

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: uma análise face ao princípio da presunção de inocência

Mariana Carvalhaes Marciano¹

Breno Inácio da Silva²

RESUMO

A execução da pena inicia-se após o trânsito em julgado da sentença condenatória, assegurando, assim, a efetivação do princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna, não obstante o Supremo Tribunal Federal em diversas situações entendeu que a pena pode ser executada antes do referido marco, caracterizando a execução provisória da pena, possibilitando o cumprimento da pena após o julgamento da segunda instância, situação que para muitos operadores do direito fere o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, esta pesquisa teve por objetivo analisar as idas e vindas do STF sobre o mencionado tema, bem como a evolução histórica e a repercussão da discussão da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória em face ao princípio da presunção de inocência, cabe ressaltar que até o encerramento desse trabalho a situação ainda não se tinha uma decisão pacífica entre o Tribunal.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução provisória. Trânsito em julgado.

1 INTRODUÇÃO

O mundo sempre se encontra em uma constante transformação, pois o mundo é dinâmico, flexível, alternável e, assim, forma o processo interminável de mudanças.

As questões voltadas para o Direito acompanha o referido processo, sempre com a finalidade de acompanhar à realidade do mundo, que também muda a cada instante, os entendimentos dos Tribunais se alteram, leis são revogadas e novas são elaboradas, jurisprudências são criadas, os doutrinadores modificam suas opiniões, resultando assim o vasto ordenamento jurídico que existe nos dias de hoje.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

² Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho, Brasil (2004). Professor da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Brasil.

Desta forma, o presente trabalho de monografia tem a finalidade de enfatizar uma recente mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que ainda não chegou ao fim, posto que foi incluído na pauta do ano de 2019 julgamentos quanto a este assunto.

Essa mudança, refere-se a possibilidade de iniciar o cumprimento de pena após a decisão em segunda instância, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, qualificando a execução provisória.

Desde 1988, é assegurada pela Constituição Federal, a impossibilidade de iniciar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, através do seu art. 5º, inciso LVII, configurando uma garantia ao cidadão de que quando for acusado pela prática de uma conduta delituosa tem como proteção a sua presunção de inocência, ou seja, será considerada inocente, enquanto não houver o trânsito da sentença penal condenatória, momento este que será declarado à culpabilidade ou não do indivíduo, limitando, assim, o referido princípio ao trânsito da sentença penal condenatória.

Contudo, desde 1994, o STF tem sofrido diversos questionamentos quanto à possibilidade ou não de executar a pena provisoriamente e diversos tem sido seus entendimentos, primeiramente entendeu que a execução provisória não ofendia o princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna, com o passar do tempo em 2009 seu entendimento mudou e foi decretado a impossibilidade da prisão, em decorrência de sentença, antes do trânsito em julgado e, por fim, recentemente o STF voltou a entender que é possível a prisão em segunda instância, mesmo com recursos pendentes, que não mais julgaram o mérito da questão, todavia esse entendimento não é definitivo, uma vez que serão julgados casos sobre a questão que pode mudar ou manter o entendimento.

Assim, resta uma pergunta o que é mais razoável: garantia a eficiência das sentenças condenatórias, executando a pena provisoriamente, tornando o direito penal cada vez mais próximo da ideologia punitivista ou garantir o princípio da presunção de inocência e, com isso, a liberdade do indivíduo?

Ao passo que para os dois lados existem prós e contras, como tudo no Direito, garantir a eficiência das sentenças e ter a certeza de penitenciária sem acomodações, pessoas condenadas injustamente e a ofensa à Constituição Federal.

Por outro lado, existem os recursos protelatórios, a ineficácia do sistema penal e os casos de pessoas culpadas em liberdade que continuam oferecendo mal a sociedade, tendo em vista a demora no Poder Judiciário.

Contudo, cabe somente aos operadores do direito por um fim à esta situação, tentando resolver da melhor forma possível.

Para tanto, esta monografia foi dividida em três capítulos, a introdução e a conclusão. No capítulo 02, trata-se das características necessárias do Direito Processual Penal, para entender a referida execução provisória, enfatizando alguns princípios, conceitos e o sistema de penas.

O capítulo 03 refere-se à evolução histórica do entendimento jurisprudencial sobre a execução provisória.

O capítulo 04 apresenta os debates sobre o referido tema na atualidade.

E, por fim, a presente pesquisa se encerra com a conclusão, oportunidade que são retomados alguns pontos do trabalho.

