CRIMES-DE-CORRUPCAO-NO-BRASIL-FICAM-IMPUNES.html>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

discorre Roberto Lima Filho: “em meio a tudo isso, está a atuação do Poder Judiciário, que recebe vazões de toda a sociedade para decidir sobre questões que podem impulsionar, diante da interpretação da lei, fatores de transformações sociais”⁵.

A razão da abordagem desse assunto decorre da crise de legitimidade do Direito Penal na atualidade, em virtude do decréscimo de confiança da população em sua efetividade, em que o quadro de insegurança social faz questionar a própria soberania como fundamento do conceito de Estado como poder político, supremo e independente (SILVA, 2006). Nesse sentido, lembra-se o ensinamento de que: “para fazer funcionar o sistema de justiça criminal, antes de qualquer coisa, é preciso (re) legitimá-lo” (LIMA, 2012, p. 18).

O presente artigo pretende demonstrar a importância do judiciário como protagonista dentro do atual sistema constitucional, visando atenuar a impunidade no âmbito da justiça criminal, bem como trazer uma abordagem sobre o modelo neoconstitucionalista, e seus principais desdobramentos tidos como fatores determinantes para que a Suprema Corte tivesse chegado ao entendimento trazido pelo julgamento do HC 126.292, que foi ratificado, posteriormente, no HC 152.752 do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Nesse sentido, será analisada a evolução jurisprudencial, trazendo precedentes do STF de 1995 a 2009, quando se consolidou o entendimento de ser incompatível com o princípio da presunção de inocência a efetivação da execução de pena após decisão da segunda instância, para finalmente chegar aos julgamentos de 2016 e 2018, quando a Suprema Corte voltou atrás e decidiu pela possibilidade de tal compatibilização.

Por fim, se dará ênfase ao desenvolvimento ponderado de argumentos técnico-jurídicos considerados favoráveis à restrição do alcance do princípio constitucional da Presunção de Inocência, por meio do uso da Hermenêutica Constitucional.

2 O MODELO NEOCONSTITUCIONALISTA NO BRASIL

O advento da Carta Magna de 1988 trouxe novos ares para o dinamismo da sociedade brasileira, de modo a influenciar, diretamente, tanto na convivência intersubjetiva entre particulares, como entre estes e o próprio Estado, o que veio a trazer implicações mais intensas no âmbito político e social, redundando em um diálogo harmônico e coordenado entre a liberdade e a igualdade, valores estes considerados primários para um Estado Democrático de Direito. Tais consequências se deram, justamente, em razão da adoção de um viés teórico denominado Neoconstitucionalismo (BARROSO, 2009).

Com efeito, é possível definir o modelo Neoconstitucionalista, basicamente, como a ideia segundo o qual se deve atribuir força normativa aos instrumentos constitucionais, viabilizando a aplicação imediata de suas normas ao caso concreto, além de ter a aptidão para vincular todas as demais normas do ordenamento jurídico, de modo que se tornem coerentes com a norma superior, seja no âmbito formal, no que concerne às normas que estabelecem os trâmites do processo legislativo, seja na esfera material, no que tange ao conteúdo da norma, de modo a se estabelecer um sistema harmônico, que garanta a segurança jurídica dentro das relações intersubjetivas (CANOTILHO, 2003).

Assim, a Constituição, segundo tal modelo teórico, mostra-se como Norma Fundamental, ou seja, hierarquicamente superior perante as demais normas jurídicas, o que a torna inviolável e de observância obrigatória pelos detentores das funções políticas do Estado, e pelos cidadãos que compõem a sociedade (HESSE, 1991).

Ademais, mostra-se necessário abordar, a seguir, alguns fenômenos tidos como desdobramentos do modelo neoconstitucionalista, e que foram considerados fatores primordiais para chegar-se à possibilidade de se atribuir restrições à garantia da presunção da inocência, dando margem à execução da pena em segunda instância.

