
ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DIANTE DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO RECORRÍVEL

Analysis of the Provisional Execution of Penalty Referred to Condemnial Judgment

Pedro Ullysses Azevedo da Cruz¹

Jaqueline Ribeiro Cardoso²

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a execução provisória da pena e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, frente ao princípio da presunção de inocência. A corte suprema, na contramão de sua jurisprudência, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, decidiu pela possibilidade do condenado em segunda instância iniciar imediatamente a execução provisória de sua pena. Foi possível concluir que a execução provisória da pena motivada apenas em razão de um acórdão condenatório recorrível vai de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, significando um retrocesso jurídico, com total afronta à Carta Magna e aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Palavras-chave: Acórdão condenatório. Execução provisória da pena. Presunção de inocência. Inconstitucionalidade.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the provisional execution of the sentence and its application in the Brazilian legal system, against the principle of presumption of innocence. The supreme court, opposing to its jurisprudence, at the judgment of Habeas Corpus 126.292, decided that the sentenced person in the second instance may immediately initiate the provisional execution of his sentence. It was possible to conclude that the provisional execution of the sentence motivated solely by reason of a condemnatory judgment can be challenged is in accordance with the constitutional principle of the presumption of innocence. It represents a legal retrogression, with total affront to the Brazilian constitution and the international treaties ratified by this country.

Keywords: Condemning judgment. Provisional execution of sentence. Presumption of innocence. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a Constitucionalidade ou não da execução provisória da pena em razão da superveniência de acórdão condenatório ainda não transitado em julgado, tendo como objeto principal de estudo o julgamento realizado em 17 de fevereiro de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal, respeitante ao Habeas Corpus 126.262/16, que admitiu tal hipótese.

O Problema surge em razão do princípio fundamental da presunção de inocência, que não permite

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade Minas Gerais – Famig

2 Especialista em Direito Penal e Direito Público – Servidora Pública – Professora do Curso de Direito da Faculdade Minas Gerais - Famig

que o acusado seja tratado como culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, ao admitir a execução provisória da pena em virtude da condenação em segundo grau, mesmo ainda estando pendente recurso, o Supremo flexibilizou referida garantia, pelo que surgiram inúmeras críticas e questionamentos.

Neste sentido a pesquisa indagará: até onde o princípio da presunção de inocência interfere no processo? A execução provisória da pena é (in) constitucional?

Partindo do embate das oscilações jurisprudenciais sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena, serão tratados os aspectos favoráveis à execução da pena com fundamento de que ela deixaria o sistema mais eficaz, opiniões positivas dos ministros e doutrinadores, *versus* a negação dos mesmos, amparado pelo princípio constitucional da presunção de inocência.

Diante disto, o presente artigo buscou apresentar a importância crucial do princípio da presunção de inocência na vida de um sujeito de direitos, como também no andamento jurídico processual, explicitando os malefícios trazidos pela alteração do entendimento do início do cumprimento de pena provisória a partir de condenação em segunda instância.

Princípio da presunção de inocência ou não culpa

O princípio da presunção de inocência, também denominado de não culpa ou de estado de inocência, originou-se na Declaração de Direito do Homem e do Cidadão em 1789 e, posteriormente, chegou até a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, que dispunha em seu art. 8.2 “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. O Brasil tornou-se signatário apenas em 25 de setembro de 1992, passando a constar o princípio expressamente na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, Inciso LVII, *in verbis* “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969; BRASIL 1998).

Observa-se que a Constituição de 1988 não repetiu literalmente o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que foram implementadas as expressões “trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e não citou presunção de inocência, referindo-se apenas como “culpado”.

O princípio da presunção de inocência surgiu após diversos confrontos entre a sociedade e o Estado. Ele expressa uma garantia ao acusado, dando tratamento justo e humano. Sua aplicação se dá durante o processo e antes dele, conforme ensina Batisti: “A presunção de inocência existe antes de uma acusação ou processo e vai até o final dele” (BATISTI, 2009, p. 142).

A doutrina também cita algumas dimensões de tratamento tais como: norma probatória e norma de juízo e de tratamento.