Quanto à metodologia utilizada foi o método hipotético-dedutivo, a pesquisa é de natureza básica, uma vez que tem o objetivo de gerar conhecimentos novos úteis para o avanço do Direito sem aplicação da prática prevista e envolve verdades e interesses universais e a abordagem do problema da pesquisa se classifica como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise do problema.

Em relação ao procedimento, este trabalho realizar-se-á por meio de pesquisas bibliográficas, pois será desenvolvida a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações e teses.

2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL

O Direito Processual Penal surgiu com a finalidade de concretizar a aplicação do Direito Penal, bem como com o intuito de obter a pacificação social na solução de uma lide. Assim, para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014), o Direito Processual Penal é o “conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.

Ademais, para Fernando Capez (2012, p. 45), “Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”.

Desta forma, observa-se que o Processo Penal é definido por um conjunto de princípios, todavia, os doutrinadores se divergem quanto aos princípios do direito processual penal, tendo em vista que não são todos unificados em um só diploma legal, ou seja, várias são as obras que contemplam esses princípios que regem esse Direito.

Cabe ressaltar, que os princípios constituem o marco inicial da construção do processo penal, são as premissas em que através delas serão constituído todo um sistema, em suma, os princípios são a base desse dogma processual.

Assim, os princípios são primordiais para o processo penal, entretanto os descritos a seguir merecem uma análise específica, não que estes estejam em grau de importância mais elevado que os outros.

2.1 Princípios do direito processual penal

2.1.1 Princípio da legalidade

O princípio constitucional da legalidade é o mais relevante no Direito Processual Penal tendo em vista que não existe hierarquia entre os princípios, uma vez que é um dos princípios que abarca todo o ordenamento jurídico, ou seja, deve ser base para todos os ramos do Direito, previsto no art.5º, II, da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio prevê que nenhum fato será considerado crime, assim nenhuma pena criminal poderá ser aplicada, sem que antes da ocorrência do fato tenha sido descrito por lei o fato delitivo e a respectiva pena, configurando assim uma limitação ao poder punitivo do Estado em interferir na liberdade individual.

Assim, o princípio da legalidade consagra que não há crime sem prévia definição legal e pena sem prévia cominação legal.

2.1.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal advém da Constituição Federal, que garante em seu art. 5º LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, deduz que para que alguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens, é necessário respeitar as formalidades existentes, como o contraditório, a ampla defesa, direito a não ser processado ou condenado através de prova ilícita, bem como a necessidade do processo ser submetido ao Poder Judiciário, em se tratando de aplicação da sanção penal, essa é uma garantia dado ao ser humano de que seus direitos serão reconhecidos.

Logo, o princípio constitucional do devido processo legal é um âmbito de proteção em sentido lato sensu, considerando que não restringe apenas aos sujeitos que atuam diretamente na relação processual, mas também em toda a jurisdição, incluindo, ainda, as instituições e órgãos públicos e privados.

Os doutrinadores Nesta Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014) explicam em sua obra, que o referido princípio “deve ser analisado em duas perspectivas, a primeira processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (*procedural dueprocess*); a segunda, material, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta e razoável (*substantive due processo oflaw*)”.

2.1.3 Princípio do contraditório e a ampla defesa

A Constituição Federal garante que “aos *litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, com isso a Carta Magna insere no Direito Processual Penal, mais dois princípios o contraditório e a ampla defesa.

O contraditório, inicialmente, resguardava a efetiva participação das partes no processo com a finalidade de formar o convencimento do juiz, entretanto a doutrina moderna interpreta esse princípio como a busca da igualdade processual entre as partes.

Assim, ensina Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), que o contraditório não só garante o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão.

Já a ampla defesa, é o direito do acusado da garantia de defesa, que pode ser através da defesa técnica (advogado), sempre obrigatória, bem como a autodefesa, realizada pelo próprio acusado, que pode optar por manter-se em silêncio ou se pronunciar.

Nesse sentido, Código de Processo Penal em seu artigo 396, §2º prevê a necessidade de nomeação de defensor para o oferecimento da resposta à acusação, quando não for apresentada no prazo legal.

2.1.4 Princípio da imparcialidade do juiz

A lide processual deve ser resolvida pelo Estado, tendo em vista a função, exclusiva, do Estado em solucionar conflitos, impossibilitando a arbitrariedade nas soluções das lides.