2.1 O fenômeno do ativismo judicial

Como abordado anteriormente, o neoconstitucionalismo trouxe várias mudanças de paradigmas que determinaram novas diretrizes a serem seguidas pelos diversos setores sociais, fazendo com que os titulares do exercício do poder readequassem seu *modus operandi* de administrar a coisa pública, inaugurando novas tendências nas ordens jurídica e social.

Não obstante, um dos fenômenos mais relevantes e controversos no meio jurídico atual é, justamente, o ativismo judicial, fenômeno este decisivo para a formulação de decisões elementares, julgados, principalmente, pela Suprema Corte.

Tal tendência consiste, basicamente, em uma iniciativa proativa por parte do poder judiciário, frente aos casos que deve julgar no tocante à garantia de uma melhor aplicação das normas constitucionais, atribuindo um sentido e alcance que sejam compatíveis com o progresso social e com a conservação dos valores éticos intrínsecos da coletividade (MENDES; GONET BRANCO, 2017). Luís Roberto Barroso (2009, p. 6) apresenta três características constantes no fenômeno do ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Vale ressaltar que esse maior grau de deliberação judicial aqui no Brasil se deu, principalmente, em razão da previsão expressa

da Constituição Federal, que determina que os direitos e garantias fundamentais devam ser aplicados de imediato, independentemente de haver norma infraconstitucional para atribuir efetividade àquela (HESSE, 1991).

É por essa e outras razões, que tal grau de liberdade atribuído aos julgadores pode até ser considerado como praxe na atividade jurisdicional em alguns países, visto que “o Judiciário hodiernamente não traz em si apenas o papel de revisão dos atos legislativos criadores da norma, uma vez que existe crescente e preocupante discurso acerca da possibilidade de o magistrado criar a norma no caso concreto, rejeitando a ordem posta quando esta não está legitimidade”⁵.

2.2 Uma nova forma de aplicação e interpretação dos direitos fundamentais

A força normativa da Constituição, trazendo um maior grau de efetividade aos seus dispositivos, não é atribuível sem razão aos princípios e direitos fundamentais. Isso deve ser ressaltado, pois o fundamento primordial do advento do Neoconstitucionalismo baseia-se, justamente, no reconhecimento da Carta Magna como um sistema de normas que possui em seu conteúdo relevante carga axiológica, o qual se mostra imprescindível à conservação e aprimoramento por meio da absorção de valores morais e políticos.

Ocorre que, frequentemente, o julgador se vê diante de situações concretas em que é possível a incidência de mais de um direito fundamental. Presente colisão se mostra um dilema para o juiz, haja vista que tais direitos possuem a mesma força vinculante (ALEXY, 2008).

Diante desse embaraço jurídico, é que se fez necessária a criação de técnicas hermenêuticas que possam auxiliar o intérprete na melhor aplicação das normas constitucionais. Técnicas como a Teoria da Argumentação, Proporcionalidade/razoabilidade, Teoria dos Princípios, Princípio da Unidade da Constituição, dentre outras.

Todavia, o princípio de interpretação constitucional a ser enfatizado no presente tópico, justamente por possuir grande relevância para o objeto deste trabalho, e por ter sido primordial para a decisão do HC 126.292, é o denominado Princípio da Harmonização, ou da Concordância Prática.

Tal técnica hermenêutica visa criar um ambiente de equilíbrio entre direitos, ou garantias fundamentais contrapostos, quando incidentes em um mesmo caso concreto, evitando-se fazer com que um exclua a eficácia do outro. Ou seja, cada um dos direitos ou garantias terão espaço para fazer refletir a sua incidência em uma determinada situação. Isso, logicamente, implica na limitação da eficácia de tais preceitos constitucionais, fazendo preponderar a ideia de que nenhum direito pode ser considerado absoluto (DWORKIN, 2010).