Zanoide de Moraes citado por Caleffi explica o tratamento dado ao princípio de forma probatória:

O primeiro aspecto apontado da presunção de inocência como “norma probatória” (quem deve provar) refere-se ao ônus da probatório no processo penal. A matéria é por demais extensa e já conta com significativo consenso doutrinário em todos os países nos quais

o princípio está inserido em nível constitucional. Para todos eles, o ônus de provar o processo penal é da acusação, uma vez que, partindo o órgão acusador do pressuposto juspolítico do ‘estado de inocência’ é a ele caberá demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo e, portanto, caberá a ele o ônus de demonstrar essa tese não pressuposta pela Constituição (MORAES *apud* CALEFFI, 2017, p.33)³

Para Lima, o tratamento como regra probatória é quando, “a parte acusadora tem o ônus da prova de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência”. Para o autor, “a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso” (LIMA, 2016, p. 44).

Moraes também explica a presunção de inocência como norma de juízo

A presunção de inocência como norma de juízo difere de seu aspecto como norma probatória uma vez que somente poderá ocorrer sobre um material probatório já produzido. Primeiro deve-se analisar a presunção de inocência como norma probatória para, somente depois desse aspecto ter sido integralmente atendido, ingressar-se no exame de presunção de inocência como norma de juízo (MORAES *apud* CALEFFI, 2017, p. 40)⁴.

Para Lopes Jr, o modo de tratamento se dá em dois momentos, quais sejam: primeiro, que o acusado não receba tratamento como se condenado fosse e, segundo, ressalta a importância da proteção ao acusado, para que não haja punibilidade excessiva do Estado, pois hoje se tem que a violação à inocência presumida ocorre a partir do momento em que a mídia dissemina a notícia de forma deturpada, fazendo com que toda uma sociedade incrimine naturalmente o acusado (LOPES JR, 2016).

A presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?)

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia a presunção de inocência (LOPES JR, 2016, p 70).

Neste sentido, Giacomolli também entende que a exposição midiática, uso desnecessário de algemas e o uso de maus antecedentes em processos em andamento, podem trazer pré-conceitos para o julgamento (GIACOMOLLI *apud* CALEFFI, 2017)⁵.

A garantia da presunção de inocência produz efeitos no interior do processo e também fora dele, bem como no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado

3 MORAES. Maurício Zanoide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010. p. 462

4 MORAES. Maurício Zanoide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010. P. 365

5 GIACOMOLLI. Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o de pacto São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98

ou imputado. Veda também formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado. Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério Público, afirmativas de autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão para recorrer a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos em andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes; as identificações desnecessárias, digitais (art. 5º, LVIII, CF) ou fotografias. A presunção de inocência transcende ao plano abstrato efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito (GIACOMOLLI *apud* CALEFFI, 2017)⁶.

Resta claro que a Constituição Federal, com seu texto expresso sobre o princípio da presunção de inocência, observou, cuidadosamente, para que além de não ser presumido culpado, o acusado dispusesse do direito de responder o processo com todas as garantias, inclusive a de responder em liberdade, excetuando-se as prisões cautelares (BRASIL, 1988).

Seu objetivo (princípio da presunção de inocência) é zelar pela segurança jurídica. Em suma, sua aplicabilidade traz estabilidade e imparcialidade no processo, afastando o pré-conceito e garantindo a eficiência processual e evitando o “abuso” estatal.

Nesta linha, entende Lopes Jr:

O princípio da presunção de inocência, além de defender as garantias coletivas, também tutela em prol da proteção individual do cidadão. Pois limita o Estado de atos abusivos contra a dignidade da pessoa humana, para que tenha tratamento absoluto e integral, possibilitando maior efetividade na segurança jurídica processual do acusado (LOPES JR, 2014, p. 143).

Para Marcão, o princípio da presunção de inocência leva a uma interpretação *favor rei*, ou seja, que deverá ser verificado o melhor ao acusado e que não se exclui as medidas cautelares, que hora estão impostas em lei, explicando:

Do princípio sub examine não se extrai, entretanto, a impossibilidade de determinar medidas cautelares em desfavor do imputado, tal como ocorre com a decretação de prisão preventiva e a imposição de medidas cautelares restritivas, conforme veremos no capítulo destinado ao estudo das prisões cautelares (MARCÃO, 2016, p. 306).