Assim, o Estado desenvolve essa função através do juiz, que é um dos sujeitos da relação processual, sendo três os sujeitos, o réu, acusado e o juiz, nesse sentido, surge à necessidade do juiz ser imparcial, pois é o órgão julgador, não podendo o juiz manifestar interesse na solução do processo, devendo agir apenas pela busca da verdade real.

Em virtude da efetiva imparcialidade, são garantidos aos magistrados garantias constitucionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, para que desenvolvam suas funções de forma totalmente independentes e imparciais.

2.1.5 Princípio da efetividade das decisões judiciais

Em 2004, foi inserido no ordenamento jurídico a Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o inciso LXXVII no art. 5º, da Constituição Federal, com o seguinte texto: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Dessa forma, conforme a nova alteração, o princípio da efetividade das decisões judiciais, que prevê a necessidade de o legislador tornar o sistema judiciário menos moroso, buscando formas de agilizar o trâmite processual e, com isso, garantindo o cumprimento de forma razoável das decisões judiciais imposta, se

tornou efetivo no espaço judiciário, sendo uma realidade entre os sujeitos do processo, e em consequência garantindo a eficiência do Poder Judiciário.

2.1.6 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência se positivou pela primeira vez, baseando-se em ideias iluministas, através no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em Paris, “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

No ano 1948, considerando o artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres foi novamente assegurado o princípio da presunção de inocência:

parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Nesse passo, ainda em 1948, foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe em seu artigo 11, a consagração do princípio da Presunção de Inocência:

Artigo 11

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Ainda, em 1969, o Pacto San José da Costa Rica, seguindo a mesma ideia adotada em diversos países, garantiu que “Art. 8: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Assim, tendo em vista que o Brasil é um país que compõe a ONU, o ordenamento jurídico brasileiro aderiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, dessa forma, o referido princípio foi amplamente adotado e

concretizado pela Carta Magna em seu art.5º, inciso LVII que enaltece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Quanto ao posicionamento da doutrina em relação ao princípio da presunção de inocência, o doutrinador Paulo Rangel (2015), quanto ao surgimento do mencionado princípio, elucida que:

o princípio da presunção da inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando na Europa Continental, surgiu à necessidade de se insurgir contra o sistema penal inquisitório, de base romano-canônico, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. [...] Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789.

Ademais, o Código de Processo Penal de 1941, em consonância com a Constituição Federal, em que pese ter sido promulgado antes da mesma, preconiza o princípio da presunção de inocência ao estabelecer que:

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.

Ressalta-se que essa redação foi dada através da Lei nº 12.403, de 2011, modificando o texto original do referido artigo, a fim de adequar o Código à previsão constitucional, bem como à jurisprudência e torna evidente que o indivíduo só poderá ser preso, salvo por motivo de prisão em flagrante delito, prisão temporária ou preventiva, após o trânsito em julgado da sentença condenatória que deverá ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, impossibilitando de forma expressa a antecipação do cumprimento da pena.

Saliente-se que a principal finalidade desse princípio é a proteção do direito de liberdade, tendo em vista que o processo penal tem a incumbência de resguardar a liberdade individual (*jus libertatis*), quanto ao dever de punir que se concentra no Estado (*jus puniendi*).

2.2 As penas do direito penal

O Código Processual Penal e legislações esparsas preveem duas situações de prisão: a processual (sem pena) e a penal.

2.2.1 Prisão processual

A prisão processual ou cautelar tem como finalidade garantir a eficiência do processo, possibilitando que o réu seja privado de sua liberdade antes do trânsito em julgado, dessa forma, é considerada uma medida excepcional, já que a regra é que o indivíduo responda o processo em liberdade, dado o princípio da presunção de inocência e que, somente, quando presente os requisitos poderá ser adotada a prisão processual, como uma medida cautelar, ademais, são três espécies de prisão processual permitidas pelo ordenamento jurídico: a preventiva, temporária e em flagrante, somente podem ser decretadas por ordem judicial fundamentada (com exceção da prisão em flagrante), segundo os princípios da motivação e da jurisdicionalidade.

2.2.1.1 Espécies de prisão processual

Prisão preventiva

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva durante a fase de investigação policial ou no curso da ação penal, quando presentes indícios de autoria e materialidade do delito.

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.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 581) a prisão preventiva pode assim ser entendida:

Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove o risco.