É o que Gustavo Gonet preconiza quando aborda os princípios da interpretação constitucional, *in verbis*:

O princípio da concordância prática tem apelo, nos casos de conflito entre normas constitucionais, quando os seus programas normativos se entrecrocaram. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. [...] Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário. (MENDES; GONET BRANCO, 2017, p. 96).

Deste modo, pode-se concluir que o julgamento dos referidos *Habeas Corpus* pelo STF foi operado com o auxílio do princípio da Concordância Prática, uma vez que estavam em estado de colisão a garantia da Presunção de não Culpabilidade e o Princípio da Efe-

tividade da Jurisdição Penal, que pode ser compreendido dentro do princípio da Duração Razoável do Processo.

3 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em diversas oportunidades, as turmas do STF sustentaram a tese de que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena, mesmo havendo a possibilidade de recursos extraordinários: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; e HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* 92.872, afirmou que “A jurisprudência deste Supremo Tribunal não exige o trânsito em julgado da condenação para que seja possível a progressão de regimes. Precedentes.” (BRASIL, 2008).

Corroborando tais orientações, as Súmulas 716 e 717⁶, aprovadas no ano de 2003, cujos enunciados pressupõem situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias antes do exaurimento do processo.

A alteração desse entendimento jurisprudencial veio a ocorrer somente no julgamento do HC 84.078/MG, realizado no ano de 2009, em que se assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

⁶ Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Não obstante tal decisão, tal questão foi novamente alterada no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 em 2016; oportunidade em que se reestabeleceu o entendimento anterior, prezando-se pela possibilidade do início do cumprimento da pena depois do exaurimento da segunda instância, sendo tal decisão confirmada no *Habeas Corpus* 152.752 em 2018.

3.1 Julgamento dos *Habeas Corpus* 126.292 e 152.752

Em síntese, o HC 126.292 tratou-se de *Habeas Corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP; no caso, o acusado foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo majorado; a defesa, após ter a apelação negada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido para suspender a execução da pena.

No julgamento do Supremo Tribunal Federal, o colegiado firmou orientação jurisprudencial de que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível autorizaria a prisão como consequência natural da condenação. Tal julgado restaurou o tradicional entendimento da Suprema Corte, de que 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.

O Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (BRASIL, 2016). Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que, conforme o Art. 283⁷ do Código de

⁷ Art. 283. 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.

Processo Penal, a decretação da prisão, fora o caso de flagrante, está condicionada à ordem judiciária escrita e fundamentada, e não ao juízo de culpabilidade.

Reafirmando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, negou, por seis votos a cinco, o *Habeas Corpus* 152.752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva tentou impedir a execução provisória da pena diante da confirmação de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O relator, ministro Edson Fachin, ressaltou em seu voto a ausência de qualquer ilegalidade, ou abusividade, na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que aplicou ao caso a jurisprudência do STF.

Seguindo o mesmo entendimento, o ministro Roberto Barroso destacou os efeitos negativos trazidos pelo entendimento contrário, adotado pela corte entre 2009 e 2016, que incentivou a interposição de vários recursos protelatórios, para gerar prescrição, e incentivou a seletividade do sistema penal ao dificultar a punição dos condenados mais ricos. O ministro Luiz Fux asseverou que “interpretar de forma literal o dispositivo, é negar o direito fundamental do Estado de impor a sua ordem pena” (BRASIL, 2018).

Em breve análise, pode-se perceber que as decisões do STF foram construídas com base em quatro proposições principais, quais sejam: o estabelecimento da premissa, por meio de uma interpretação sistêmica da Constituição, de que não há impedimento constitucional para a prisão antes do trânsito em julgado; a adoção do referencial teórico da presunção de inocência como princípio, realizando seu sopesamento com outros interesses constitucionais; a exposição de argumentos de direito comparado e pragmático para justificar o escalonamento de preferências; bem como o desenvolvimento do conceito dogmático de trânsito em julgado penal juntamente com a argumentação de violação à ordem pública pela definição da liber-

dade após confirmação da condenação em segundo grau.