Por fim, cabe ressaltar que, embora seja uma garantia individual do réu, o princípio do estado de inocência, presunção de inocência e de não culpa, excepcionalmente, é relativizado, exceções essas previstas em lei, como as prisões provisórias, as medidas cautelares, prevista no art. 283, CPP, o qual será objeto de estudo mais à frente.

Da execução definitiva e provisória

Quando houver sentença e desta sentença não houver interposição de recurso, ou ter sido negado o provimento dela, dir-se-á que se transitou em julgado aquela decisão, gerando um título para a sua execução, sendo ela absolutória ou condenatória (REIS; GONÇALVES, 2011).

A sentença penal condenatória para Marcão é “aquela que acolhe o pedido do autor, de modo a julgar procedente a pretensão punitiva, no todo ou em parte, e impõe pena de natureza criminal ao condenado” (MARCÃO, 2016, p. 628).

⁶ GIACOMOLLI. Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o de pacto São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98

Para Capez os efeitos da sentença condenatória são:

a) *certeza da obrigação de reparar o dano resultante da infração*: nesse ponto a sentença é meramente declaratória, uma vez que a obrigação de reparar o dano surge com o crime, e não com a sentença (CPP, art. 63);

b) *perda de instrumentos ou do produto do crime*: conforme art. 91, II, do Código Penal;

c) *outros efeitos previstos no art. 92 do Código Penal* (vide incisos: a perda do cargo, função pública...);

d) *prisão do réu*: no tocante à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, convém informar que o art. 594 do CPP, que dispõe que o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto, foi revogado expressamente pela Lei n. 11.719/2008. Da mesma forma, o art. 595 do CPP também acabou sendo revogado pela Lei n. 2.403/2011, pois se o réu não precisa recolher-se à prisão para recorrer, caso fuja, a apelação não poderá se tornar deserta. Cumpre consignar que, na atual sistemática do Código de Processo Penal, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta” (CPP, art. 387, § 1º). Assim, o réu somente será preso se estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva e a sua segregação cautelar deixou de ser condição para o conhecimento do recurso. Também foi revogado pela Lei n. 12.403/2011 o art. 393, I, do CPP, o qual considerava como efeitos da sentença condenatória recorrível: “ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”, na medida em que a prisão deixou de ser um efeito automático da condenação. Finalmente, o art. 408, §§ 1º e 2º, do CPP, que impunha a prisão do réu quando da sentença de pronúncia, salvo se primário e portador de bons antecedentes, foi revogado pela Lei n. 11.689/2008, passando-se a exigir, em seu art. 413, § 3º, que o juiz decida motivadamente no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I do Código (CAPEZ, 2016, p. 577, 578).

Pelo exposto, a lei de execução penal, em seu art. 147, prevê que “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução [...]” (BRASIL, 1984).

Verifica-se que a Lei 7210/84 - Lei de Execução Penal compreende a necessidade do trânsito em julgado de sentença para a execução de pena, remetendo-se, assim, à presunção de inocência.

A contrário *sensu*, quando se menciona execução provisória da pena significa dizer que o réu iniciará o cumprimento de uma pena antes de ter uma sentença penal condenatória definitiva. No entanto, ela passou a ser admitida pela doutrina e jurisprudência em virtude dos presos provisórios, que possuíam sentença penal sem o trânsito, a fim de possibilitar que eles já gozassem dos benefícios da execução penal.

Em razão dessa situação, réus condenados, para os quais foi mantida a prisão preventiva com a sentença, foi editada a súmula 716 do Supremo Tribunal Federal. Nesta ficou consolidado o entendimento de que há possibilidade de progressão de regime do réu em execução provisória.

Outrossim, se o acusado tivesse respondido o processo em liberdade, mesmo diante de uma sentença que tenha sido objeto de recurso, não haveria motivos para executar tal pena em razão do princípio da presunção de inocência.

Nesse interim, muitos entendiam que seria plausível a execução provisória, mesmo que pendente julgamento de recurso, mas desde que o réu estivesse preso provisoriamente por aquele processo e o juiz na sentença mantivesse a preventiva por estarem presentes seus requisitos.

Portanto, perante a lei de execução penal, a pena somente será executada quando do trânsito em julgado de sentença condenatória.