Ademais, é fundamental a presença de dois requisitos para a decretação da referida prisão, quais sejam, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, elementos esses que dão ensejo ao *fumus commissi delicti* e que estão previstos na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal.

O art. 313 do referido diploma legal estabelece as situações que admite a decretação da mencionada prisão:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Prisão temporária

A Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, elaborada para regular a prisão temporária, dispõe que a referida prisão somente pode ser decretada na fase do inquérito policial e deve ser observado o prazo de duração já preestabelecido na própria lei, ademais, é necessário a presença dos requisitos *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como uma das hipóteses descritas do primeiro artigo da lei.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Prisão em flagrante

O Código de Processo Penal, em seus artigos 301 e seguinte, regula a prisão em flagrante que é medida cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, sendo exceção da necessidade de ser uma ordem judicial fundamentada, uma vez que qualquer pessoa pode prender quem se encontre em flagrante delito.

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

2.2.1.2 Prisão penal (pena)

A prisão penal, segundo definição do doutrinador Fernando Capez (2016), é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão

judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado.

O Código Penal, em seu art. 32, apresenta as três espécies de pena: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

2.2.2 Espécies de penas

Privativas de liberdade

Trata-se da privação da liberdade do indivíduo que sofreu uma condenação, após o devido processo legal, e divide-se em reclusão, detenção e prisão simples (nos casos de contravenção penal).

Restritivas de direito

São penas que tem a finalidade de evitar o cerceamento da liberdade do indivíduo que praticou infrações penais com menor potencial ofensivo e, quando autorizado por lei, substituem as privativas de liberdades, assim são autônomas, substitutivas e alternativas.

De acordo com o Código Penal, art. 43 as penas restritivas de direitos são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade e a entidades públicas, interdição temporária de direitos.

Multa

Consiste, de acordo com o Código Penal, no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sua natureza é pecuniária.

3 EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA EM FACE DA DIVERGÊNCIA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O posicionamento da jurisprudência brasileira historicamente permite a execução penal provisória, que consiste na possibilidade do réu iniciar o cumprimento da pena antes de ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo com a concretização do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal do Brasil, cenário que provoca controvérsias entre operadores do Direito, considerando a discordância que existe entre os princípios, ao passo que alguns defendem que a possibilidade da execução penal provisória fere o princípio da presunção da inocência e outros garantem que a execução provisória é necessária frente ao princípio da efetividade das decisões condenatórias.

Nesse sentido, considerando a possibilidade da execução provisória, cabe ressaltar o HC 68.726 em 28/06/1991, que teve o Ministro Néri da Silveira como relator, assegurou que o princípio da presunção de inocência não proibia a execução provisória da pena.

- Habeas corpus. - O Plenário desta Corte, ao julgar, em 28.6.91, o HC 68.726, de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do artigo 5., inciso LVII, da Constituição Federal a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão condenatória, razão por que, alias, e perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do par-2. do artigo 27 da Lei 8038/90 que determina que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no "efeito devolutivo". Habeas corpus indeferido. (STF - HC: 68841 SP, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 24/09/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 11-10-1991 PP-14250 EMENT VOL-01637-02 PP-00300 RTJ VOL-00138-01 PP-00216)

No referido Habeas Corpus, o advogado do réu requereu o impedimento da prisão do condenado, considerando que a decisão não havia alcançado o trânsito em julgado, fundamentando no preceito constitucional da não culpabilidade, todavia, a pretensão foi improcedente com a justificativa que a condenação em segunda instância é suficiente para decretação da prisão, uma vez que está comprovada a autoria e materialidade do delito, sendo que após a segunda instância cabe ao réu interpor recurso especial ou recurso extraordinário, que

possuem efeito devolutivo e não suspensivo e, com isso, não tem o condão de impedir o cumprimento da prisão.

O mencionado entendimento, também, foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal em diversos outros julgamentos de Habeas Corpus, como o HC 70.662 de 04/11/1994 e HC 91.675 de 07/12/2007 (citado abaixo).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 91675 PR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/09/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320 RTJ VOL-00203-03 PP-01218)

Por fim, a Suprema Corte, no ano de 2003, editou as súmulas 716 e 717 que tornou pacífico seu entendimento quanto a possibilidade de executar provisoriamente a pena antes do trânsito em julgado, concretizando a ideia que o recurso especial e extraordinário não comporta o efeito suspensivo, e sim, efeito devolutivo.