De fato, por um lado, a possibilidade de início de execução da pena após o segundo grau tem, teoricamente, o potencial de reverter, ou amenizar, o atual quadro de desequilíbrio jurisdicional penal, proporcionando maior agilidade e efetividade processual, desencorajando a prática de interposição de recursos meramente protelatórios, assim como tornando o sistema criminal mais igualitário ao coibir os crimes de colarinho branco, especialmente aqueles contra a administração pública, que tanto afligem a população (ZAFFARONI, 2001).

Por outro lado, tal aplicação jurisprudencial pode ensejar a perpetuação de vícios no sistema processualístico pelos órgãos julgadores que, não obstante sua raridade, são perfeitamente possíveis de concretização, face à atual demanda nos foros criminais e sua carência de recursos humanos e materiais para acompanhar tal necessidade (BITENCOURT, 2008).

3.2 O alcance do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988

O princípio da Presunção de Inocência, ou da não culpabilidade para alguns autores, remonta ao Direito Romano (TOURINHO, 2007) e está positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁸; tal norma ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que assim estabeleceu⁹: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

⁸ “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

⁹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez.1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

Tal princípio, conforme já lecionava o professor Eugênio Pacelli (2008), abarca duas vertentes: a primeira é de fundo probatório e tem o condão de estabelecer que cabe à acusação o ônus da prova sobre a autoria e a materialidade do fato delituoso; sua segunda vertente, essa atinente ao tema, é uma regra de tratamento, segundo a qual enquanto em curso o processo, não pode o acusado ser tratado como se culpado fosse.

É indiscutível que o reconhecimento desse postulado trouxe para o processo penal brasileiro novos parâmetros para a concretização de um modelo de justiça criminal mais racional, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemotenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos práticos, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas e da possibilidade de contraditá-las (LOPES JÚNIOR, 2008).

O Princípio da não Culpabilidade diz respeito a todos esses direitos e garantias processuais, no entanto, não se pode desconsiderar que se trata de um princípio que, embora positivado na Constituição, deve ser interpretado conjuntamente com outras normas de mesma importância (BOBBIO, 1994).

Nesse tocante, faz-se imprescindível a referência aos ensinamentos¹⁰ do professor Robert Alexy, quando afirma: "...o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (2008, p. 90).

Por não serem os princípios absolutos, tem-se que a presunção de não culpabilidade encontra exceções, visto que existem outras formas de prisão antes do trânsito em julgado, como a prisão pro-

¹⁰ É importante ponderar que, apesar do constante uso de sua teoria no país, inclusive pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, a análise desenvolvida pelo livro diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã.

cessual, que Tourinho Filho (2007) define como execução cautelar de natureza pessoal.

Nesse viés, é indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade em harmonia com outras normas constitucionais, como o princípio da efetividade da lei penal e da razoável duração do processo, que impõem ao intérprete do direito a visão do sistema constitucional como um todo, de forma que a interpretação da norma deve se revelar à luz de cada caso concreto. (GOMES FILHO, 1991). Como observado por Eduardo Espínola Filho, “a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa” (2000, p. 436).

Dessa maneira, deve-se entender que a extensão do princípio de inocência no âmbito processual, se dá, basicamente, no âmbito das instâncias ordinárias, ressalvada a estreita via da revisão criminal, que a possibilidade de exame de fatos e provas se exaure; e, nesse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do réu (GOMES FILHO, 1991). Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm âmbito de cognição restrito à matéria de direito, tanto é que não dispõe de efeito suspensivo, conforme o art. 637¹¹ do Código de Processo Penal.

Nessa mesma orientação, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que faz alterações na Lei Complementar 64/1990, e, em seu art.¹² 2º, inova ao trazer como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados, quando proferidas por órgão cole-

11 Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

12 Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

[...]

giado; ou seja, o próprio legislador entendeu que a presunção de inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, a decisão condenatória pudesse produzir efeitos contra o acusado na esfera eleitoral.