A execução provisória da pena diante de acórdão condenatório decisão proferida pelo supremo tribunal federal referente ao habeas corpus 126.292/16

A execução provisória da pena, conforme abordado, é a possibilidade de dar início ao cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de uma condenação, uma exceção, não prevista em lei, para beneficiar o réu que se encontra preso preventivamente e com uma sentença condenatória, sem trânsito, de ir gozando de eventuais benefícios na execução penal.

Neste contexto, ganha destaque a execução provisória da pena de réu solto em razão de acórdão condenatório realizado em 2ª Instância, mesmo havendo recursos pendentes em análise, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, decidiu pela possibilidade da execução provisória da pena após o duplo grau de jurisdição, mesmo havendo recursos cabíveis. Neste julgamento, a Suprema Corte brasileira entendeu pela possibilidade da prisão do réu condenado a partir de decisão de segunda instância, regredindo o que foi decidido no ano de 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078, quando a Suprema Corte havia postulado que um acusado somente poderia ser preso após trânsito em julgado de sentença condenatória.

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, STF, HC 126292, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Dessa forma, para a maioria do plenário da Corte Suprema, é possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, não havendo que se falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, pois o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo segundo o CPP. Foram sete votos favoráveis e quatro contra a execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Sendo que os votos a favor foram dos Ministros, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, da Ministra Cármen Lúcia e do relator Teori Zavascki. Já os votos vencidos foram proferidos pelos Ministros, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e pela Ministra Rosa Weber .

Doravante, sobre este julgamento do Supremo, Renato Brasileiro destaca os principais fundamentos

dos votos:

a) deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade;

b) é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo *tribunal de apelação*, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa;

c) se houve, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faria sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o faz o art. 637 do CPP;

d) a Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010) expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado;

e) não se pode afirmar que, à exceção das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, haja vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Se assim o fosse, a conclusão seria pela prevalência da regra que dispõe ser meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), visto que os arts. 995 e 1.029, § 5º, do CPC têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP. Portanto, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por tribunais de apelação;

f) em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema;

g) a jurisprudência que assegurava a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (CP, art. 117, IV);

h) quanto a eventuais equívocos das instâncias ordinárias, não se pode esquecer que há instrumentos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, como, por exemplo, medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial (art. 1.029, §5º, do novo CPC) e o habeas corpus (LIMA, 2017, p. 47-49).

Outrossim, destacou-se as formas de tratamento estipuladas no princípio da presunção de inocência, como regra de tratamento e probatória, aplicando-se a qualquer pessoa independente da gravidade exposta ao caso até o trânsito em julgado, explicando também que tal princípio não se esvazia progressivamente, expondo:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda

assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República HC 126292 / SP (BRASIL, 2016).

Pelo exposto, o que ocorria anteriormente, tendo por norte o entendimento respaldado no Habeas Corpus nº 84078 de 2009, era basicamente obediência ao disposto no artigo 5º, LVII, da CF/88, ao estabelecer que quando pendente recurso encontrava-se indisponível a execução provisória, acometendo aos recursos especial e extraordinário o efeito suspensivo.

No entanto, a partir do ano de 2016, o STF alterou seu entendimento sobre a execução provisória da pena no HC 126.292 e acabou por diminuir a garantia da presunção de inocência, não se preocupando com a vedação a proibição ao retrocesso em termo de garantias individuais. Para tanto, entenderam, em apertada síntese, que com o julgamento proferido pelo tribunal de 2ª instância ocorre uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, ressaltando que se houve, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, este foi fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parecendo inteiramente justificável a relativização, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Destacou, ainda, que o posicionamento contrário vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. Ainda, defenderam que eventuais erros poderiam ser objeto de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial.

Por fim, importante ressaltar que embora o STF seja a mais alta Corte judicial do Brasil, que orienta os demais tribunais, como a referida decisão foi proferida em sede de Habeas Corpus, ela não possui efeito vinculante, aplicando-se, àquele caso em concreto.

Diante dessa decisão, foram propostas as ações declaratórias de constitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), pleiteando a constitucionalidade da redação do art. 283 do Código de Processo Penal Brasileiro, atualização trazida pela lei 12.403/2011.

O artigo 283 do Código de processo penal, expõe 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 (BRASIL, 2011).