SÚMULA 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 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.

3.1 Habeas corpus 84.078-7 Minas Gerais

Em 2009, houve uma formidável alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do HC 84.078-7/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, impossibilitando a execução da pena após segunda instância.

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. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[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”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. **Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.** 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. **Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado.** A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição

do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. **(grifos nossos)**

3.1.1 Breve resumo do caso

Primeiramente, o paciente, Omar Coelho Vítor, foi condenado a três anos e seis meses de reclusão pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal, pelo O Tribunal do Júri. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a sete anos e seis meses de reclusão, em regime integralmente fechado, no julgamento da apelação da defesa e, ainda, interpôs recursos extraordinário e especial, sendo que este último foi admitido pelo Presidente do Tribunal estadual.

Em seguida, a pedido do Ministério Público, foi decretada a prisão preventiva de Osmar Coelho Vítor e, com isso, impediu que o mesmo aguardasse o julgamento de seu recurso especial em liberdade, por essa razão o paciente impetrou contra o Superior Tribunal de Justiça o referido remédio constitucional.

Em relação ao julgamento do Habeas Corpus, o julgamento foi remetido ao Tribunal Pleno, pelo fato de a Primeira e a Segunda turmas terem tido entendimento opostos, assim o Ministro Relator Eros Graus foi contrário ao entendimento até o momento defendido e afirmou que afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena e que esse entendimento deve ser revisto, tendo como base o princípio da presunção da inocência.

Trechos do voto do Ministro relator:

aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição -- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da

Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição. 13. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI¹⁵, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva"

Dessa forma, o Tribunal, por maioria, deferiu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes e, por fim, o Superior Tribunal de Justiça considerou a execução provisória da sentença incompatível com o disposto no texto constitucional, consagrando, assim, uma nova corrente jurisprudencial.

Cabe ressaltar, que em decorrência dessa nova orientação jurisprudencial, foi promulgada a Lei 12.403/2011, que, entre outras mudanças, acarretou alteração no texto do artigo 283 do Código de Processo Penal com a finalidade de se adaptar a nova posição da corte. A partir, ficou expressamente mencionado no CPP que o indivíduo só poderá ser preso, salvo por motivo de prisão em flagrante delito, prisão temporária ou preventiva, após o trânsito em julgado da sentença condenatória que deverá ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, impossibilitando de forma expressa a antecipação do cumprimento da pena.

3.2 Habeas corpus 126.292 São Paulo

Decorridos sete anos, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 126.292 SP, retrocedeu novamente seu posicionamento até o momento pacificado e decidiu que não seria uma ofensa ao princípio da presunção da inocência a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença, erguendo-se, novamente, diversos questionamentos quanto ao entendimento adotado.

3.2.1 Breve resumo do caso

Em 29 de março de 2011, o Ministério Público denunciou M.R.D e A.S.L, pela prática de roubo qualificado, fato que ocorreu em 16 de setembro de 2010, durante a

tramitação da ação penal ambos foram presos preventivamente, sendo esta revogada, possibilitando aos supostos acusados serem julgados livres.

Em seguida, através da sentença proferida em 28 de junho de 2013, M.R.D foi condenado em 5 anos e 4 meses de reclusão e teve o direito de interpor apelação em liberdade, já o A.S.L, foi condenado em 6 anos e 8 meses de reclusão e teve sua prisão decretada. Ambas as defesas, inconformadas com a decisão recorreram ao Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministério Público não recorreu.

Por essas razões, os autos foram remetidos ao TJ-SP, em aproximadamente um ano e seis meses, a apelação foi julgada e foi negado provimento aos recursos da defesa, tendo como consequência a permanência da prisão de A.S.L, visto que já estava preso, e em desfavor de M.R.D, foi expedido mandado de prisão. Assim, M.R.D teve sua prisão decretada.

Nesse sentido, a Defesa de M.R.D, novamente inconformada com o novo julgamento, impetrou em 19 de dezembro de 2014, Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça contra o acórdão do TJ/SP, pugnando pela concessão da ordem, para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, alegando que não foi ostentado qualquer fundamentação cautelar que justificasse a execução da pena antes do trânsito em julgado, baseando suas fundamentações no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O referido remédio constitucional teve seu pedido de liminar indeferido pelo STJ, que fundamentou da seguinte forma:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

A Defesa técnica insistiu em sua tese, impetrando Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal contra o indeferimento da liminar proferido pelo STJ. O HC, impetrado no STF, teve sua liminar deferida pelo ministro Teori Zavascki, em 05 de fevereiro de 2015, concedendo a ordem - resultando assim na concessão do alvará de soltura ao paciente - apresentando a seguinte fundamentação:

(...) 3. É o caso dos autos. A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, da seguinte forma: “Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva”. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o seguinte: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Vê-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudências firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso.

4. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por aí não estiver preso, ou contramandado de prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República.

Apesar disso, em fevereiro de 2016, para discutir a referida liminar concedida monocraticamente pelo Ministro Teori Zavascki, esse Habeas Corpus foi levado a plenário sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski onde decidiram, por maioria, sete votos contra quatro votos (votos vencidos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski) denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar.

Em síntese, esse é o desenvolvimento do referido Habeas Corpus 126.292, que provocou vultosa modificação nas jurisprudências atuais, diversas são as justificativas proferidas pelos Ministros proferidas em seus votos.

Considerando os Ministros que votaram por denegar a ordem, inúmeras são as suas justificativas, entre elas está o fato da efetividade da função jurisdicional

penal, ou seja, objetivando a eficiência do processo penal, alegam também que o princípio da presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena imposta, ponderando que esse princípio não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado, mencionam, ainda, que os recursos extraordinários e especiais, em linhas gerais, não desfrutam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

Nesse sentido, faz-se necessário aludir segmentos dos votos dos Ministros, a fim de esclarecer as justificativas apresentadas:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve 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 (Ministro Teori Zavascki).

[...] assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível (...) (Ministro Teori Zavascki).

[...] Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo (...) (Luís Roberto Barroso).

Todavia, cabe ressaltar os fundamentos apresentados por aqueles que votaram por conceder a ordem:

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral (Celso de Mello).

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse

dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data vênia* (Ricardo Lewandowski).

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo (Ricardo Lewandowski).

Ressalta-se que, em suma, a tese defendida é de que a prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória, bem como a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente.

4 REPERCUSSÃO DA POLÊMICA NOS DIAS ATUAIS

No ano de 2018, ainda, assola o meio jurídico, consequências da indecisão dos legisladores quanto à possibilidade ou não da execução provisória da pena, para exemplificar essa situação, tem-se como exemplo o caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que repercutiu de forma extraordinária na mídia.

No dia 24 de janeiro de 2018, o Tribunal Regional Federal julgou o recurso do réu Luiz Inácio Lula da Silva e o condenou em 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, inicialmente em regime fechado, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Em consequência da condenação, a Defesa impetrou Habeas Corpus, com a finalidade de impedir a execução provisória da pena determinada pelo TRF.

Em abril de 2018, encontrava-se na pauta do STF, o julgamento do referido HC 152752, e como efeito, novamente a missão foi dada ao Supremo para decidir se a execução provisória da pena fere ou não o princípio da presunção de inocência e, após mais de dez horas de julgamento, por 6 a 5 dos votos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu novamente que a execução provisória não viola o referido princípio ao denegar o HC e, com isso, autorizou que a pena fosse executada após o julgamento da segunda instância.

Quanto ao julgamento, segue imagem ilustrando a sequência dos votos.

É possível a execução provisória da pena após condenação em 2º grau?



Por essas razões, no dia 07 de abril, foi decretado o mandado de prisão contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva que resultou em sua prisão.

Entretanto, a polêmica não se encerrou com essa decisão, e o tema voltou a repercutir no Supremo, após a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio, no dia 19 de dezembro de 2018, suspendendo a execução antecipada da pena e liberando todos os presos que estivessem nessa situação, alegando que estava convencido da constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal.

Em sua decisão, o ministro Marco Aurélio concluiu que:

[...] convencido da urgência da apreciação do tema, aciono os artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno e defiro a liminar para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual. (Medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade 54 distrito federal).

Por conseguinte, um grande alvoroço surgiu no meio advocatício, pois os advogados cientes da supramencionada decisão, expediram os pedidos de soltura para seus respectivos clientes que estavam nessa situação.

Cabe ressaltar que, conforme o site G1- Globo, aproximadamente 169 (cento e sessenta e nove) mil pessoas podem se beneficiar com a referida decisão.

Contudo, o momento de euforia durou cerca de horas, uma vez que o presidente do STF, o ministro Dias Toffoli, suspendeu a referida liminar, reconhecendo procedente o pedido da Procuradoria-Geral da República.