4 CONCLUSÃO

A consolidação das tendências neoconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro tem proporcionado significativas mudanças no entendimento e na atuação dos Tribunais. Tais influências contribuem para uma abordagem mais sistêmica das questões hermenêuticas nos casos práticos enfrentados pelos aplicadores do Direito, especialmente na interpretação das Cortes Superiores, já que estas orientam, e são usadas como parâmetro para toda a atividade jurisdicional.

Aliado a esse fato, não se pode negar que o Poder Judiciário deve atentar também para as implicações fático-sociais de suas decisões, que, não obstante se diferenciarem dos outros dois poderes e serem regidos pela imparcialidade em suas ações, não podem ser neutros em relação às mudanças que ocorrem no âmbito sociológico, e os novos desafios que lhe são impostos por tais contextos. Com base nessa compreensão, é que a Corte Suprema se propôs a discutir o tema da prisão antes do trânsito em julgado, oportunidade em que formou orientação no sentido de sua possibilidade por meio da “relativização” da literalidade constitucional.

Nesse tocante, pode-se perceber que os argumentos que, muitas vezes, criticam esse novo entendimento jurisprudencial, veem-se presos a concepções, demasiadamente, ideológicas, ao ponto de utilizarem, equivocadamente, fundamentos jurídicos, ou elementos semânticos que, certamente, não possuem conexão com o objeto hermenêutico e com a questão realística da Justiça Criminal no país. Necessário se faz, destarte, uma análise sistemática da questão para que não se incorra em equívocos, prezando demais em um ponto de vista técnico-gramatical e não jurídico.

Olvidou-se o Supremo Tribunal Federal, portanto, em dar preva-

lência aos elementos hermenêuticos e práticos, que corroboram a influência do movimento Neoconstitucional, e das questões sociais nos fundamentos dos órgãos julgadores ao elaborarem suas decisões, garantindo a Unidade da Constituição, por meio da limitação do alcance do princípio constitucional de não culpabilidade, com o intuito de deixar espaço para que outros princípios de mesma importância também possam ter eficácia no âmbito jurisprudencial.

THE IMPLEMENTATION OF THE PENALTY BEFORE THE FINAL JUDGEMENT: AN APPROACH OF THE NEOCONSTITUTIONALIST MODEL IN THE DECISION OF THE SUPREME COURT

ABSTRACT

The present article aims to bring an analysis of the new understanding of the Brazilian Supreme Court, inaugurated in the judgment of Habeas Corpus 126.292 and later confirmed in the Habeas Corpus 152.752, regarding the possibility of execution of sentence after the conviction in the second instance. Therefore, the relationship between the decision reached by the Supreme Court and the interpretation techniques developed from the neoconstitutionalist model will be discussed, with the aim of resolving possible conflicts between constitutional rights and guarantees, to the point of making the presumption of innocence more flexible, reflecting the incidence of other principles of same with the same degree of legal relevance, as the Effectiveness of the Criminal Law and the Reasonable duration of the Process. In addition, the influence of the neoconstitutional parameters and of the social factors in the Judiciary performance is demonstrated.

Keywords: *Provisional execution of sentence. Neoconstitutionalist model. Jurisdictional activity. Principle of presumption of Innocence.*

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de/ GICO JR., Ivo. **Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. São Paulo: Revista Direito GV, vol.7, n.1, jan./jun., 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Salvador: Revista Direito do Estado, ano 4, n. 13, jan./mar., 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 1.v., 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 5. ed. Brasília: Editora UnB, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de mar. de 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 15 de mar. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJE de 17.05.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752**. Relator: Min. Edson Fachin. Publicado no DJE de 09.04.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 92.872**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJE de 15.02.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumula>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, Volume III. Campinas: Bookseler, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**; 1. v., 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira/ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.