Os autores dessas ações requereram, em medida cautelar, a suspensão da execução provisória da pena, tendo em vista a decisão do Habeas Corpus 126.292, de 17 de fevereiro de 2016, uma vez que tal decisão vem gerando divergência jurisprudencial, causando interpretação diminutiva do princípio da presunção de inocência e sobrepondo decisões contra as regras estabelecidas no art. 283 do CPP (BRASIL, 2016).

A cautelar foi deferida pelo relator, o Ministro Marco Aurélio, que votou pela suspensão da

execução provisória da pena após o duplo grau de jurisdição. Entretanto, após o seguimento da análise, a maioria, sendo eles os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavaski, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a Ministra Carmem Lúcia, entenderam que a norma não veda o início de cumprimento de pena em 2ª Instância. Ficaram vencidos a Ministra Rosa Weber e os Ministros Dias Toffoli, Lewandowski, Celso de Mello, e o relator Marco Aurélio (BRASIL, 2016).

Para Aury Lopes e Gustavo Badaró, “Na presente decisão não há qualquer menção ao art. 283 e tampouco uma declaração fundamentada de sua inconstitucionalidade, pois ele é completamente incompatível com a decisão proferida pelo STF” (LOPES JR; BADARÓ, 2016).

Assim ressalta Streck:

Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF (STRECK, 2016).

Importante destacar que o STF tem sinalizado uma possível mudança de entendimento ao prolatado no Habeas corpus 126.292, visto que os Ministro Dias Toffoli, que havia votado a favor da execução provisória da pena, parece estar mudando seu entendimento, conforme se depreende em seu voto no ADC 43/44, onde deferiu parcialmente pela aplicação da liminar que suspendia a execução provisória da pena, sendo o motivo a probabilidade de mudanças de regime ou até mesmo da culpabilidade do agente até o Superior Tribunal Justiça.

Outro que deu a entender que mudará sua posição em relação à execução provisória da pena é o Ministro Gilmar Mendes, tendo em vista que ele ressaltou a situação em que muitas das vezes o condenado em regime fechado vai ao Superior Tribunal de Justiça e consegue diminuir a sua condenação em 2ª Instância, podendo haver constrangimento ilegal na prisão caso o condenado inicie um regime que não era o de direito. Outrossim, expôs as prisões automáticas realizadas em grau de acórdão condenatório sem a fundamentação legal (TEIXEIRA, 2017).

Análise da Constitucionalidade da execução provisória diante de acórdão condenatório e a garantia advinda do princípio da presunção de inocência

Ao realizar análises sobre os votos proferidos no HC 126.292/16, bem como das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 43,44), e ao ver tamanha divergência em relação à execução provisória da pena, fica a seguinte pergunta: o instituto da execução provisória da pena diante de acórdão condenatório é constitucional ou inconstitucional?

Em primeiro momento, ressalta-se o posicionamento da doutrina em relação à constitucionalidade da execução provisória da pena em 2ª Instância, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 126.292/16

Rogério Sanches Cunha entende que o instituto da execução provisória da pena após o duplo grau

de jurisdição é constitucional, não ferindo o preceito da Carta Magna instituído em seu art. 5º, LVII, referente ao princípio da presunção de inocência. Para o autor, o princípio da presunção de inocência se diverge durante os procedimentos do processo, resultando em duas partes. Primeiro, o condenado é considerado inocente até o duplo grau de jurisdição, segundo, após esse momento, onde já se discutiu todas as provas e matéria, não há que se falar em presumir inocente, mas sim, culpado (CUNHA, 2017).

Por fim, destaca Rogério Sanches Cunha:

Não há portanto, ofensa a princípios garantistas, que aliás, - como já estudamos – não veiculam apenas proibição de intervenção excessiva, mas expressam também postulados de proteção para que se evite a insuficiência da tutela de bens jurídicos, exatamente o que se verifica no adiamento indefinido do cumprimento da pena por agentes que sofreram condenação cujo mérito não poderá mais ser modificado. Noutras palavras; garantimos não pode ser sinônimo de impunidade (CUNHA, 2017, p. 10).

Assim, para o autor não há que se falar em ofensa a princípio fundamental da Constituição Federal. Por fim, expõe que o sistema presidiário não é o problema pra execução provisória da pena (CUNHA, 2017).

