

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS – UNI ANHANGUERA
CURSO DE DIREITO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA
NO BRASIL E AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES ACERCA DA
CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA**

FERNANDA EDUARDA SOARES DE AMORIM

GOIÂNIA

Maio/2019

FERNANDA EDUARDA SOARES DE AMORIM

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA
NO BRASIL E AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES ACERCA DA
CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, sob a orientação do professor Clodoaldo Moreira dos Santos Junior, como requisito parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

GOIÂNIA

Maio/2019

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA EDUARDA SOARES DE AMORIM

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO BRASIL E AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni – ANHANGUERA, defendido e aprovado em _____ de _____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Profº Drº Clodoaldo Moreira dos Santos Junior

Profº Ricardo Aguiar Barros

Dedico este trabalho aqueles que me acompanharam desde o início, minha mãe Inês de Lourdes e meu pai Júlio Amorim, que me ensinaram a importância de perseverar. Dedico também às minhas irmãs, que também foram fundamentais para que chegasse onde cheguei e pudesse alcançar os melhores resultados.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos à esta Universidade, professores, coordenadores e demais colaboradores. Especialmente ao Professor orientador Clodoaldo Moreira dos Santos Junior, que foi fundamental à conclusão do presente trabalho.

A toda a minha família, meus pais e minhas irmãs, que além de me ensinarem a importância do empenho e do comprometimento, foram os meus maiores exemplos durante todos esses anos, até chegar aqui.

RESUMO

O cenário jurídico atual enfrenta ampla discussão acerca da constitucionalidade da aplicação da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. O capítulo um aborda os princípios norteadores do processo penal, até chegar as hipóteses de prisões admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, e a evolução histórica da aplicabilidade da execução provisória da pena no último capítulo. Serão demonstrados os entendimentos divergentes acerca da constitucionalidade da medida perante o princípio da presunção de inocência, e os argumentos que embasam os votos divergentes, para que se chegue à conclusão acerca da aplicabilidade da medida.

Palavras-chave: Direito – Processo – Execução – Pena

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| | INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 | PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O PROCESSO PENAL | 9 |
| | 1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 10 |
| | 1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... | 10 |
| | 1.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL..... | 12 |
| | 1.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA..... | 14 |
| | 1.5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE | 15 |
| | 1.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE..... | 16 |
| 2 | PRISÃO, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E RECURSOS..... | 17 |
| | 2.1 PRISÃO PROCESSUAL..... | 17 |
| | 2.2 PRISÃO PENA..... | 19 |
| | 2.3 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO..... | 20 |
| | 2.4 RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO..... | 22 |
| 3 | EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 24 |
| | 3.1 BREVE HISTÓRICO..... | 24 |
| | 3.2 HABEAS CORPUS 126/292 SP..... | 26 |
| | 3.3 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 E ATUAL ENTENDIMENTO..... | 28 |
| | CONCLUSÃO | 34 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 35 |

INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta as divergências acerca da execução provisória da pena no Brasil, com observância dos princípios que regem a Constituição Federal de 1988.

Historicamente, o Direito Penal não guardava sólidas garantias aos presos e investigados; somente com a constitucionalização do Direito Penal foi possível ver uma nítida mudança da aplicação do Direito Penal.

Nesse sentido, serão apresentadas as repercussões do artigo 283 do Código de Processo Penal; as dúvidas dos juristas brasileiros pairam sobre o possível confronto existente nas decisões de Tribunais quando admitem a execução provisória da pena, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória.

Apresenta-se inicialmente no capítulo um, os princípios constitucionais que norteiam o processo penal. Posteriormente, as possibilidades de prisão e de recursos após a sentença de primeiro grau, bem como as matérias que podem ser revistas nos Tribunais Superiores; esta é uma das grandes divergências entre as decisões dos Tribunais; os Recursos Especial e Extraordinário, por tratarem de contrariedade da legislação federal e da Constituição Federal, não seriam capazes de rever a culpa do acusado.