Trecho da fundamentação da decisão do ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal:

[...] com efeito, entendo, com a devida venia, que o acolhimento da liminar na ADC nº 54 pelo eminente Relator, ainda que por fundamentos diversos, foi de encontro ao entendimento da decisão tomada pela maioria do Tribunal Pleno no julgamento das ADC's nº 43 e 44, que versavam matéria idêntica. Destaco que velar pela intangibilidade dos julgados do Tribunal Pleno, ainda que pendentes de decisão definitiva, é um dos desdobramentos naturais da competência regimental da Presidência de cumprir e fazer cumprir o regimento (RSTF, art. 13, III). Logo, a decisão já tomada pela maioria dos membros da Corte deve ser prestigiada pela Presidência. E é por essas razões, ou seja, zeloso quanto à possibilidade desta nova medida liminar contrariar decisão soberana já tomada pela maioria do Tribunal Pleno, que a Presidência vem a exercer o poder geral de cautela atribuído ao Estado-Juiz. Poder esse que, na visão do conceituado jurista Renato Brasileiro de Lima, destina-se "a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo" (BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Código de Processo Penal Comentado. Salvador. JusPodivm: 2017. p. 765 0 grifos nossos). A partir dessa compreensão, essa decisão tem como precípua finalidade evitar grave lesão à ordem e à segurança públicas, como bem demonstrou a Procuradoria-Geral da República ao consignar na inicial que a decisão objeto de questionamento "terá o efeito de permitir a soltura, talvez irreversível, de milhares de presos com condenação proferida por Tribunal. Segundo dados do CNJ, tal medida liminar poderá ensejar a soltura de 169 mil presos no país".

[...] presentes, por tanto, os requisitos cautelares, à luz do art. 4º da Lei n.º 8.437/92, defiro a suspensão de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida nesta data, nos autos da ADC nº 54, até que o colegiado maior aprecie a matéria de forma definitiva, já pautada para o dia 10 de abril do próximo ano judiciário, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018.

Em suma, justificou que o ministro Marco Aurélio não poderia ter tomado essa decisão de forma monocrática e afirmou, ainda, que a decisão deverá ser analisada pelo Plenário, marcando o julgamento para o dia 10 de abril de 2019.

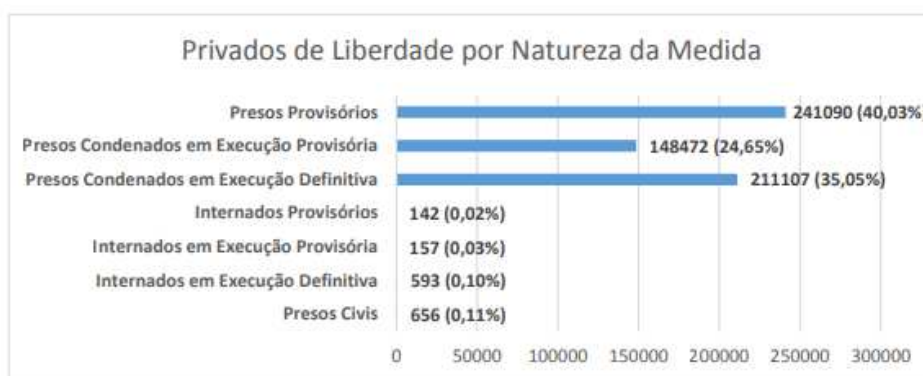
Com isso, a deliberação em relação à incerteza da possibilidade de iniciar o cumprimento da pena após sentença de segunda instância foi postergada para a referida data, decisão que, segundo os doutrinadores, poderá suscitar grandes modificações no mundo jurídico.

4.1 Estatísticas atuais quanto à execução provisória

Segundo dados revelados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), do total de pessoas privadas de liberdade no país, 0,11% são presos civis; 0,15% são pessoas cumprindo medida de segurança na modalidade internação; 99,74% são pessoas presas em processo de natureza penal.