Paulo Rangel se posiciona a favor da execução provisória da pena. Para ele, “acabar com a execução provisória da pena não é um avanço de lei, muito pelo contrário é um retrocesso do sistema penal”. Destaca ainda que poderá ser aplicado ao réu o disposto no art. 2º da Lei Execução Penal, dando benefício ao condenado (RANGEL, 2017, p. 908-909).

Renato Brasileiro entende pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena em razão de acórdão condenatório por incompatibilidade com o princípio fundamental da presunção de inocência, garantido pela Constituição e que se demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal, relatando:

com a devida vênia à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que esse novo entendimento contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o *trânsito em julgado de sentença condenatória* (art. 5º, LVII), assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo - é dizer, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória -, a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Não negamos que se deva buscar uma maior eficiência no sistema processual penal pátrio. Mas, a nosso juízo, essa busca não pode se sobrepor à Constituição Federal, que demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. E só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se torna imutável, o que, como sabemos, é obstado pela interposição dos recursos extraordinários, ainda que desprovidos de efeito suspensivo. Não há, portanto, margem exegética para que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seja interpretado no sentido de que o acusado é presumido inocente (ou não culpável) até a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância. Por mais que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, n. 2) estenda o princípio da presunção de inocência *até a comprovação legal da culpa*, o que ocorre com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso - lembre-se que a mesma Convenção Americana assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, §2º, “h”) -, não se pode perder de vista que a Constituição Federal é categórica ao afirmar que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela

estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito, interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável (princípio *pro homine*) (LIMA, 2017, p. 483-484).

Nestor Távora e Rosmar Alencar também destaca sua posição a favor da inconstitucionalidade do instituto da execução provisória da pena, ressaltando:

Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção de inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumentos de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmado condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art 5º, LVII) e do CPP (art. 283). Aliás, não foi sequer considerada a letra deste último artigo do Código último código, referentemente ao texto da Lei maior. “Discordamos do entendimento desta corte” (TAVORÁ, 2017. p. 70 e 1743).

Para esses doutrinadores, a questão da aplicação da execução provisória da pena deve permanecer apenas no sentido de beneficiar o réu.

Renato Marcão é a favor da aplicação do instituto apenas em relação às decisões onde o acusado já encontrava-se preso cautelarmente, tendo em vista a redação do art. 2º, da Lei de Execução Penal, que dispõe, por sua vez, a prisão preventiva instaurada em modo cautelar, com direito do preso de gozar dos benefícios imposto na lei, sendo desnecessário o trânsito em julgado da matéria (MARCÃO, 2015).

Para Leonir Batisti, a execução da pena provisória em 2ª Instância não fere o princípio da presunção de inocência, porque o trânsito em julgado deve ser interpretado conforme os tratados internacionais, o qual o Brasil é signatário, sendo que após os recursos ordinários esgotados, já pode iniciar o cumprimento da pena. Nos dizeres do autor, “Em especial o recurso que impede o trânsito em julgado e assim quem impede o cumprimento da pena decorrente de processo é o recurso ordinário” (BATISTI, 2009, p. 229).

Aury Lopes Jr e Gustavo Badaró entendem pela inconstitucionalidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, respeitante ao Habeas Corpus 126292/17, que autoriza a execução provisória da pena após acordão condenatório, argumentando que o texto sobre o princípio da presunção de inocência é claro e se há possibilidade de interposição de recurso, não há que se falar em trânsito em julgado, ferindo o princípio da presunção de inocência (LOPES JR; BADARÓ, 2016).

Onde há o argumento da morosidade nos julgamentos dos recursos extraordinários, bem como as prescrições criminais que dão sensação de impunidade, os autores ressaltam que o judiciário está cheio no todo, seja nas instâncias ordinárias ou nas extraordinárias. O argumento da demora jurisdicional e da eventual ocorrência da prescrição, são legítimos. A ilegitimidade está na “solução” dada: execução antecipada da pena, sem qualquer caráter cautelar (ou seja, sem *periculum libertatis*), destacando-se ainda:

Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em

tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados (LOPES JR; BADARÓ, 2016).

Os autores compreendem que a execução provisória da pena é apenas um sedante e que não irá resolver os problemas, ressaltando:

A persistir nessa linha, continuaremos com uma demora imensa e crescente, agravada pelo fato de que muitos acusados – ainda presumidamente inocentes – pois não houve o trânsito em julgado exigido pela Constituição para que sê lhes retirem a proteção – vão ter de suportar a demora presos, em um sistema carcerário medieval como o nosso (LOPES JR; BADARÓ, 2016).