Inúmeras são as discussões acerca do tema, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, que trouxe grandes mudanças jurídicas ao confirmar a execução provisória da pena.

Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo geral apresentar a discussão existente acerca da execução provisória da pena, bem como analisar o histórico da aplicação da referida medida no Brasil até os dias atuais, com os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da medida, em sede de Habeas Corpus e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (43 e 44).

Dessa forma, é imprescindível confrontar as hipóteses de aplicação da execução provisória com os princípios constitucionais, bem como apresentar os recursos possíveis após o exaurimento da segunda instância e as matérias a serem discutidas nos Tribunais Superiores, bem como os entendimentos dos juristas que visualizam manifesta violação do artigo 5º da Constituição Federal, inciso LVII e da legislação federal, artigo 283 do Código de Processo Civil, e a repercussão e a importância do tema frente às mudanças jurídicas

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O PROCESSO PENAL

1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que data de 10 de dezembro de 1948, pós Segunda Guerra Mundial, positivou direitos e garantias inerentes aos seres humanos. A Constituição Federal de 1988 trouxe também diversos princípios norteadores de toda a persecução penal, estampados no rol no artigo 5º, princípios constitucionais que visam a proteção de todo e qualquer cidadão, sem distinção, conforme descrito no *caput* do artigo.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi inserido no contexto mundial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, pós Segunda Guerra Mundial, que aduz em seu artigo primeiro que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

Nesse sentido, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 prevê a instituição da República Federativa do Brasil em um Estado Democrático de Direito, garantindo em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana, como fundamento inerente à constituição da República.

O princípio da dignidade da pessoa humana é amplo e tem caráter misto de direito e dever, conforme explicita Paulo e Alexandrino (2015) ao enfatizar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, sendo assegurado pela Constituição Federal o direito à vida, à intimidade, à honra e a imagem, constituindo direito de qualquer cidadão perante à outros cidadãos e ao Estado, bem como dever do Estado em tratar todos os cidadãos de forma isonômica, o que independe de classe e condições financeiras.

Nesse sentido, o princípio da dignidade encontra previsão no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, que garante o tratamento igualitário aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, bem como reforça a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança e propriedade.

1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência nasceu para o mundo ao final do século XVIII, quando vigorava o Iluminismo, na Europa Continental, em combate ao sistema processual penal inquisitório, que vigorava desde o século XII. Nessa época, não havia proteção do acusado durante a investigação.

Dessa forma, após a Revolução Francesa, com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nasceu a proteção ao estado de inocência do indivíduo até que seja declarado culpado, conforme prevê o artigo 9º: "Art. 9º. 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."

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso LVII, "que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

A proteção do cidadão tem como base o surgimento do sistema penal acusatório, que promove ao acusado liberdade e dignidade durante toda a persecução penal, devendo o juiz motivar toda e qualquer decisão judicial (RANGEL, 2013).

O Código Penal é datado de 1941, mas sofreu relevante alteração com a Lei nº 12.403/2011, que deu ao artigo 283 a seguinte redação:

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

Algumas jurisprudências divergem acerca da terminação entre presunção de inocência e presunção de culpabilidade, abrindo possibilidade da presunção de inocência terminar antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2) o faz tão somente até a comprovação legal da culpa. Com efeito, em virtude do texto exposto do Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um

recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, “h”). (LIMA, 2016, p.80)

Contudo, diante da divergência, impera a norma contida na Constituição Federal, que é mais ampla que a norma contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com isso, somente o trânsito em julgado de sentença penal condenatória retira do indivíduo o estado de inocência em que se encontra, utilizando-se do termo inocente e não culpado. (LIMA, 2016).

Lima (2016, pág. 83) destaca duas regras fundamentais decorrentes do princípio da presunção de inocência. A primeira delas diz respeito à regra probatória, podendo ser chamada de *in dubio pro reu*, que aduz que o ônus da prova é integralmente da acusação; ao réu não cabe criar provas contra si mesmo, tampouco comprovar que suas alegações são verdadeiras. Cabe ao Ministério Público, ou ao querelante provar que existiu um crime e comprovar a autoria do delito. E havendo dúvida, o órgão julgador deve aplicar o *in dubio pro reu*, que diz na dúvida deve-se absolver o réu, uma vez que é menos gravoso absolver um culpado do que condenar uma pessoa inocente.