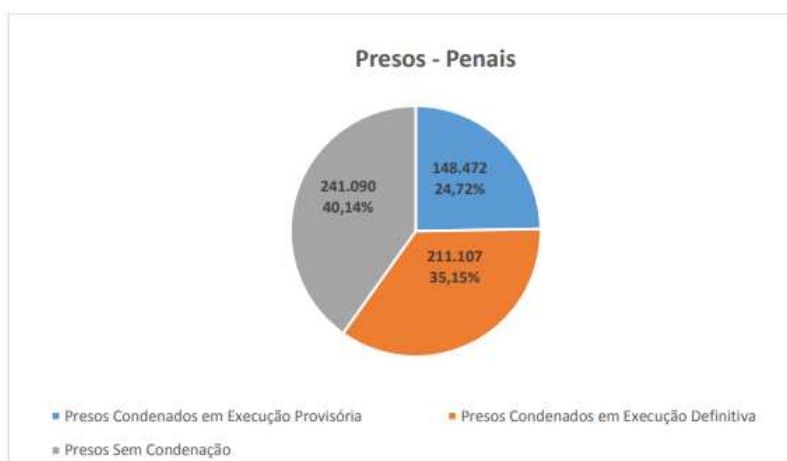
Em agosto de 2018, cerca de 148.742 (cento e quarenta e oito mil e setecentos e quarenta e dois) pessoas estão cumprindo execução provisória, que corresponde a 24,6% do total de presos.

Gráfico 01 – Pessoas privadas de liberdade pela natureza da medida



Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

Gráfico 02 – Total de presos penais



Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

Dessa forma, observa-se que qualquer que for a decisão quanto a possibilidade do cumprimento da pena após segunda instância, ocorrerá um grande impacto, pois a quantidade de pessoas presas cumprindo execução provisória é significativa.

5 CONCLUSÃO

Em face do exposto neste trabalho de monografia, conclui-se que o princípio da presunção de inocência, é a base do Estado Democrático de Direito e, assim, disciplinado na soberana Constituição Federal do Brasil e garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e por diversos tratados internacionais e outras esparsas legislações, ademais, esse princípio foi uma enorme conquista para a sociedade, posto que garante a cada ser humano que ao ser condenado pela prática de um delito, não ocorrerá o abuso de poder do Estado, assegurando um processo penal justo e democrático.

É possível concluir, também, que por diversos fundamentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, como a inimizabilidade no país, a eficiência de processo penal, princípio do duplo grau de jurisdição, o cabimento de interposição de recursos, ocorrência da prescrição, admitiu-se por diversas vezes, em vários casos a possibilidade da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, como o julgamento do HC 126.292/SP.

Ao passo que, em outras situações, os ministros da Suprema Corte, entenderam ao contrário, prevalecendo o princípio da presunção de inocência e, dessa forma, garantindo que deverá ser aguardado o trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução da pena privativa de liberdade interposta.

Assim, a execução provisória da pena visa uma guerra entre o princípio da razoável duração do processo, a fim de garantir a eficiência do sistema processual penal e o princípio da presunção de inocência.

Cabe ressaltar que grande parte da doutrina é totalmente contrária a execução provisória da pena, com o fundamento de que fere a Constituição Federal.

Saliente-se que o sistema deve almejar uma decisão definitiva para a situação, levando em consideração as falhas no sistema processual penal, bem como no Poder Judiciário e que o impacto de qualquer tempo dentro de uma prisão é irreversível, sendo impossível devolver ao cidadão o período que ficou preso, por achar que era culpado e ser inocente, não devendo os justos pagar pelos culpados, ressalta-se, ainda, que nada impede o cidadão de ser preso antes do trânsito em julgado, mas, desde que, presente os requisitos das medidas cautelares e o caráter

excepcional, sendo autorizado pelo ordenamento jurídico em três hipóteses: flagrante delito, prisão preventiva e prisão provisória.

Por fim, é primordial obter um meio para nivelar a eficiência do processo com a presunção de inocência do suposto réu, uma vez que é uma garantia do ser humano face ao poder estatal e que a execução provisória da pena é incompatível com a Constituição Federal, sendo considerada cláusula pétrea, não podendo ser o referido princípio retirado do ordenamento jurídico brasileiro através de uma emenda constitucional.

REFERÊNCIAS

BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES. **Cadastro Nacional de Presos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/ SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 68.726/DF**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 jun. 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal, v.1**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MORO, Sergio Fernando. **Presunção de inocência e efeitos de recursos**. Santa Catarina, 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12922-12923-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Coordenador Pedro Lenza. **Direito processual penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Imperdível: professores e juiz explica a literalidade da Constituição. **Conjur**, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/senso-incomum-imperdivel-professor-juiz-explicam-literalidade-constituicao>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. **Conjur**, ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.