Para os autores, a inconstitucionalidade recai na violação do princípio da presunção de inocência, pois o texto é claro sobre a necessidade do trânsito em julgado de sentença penal para que seja colocado como culpado, ou seja, mantém-se a regra de tratamento estipulada para o acusado, equiparando-o como inocente até a sentença definitiva, “sendo Inconstitucional antecipar o seu cumprimento de pena” (LOPES JR; BADARÓ, 2016).

O Ministro Celso de Mello, em 29 de agosto de 2017, também deferiu liminar para afastar a execução da pena após o duplo grau de jurisdição, no HC 129663, e salientou que a falta de fundamentação para a prisão e, conseqüentemente, a não observação do princípio do *non reformatio in pejus*, tendo em vista que a decisão realizada em acórdão piorou a sentença imposta ao réu em 1ª Instância.

Outra decisão que teve suspensão do julgamento, mas que segue a linha ressaltada na decisão acima é do HC 136720, tendo voto dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski no início do mês de agosto:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO PUBLICADO E AS NOTAS TAQUIGRÁFICAS. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE CONDICIONA O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO DO RÉU CONSUBSTANCIADO EM COISA JULGADA. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. DIREITO CONSTITUCIONAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. I – Faz coisa julgada o direito assegurado expressamente ao réu, na sentença condenatória, de somente iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado, quando tal condição não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público. II – Não é possível agravar a situação do réu quando o recurso é exclusivo da defesa, sob pena de vedada reformatio in pejus. III - A antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar. IV - O texto constitucional é expresso em afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988). V - Eventuais interpretações restritivas devem ser feitas com extrema cautela, a fim de evitar um indesejável retrocesso quanto aos direitos e garantias fundamentais (DECANO..., 2017).

O Ministro Ricardo Lewandowski, em 12 setembro de 2017, novamente se pronunciou a respeito da execução provisória da pena, desta vez concedeu Habeas Corpus afastando a prisão em 2ª Instância, tendo em vista a incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, ressaltou que “foi opção do constituinte de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória,

ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” (MINISTRO..., 2017).

Por fim, ficou claro a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a execução da pena em razão de acórdão condenatório recorrível.

Não obstante, o que não se pode perder de vista é que a Constituição Federal é a lei suprema do Estado, devendo ter seus princípios e diretrizes resguardados. Dentre esses princípios, o Estado achou por bem, seguindo inúmeros tratados de direito Internacional, garantir como direito fundamental a presunção de inocência, que configura uma regra de tratamento dado ao Estado e ao acusado, que até que se tenha uma condenação penal, da qual não caiba mais recurso.

Referido princípio constitui uma garantia individual conferida pelo constituinte aos indivíduos contra os excessos do Estado, constituindo cláusula pétrea, que deve ser respeitada pelo judiciário e demais órgãos do estado Brasileiro, não se permitindo retrocesso, flexibilização e interpretações.

Assim, a execução provisória de uma pena após acórdão condenatório, sem outro fundamento legal para a prisão desse indivíduo, encontra-se incompatível com o princípio fundamental tutelado no art. 5º LVII, da presunção de inocência, gerando instabilidade processual e desestabilizando a segurança jurídica encontrada no princípio, não devendo o indivíduo arcar com a morosidade e ineficiência do judiciário, que em razão da demora no julgamento do recurso acaba por ocasionar a prescrição da pretensão punitiva ou executiva da pena.

CONCLUSÃO

A execução provisória da pena é um instituto que se perdura há muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação adveio para beneficiar o réu que esteja em prisão cautelar, para utilizar dos benefícios da Lei de Execução Penal. Entretanto, o instituto tomou-se lado controverso durante os anos 90.

Diante de diversas mudanças de entendimento a favor e contra na jurisprudência dos tribunais, e, mais recentemente, em 2016, devido a uma decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória da pena, após acórdão condenatório não viola o princípio da presunção de inocência, mesmo que pendentes recursos extraordinários.