Conforme traz o autor, a segunda regra diz respeito à regra de tratamento:

Portanto, por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do status libertatis do indiciado ou do réu. 24 (LIMA, 2016, p.83)

Sendo assim, o autor ensina ainda que a regra do tratamento possui efeitos internos e externos ao processo: interno porque o réu não deve produzir provas contra si mesmo, não deve ser tratado como se condenado fosse, ou seja, proíbe-se expressamente a prisão que não seja cautelar antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Externo porque o processo deve evitar a exposição midiática e deve proteger o réu, para evitar um abuso midiático do fato e do próprio cidadão.

1.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal tem suas raízes em 1215, na *Magna Cartha Libertatum*, quando o Rei João Sem Terra fez nascer alguns direitos aos nobres ingleses. Entre eles, nascia o direito ao devido processo legal, a garantia de um processo regular (AGRA, 2018).

Com isso, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 prevê em seu inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O princípio do devido processo legal é descrito por Rangel (2013, pág.5) como: "o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele". Dessa forma, sem o devido processo legal não é possível haver o contraditório, bem como não há possibilidade de se descobrir fatos verdadeiros, com uma devida instrução processual sem que tenha sido assegurado o direito à resposta.

Segundo Moraes (2017), do princípio do devido processo legal decorrem duas formas de proteção ao indivíduo: a proteção formal e a proteção material. No âmbito formal, tem-se que o processo deve ser regular em todas as suas formas: deve haver o direito à ampla defesa, à duração razoável do processo, a produção de provas, fundamentação das decisões do órgão julgador, direito à defesa técnica, à citação e todos os elementos que contribuam para uma situação de paridade perante o Estado.

Na forma material, protege-se os direitos assegurados pela Constituição Federal, como o direito à vida, à imagem, à dignidade, à isonomia, devendo atender à razoabilidade e à proporcionalidade na aplicação das penas. (AGRA, 2018).

Nesse sentido, Rangel (2013) ensina que o processo é meio pelo qual se tem os direitos assegurados, ou seja, não se trata somente de um meio para se aplicar a sanção penal. A verdade processual deve ser buscada durante a instrução probatória, sendo necessário ressaltar a importância de respeitar os limites do processo, vedada a utilização de provas obtidas por meio ilícito, conforme previsto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988, pois dessa forma, ainda que a finalidade seja descobrir a verdade, deve ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de limite para toda e qualquer atuação do Estado.

1.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Segundo Pacelli (2014), o princípio do contraditório decorre do devido processo legal e traz uma série de garantias para o investigado. O contraditório diz respeito à imprescindibilidade da participação do réu durante o processo (de qualquer natureza), que se mostra com o acesso amplo à todas as informações para que se possa apresentar defesa, sendo garantido por meio dos atos de citação, intimação, notificação de todo movimento processual, devendo apresentar paridade com a acusação.

Diante da garantia constitucional, Pacelli (2014) destaca ainda a importância da participação do réu durante o processo, uma vez que caso o contraditório seja inobservado durante o processo penal, pode gerar a nulidade absoluta do mesmo, se houver prejuízo para o réu. O que ocorre de forma diversa para a acusação, que deve arguir a irregularidade para que seja possível a nulidade dos atos praticados.

Ainda, a súmula 707 do Supremo Tribunal Federal aduz que: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”. Nesse sentido, Lima traz importante conclusão acerca da necessidade e contraditório em relação às provas obtidas no curso do processo:

Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como prova, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes. (LIMA, 2016. p. 88)

Com isso, Pacelli (2014) conclui que somente com a aplicação justa do contraditório durante o processo penal, o juiz pode chegar a uma decisão aproximada da verdade dos fatos. Isso porque devido à soma dos elementos, participação do réu, defesa, acusação, oportunidade de resposta, provas obtidas por meio lícitos, o convencimento do

Desta forma, prevê art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: "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;"

Pacelli (2014) aduz que é indispensável a participação do réu no processo, ele possui imensa importância porque não só figura como parte, mas também auxilia no deslinde do feito, portanto deve participar de todos os atos e ser devidamente ouvido.

Nesse sentido, Pacelli (2014) conclui que somente com a aplicação justa do contraditório durante o processo penal, o juiz pode chegar a uma decisão aproximada da verdade dos fatos. Isso porque devido à soma dos elementos, participação do réu, defesa, acusação, oportunidade de resposta, provas obtidas por meio lícitos, o convencimento do juiz ocorrerá sem interferências irregulares, uma vez que foram ouvidas as partes interessadas.

Destarte, a ampla defesa é princípio também garantido constitucionalmente, e decorre do devido processo legal. Logo "a defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação" (LIMA, 2016, p. 89).

A ampla defesa se difere do contraditório, uma vez que trata-se de garantia à defesa, e o contraditório é assegurado tanto à defesa quanto à acusação. Com isso, o autor demonstra que a ampla defesa, além de possibilitar ao réu acesso à informação e a resposta de todos os atos, conta com recursos que são inerentes somente ao réu, como por exemplo a regra do *in dubio pro reu*, (na dúvida, deve-se julgar a favor da absolvição do réu), a impossibilidade de reforma de um julgado para prejudicar o réu, bem como a possibilidade de revisão criminal somente no que se refere à benefício do réu. Tudo isso é assegurado, porque o réu deve ser tratado de forma desigual para que se alcance a igualdade perante à acusação. A defesa, portanto, é ampla e descreve todos os benefícios existentes à ela, a fim de que se utilize de todas as formas possíveis para defender-se, pois a regra é a liberdade e exceção é a prisão.

Sendo assim, o Código de Processo Penal é expresso: "Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.". Logo, o acusado ainda que deseje ser processado sem defesa técnica, não pode fazê-lo, pois o direito à defesa técnica é assegurado independentemente da preferência ou da situação do réu.

Assim, conforme observa Lima (2016) a necessidade de defesa técnica é indispensável no decurso do processo penal. O acusado tem direito de escolher o seu defensor, advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e que detenha a capacidade postulatória. Contudo, caso o advogado venha a renunciar ou esteja impossibilitado de prosseguir na

defesa, o acusado deve ser intimado para constituir um novo advogado e somente em caso de inércia, o juiz nomeará um defensor público para defendê-lo. O que não pode ocorrer é uma acusação em face de um acusado sem defesa técnica, o que fere nitidamente o princípio do devido processo legal.

Portanto, caso as garantias do contraditório e ampla defesa sejam ignoradas durante o processo penal, ocorrerá a nulidade prevista no artigo 564, III, c) do Código de Processo Penal que prevê a causa de nulidade quando faltar "nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos".

1.5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade tem raiz histórica na Magna Carta Inglesa, de 1215, que fazia a seguinte previsão em seu artigo 39:

Art. 39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.[5]

O princípio da legalidade atualmente encontra previsão no art. 5º da Constituição Federal, inciso II, que prevê: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Desta forma, a Constituição Federal também prevê no art. 5º, inciso XXXIX: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."

Sendo assim, conforme ensina Lima (2016), o princípio da legalidade está relacionado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito do processo penal. O Estado não pode agir de maneira arbitrária e deve seguir estritamente os ditames legais, encontrando seus limites na proporcionalidade e na razoabilidade. Com isso, todas as medidas que admitem a restrição dos direitos dos cidadãos devem estar previamente positivadas na legislação.

1.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, caput, prevê que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade..."

Conforme ensina Moraes (2017), o princípio da igualdade é base para todas as relações entre os indivíduos e o Poder Estatal. Com isso, deve ser observada as desigualdades existentes em relação desiguais, o que significa que um cidadão menos favorecido deve ser amparado de forma diversa à um outro indivíduo em situação de poder, a fim de que sejam equiparados.