Desta feita, surgiram inúmeros questionamentos, alegando que a execução provisória da pena vai de encontro com o princípio constitucional da presunção de inocência, garantido no art 5º, LVII. Cabe destacar que referido princípio veio para trazer ao acusado garantia de um processo justo e verdadeiro, antes, durante e até o final do processo. Seus aspectos históricos demonstram a importância deste instituto na Constituição Federal de 1988, já que no passado, os direitos e garantias individuais eram reduzidos e não traziam segurança jurídica para o acusado, que por muitas vezes era submetido a tratamento desumano e injustiças eram cometidas. O princípio impõe ao Estado formas de tratamento ao acusado, sendo eles, probatório, de juízo e de tratamento, para que assim não haja arbitrariedade nos julgamentos.

Ao ser proferida a decisão no HC 126.292, houve interpretações divergentes a respeito deste princípio, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, mudando o entendimento consolidado, entendeu, por 7 votos a 4, que a execução provisória da pena não viola o princípio da presunção de inocência, mesmo que pendentes recursos de naturezas extraordinárias, pois esses recursos não são providos de efeitos suspensivos. Para a maioria da Corte, o princípio da presunção de inocência se diverge ao longo do processo, iniciando como presunção de inocência e após o encerramento da matéria fática probatória, ou seja, após o acórdão condenatório, se inicia o princípio da não culpa, não podendo tratar o acusado nesta fase como inocente, mas sim como não culpado. Por fim, fundamentaram a questão da morosidade processual, o excesso de recurso que causa a impunibilidade pela não proveniência da execução em segunda instância.

Neste ínterim, mesmo que louvável a interpretação da maioria dos Ministros, deverá sempre ser respeitado todo meio de defesa do acusado, levando em conta a ampla defesa e o processo legal, sendo que se há possibilidade de mudanças na pena e até em reversão da condenação e, por mais que se alegue que a defesa possa utilizar dos recursos com o fim de se obter no final uma prescrição da pretensão punitiva ou executória, tendo em vista a morosidade atual do judiciário em se julgar os processos, o que pode ocasionar a impunidade, não pode o acusado ter um direito fundamental, de ser tratado como inocente enquanto couber recurso, flexibilizado em razão da ineficiência do judiciário.

Em razão do instituto da execução da pena, há de se reconhecer que o art. 2º da Lei de Execução Penal respalda a possibilidade da execução provisória da pena, entretanto, essa aplicação deve ser apenas em benefício do réu que já está preso cautelarmente, e não em prol de prejudicar quem está respondendo ao processo em liberdade que não cumpre os requisitos para uma prisão preventiva, causando assim uma arbitrariedade estatal, uma vez que é válido o benefício, mas não o retrocesso em termos de interpretação de direitos fundamentais.

Portanto, a despeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de HC, não obstante não tenha efeito vinculante, tal entendimento fere o princípio da presunção de inocência garantido constitucionalmente, ofendendo, também, o devido processo legal e a ampla defesa, trazendo um retrocesso na sua aplicação e interpretação.

Ademais, após a mudança realizada no Código de Processo Penal em 2011, em relação ao seu art. 283, as hipóteses previstas para aplicação da prisão no ordenamento jurídico brasileiro são claras, em razão da literalidade do mesmo, e a aplicação da execução provisória da pena após o duplo grau de jurisdição, o desrespeita totalmente.

Por fim, diante de toda pesquisa realizada, resta claro a Inconstitucionalidade da execução provisória da pena, por violar uma norma constitucional insculpida no art. 5º LVII, respeitante ao princípio da presunção de inocência, gerando instabilidade processual. Assim, deve o STF, como guardião da Constituição, rever seu posicionamento até mesmo porque não deve o indivíduo arcar com a morosidade e ineficiência do judiciário, que em razão da demora no julgamento do recurso acaba por ocasionar a prescrição da pretensão punitiva ou executiva da pena.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Jurua, 2009.

BRASIL. Decreto Nº 592, de 06 julho. 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus 126.292, Relator: Min. Teori Zavascki**, Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus 137.063, Relator: Min. Ricardo Lewandowski**, Brasília, 12 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137063.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus 25310**, Relator: Min. Paulo Medina, Brasília, 26 out. 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7236489/habeas-corpus-hc-25310-rs-2002-0148136-0-stj/relatorio-e-voto-12994022>>. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus 91.675**, Relator: Min. Carmén Lúcia, Brasília, 04 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>.