Ainda, o princípio da igualdade deve ser observado perante todos os Poderes da Constituição Federal: no que se refere aos Poderes Legislativo e Executivo, é vedado criação de normas e tratamentos desiguais aos cidadãos e perante o Poder Judiciário, também se proíbe a aplicação da lei com base em diferenciação racial, de classes, de gênero (MORAES, 2017).

Desta forma, se impõe limite à todos os poderes estatais e também às relações entre os particulares, vedado a discriminação em qualquer forma. Ao Poder Judiciário, o princípio da igualdade além de tratamento das partes de forma equitativa, visa também reduzir as desigualdades existentes entre as partes, impedir que ocorra durante o processo.

Sendo assim, conforme observa Paulo e Alexandrino (2015), é assegurada a igualdade na lei e a igualdade perante à lei. A primeira é dirigida ao legislador, que não pode fazer nenhuma discriminação no ato de elaboração das normas, e a segunda se dirige aos intérpretes da lei, para que não ajam com arbitrariedade.

Portanto, trata-se acima de tudo, de respeito à democracia. O autor apresenta exemplos que demonstram o ensinamento: racismo, a proibição de diferenças salariais, idade, cor ou estado civil, princípio da isonomia tributária, tudo isso base da democracia, prevista no artigo 1º da Constituição Federal.

2 PRISÃO, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E RECURSOS

2.1 PRISÃO PROCESSUAL

Para Nucci (2014, pág. 519), a prisão é a limitação da direito à liberdade do cidadão que pratica o tipo penal. É medida excepcional, e encontra-se regulamentada tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal, a depender da espécie de prisão, devendo ser obedecido em quaisquer delas o artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, que dita as hipóteses de prisão no Brasil.

Segundo os autores Cebrian e Eduardo (2015, pág. 319) existem duas espécies de prisão admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A primeira delas é a prisão pena, que consiste na prisão regulada pelo Código Penal para cumprimento de pena após sentença condenatória transitada em julgado, que deve obedecer ao artigo 283 do Código de Processo Penal.

A outra modalidade de prisão, ainda segundo os autores, é a **prisão processual**, que se subdivide em prisão preventiva, prisão em flagrante delito e prisão temporária, esta última regulamentada em lei própria, de n. 7.960/89, modalidades de prisões processuais que ocorrem antes da condenação definitiva, ainda durante a instrução criminal, reguladas pelo Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal que: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, que consagra o princípio da presunção de inocência, isso porque a prisão processual é exceção à esta regra, ou seja, nas demais hipóteses é necessário que haja sentença condenatória transitada em julgado para que o acusado seja recolhido a prisão.

A prisão em flagrante, primeira modalidade de prisão processual, é regulada pelo artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal e dispositivos 301 ao 310 do Código de Processo Penal, e suas hipóteses encontram-se especificamente elencadas no artigo 302 do Código de Processo Penal, que admite a prisão em flagrante nos casos em que o sujeito é flagrado de forma imediata cometendo a infração e também logo após cometê-la, nos momentos seguintes, podendo ser efetuada pela autoridade competente ou por qualquer do povo, em caráter excepcional às demais modalidades de prisão.

Segundo Cebrian e Eduardo (2015, pág. 344), a prisão preventiva, só é admitida nas hipóteses previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal, que constituem as condições para que ela ocorra. Além disso, a prisão preventiva deve ser aplicada sempre como medida excepcional, vez que as regras são as medidas cautelares diversas da prisão.

A prisão preventiva será sempre decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, nos casos em que a mesma se faça extremamente necessária, atendendo as hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, sempre que for imprescindível para a regular instrução criminal ou garantia da ordem pública. Pode ser decretada durante a audiência de custódia, quando o juiz decidir pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou ainda, mesmo que o investigado não esteja preso, quando as circunstâncias se mostrarem necessárias à aplicação da prisão. E por fim, pode ser decretada em razão do descumprimento de alguma das medidas cautelares diversas da prisão.

Importante ressaltar que a prisão preventiva será legalmente aplicada em caráter excepcional, sempre precedida de motivação do juiz que determinar a prisão preventiva, em todos os casos devendo haver indícios mínimos de autoria e materialidade do crime.

A prisão temporária, é a terceira modalidade de prisão processual, nos ensinamentos de Nucci (2014, pág. 530) e ocorre nos casos de crimes de maior gravidade, é regulada por lei própria, nº Lei 7.960/89.

A prisão temporária somente ocorrerá no curso do inquérito policial, e o artigo 1º da Lei 7.960/89 traz expressamente as hipóteses de sua decretação. É necessário que a prisão seja essencial para conclusão do inquérito policial, ainda, que o investigado não possua residência fixa, e no inciso III, necessário também que cometa um dos crimes de maior gravidade, tais como o homicídio doloso, o estupro, tráfico de drogas, quaisquer um dos crimes descritos nas alíneas do inciso III.

Ainda, a prisão temporária deve obedecer ao prazo de duração de 5 (cinco) dias, prorrogável por mais 5 (cinco), tendo em vista a excepcionalidade da medida, no entanto, para os crimes hediondos regulados pela Lei 8.072/90 o prazo de duração da prisão temporária é de 30 (trinta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta).

Encerrado o prazo previsto pela lei, o investigado deve ser solto, independente de determinação judicial, conforme enfatiza Nucci (2014, pág. 532), ou seja, o mesmo será colocado em liberdade tão logo se verifique o fim do prazo da prisão temporária.

2.2 PRISÃO PENA

Para Cebrian e Eduardo (2015, pág. 397), a prisão pena se constitui como a prisão imposta para cumprimento de pena oriunda de sentença penal condenatória transitada em julgado. Deve ser cumprida em um dos regimes admitidos pelo ordenamento jurídico, que são: regime aberto, semiaberto ou fechado, a depender do crime cometido.

A Constituição Federal prevê que ninguém será preso até que haja sentença penal condenatória transitada em julgado, exceto nas hipóteses das prisões processuais. Nesse sentido, para que o indivíduo seja recolhido à prisão para cumprimento de pena, necessário se faz que já tenha esgotados os recursos cabíveis.

Deste modo, a sentença que condenar o acusado a pena, seja restritiva de direitos ou de liberdade, deverá ser expressamente motivada, contendo o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

Ao proferir a sentença, é necessário que o Magistrado observe se o condenado já cumpriu algum período preso para que seja possível proceder à detração penal, abatendo o período em que esteve preso. O Magistrado deve determinar na sentença qual será o regime de cumprimento de pena pelo condenado, nos exatos termos da Lei de Execução Penal, em seu artigo 110.

Desta forma, conforme estabelecido por Capez (2011, pág. 387), a sentença condenatória conterà o tipo de regime aplicado ao preso: aberto, semiaberto ou fechado. O tipo de regime dependerá da pena imposta ao condenado, que deve obedecer o artigo 33 do Código Penal, que dispõe que: “ A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

O cumprimento da pena de reclusão deve obedecer as seguintes regras: crimes cuja pena seja superior à 8 anos o regime inicial será o fechado, crimes cuja pena seja entre 4 e 8 anos será o regime semiaberto e crimes cuja pena seja de até 4 anos o regime inicial será o regime aberto. Quanto à pena de detenção não haverá a aplicação do regime fechado, somente aplicáveis os regimes aberto e semiaberto.

Portanto, para que o acusado inicie o cumprimento da pena amparado nas proteções constitucionais e sempre em observância à Lei de Execução Penal, é necessário que seja obedecido o artigo 283 do Código de Processo Penal, exigindo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e ainda estejam esgotadas as possibilidades de recurso.

2.3 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O duplo grau de jurisdição é um direito concedido à todos os cidadãos que façam parte de relação jurídica processual do qual sobreveio determinada decisão. As partes tem direito à pleitear e obter uma reanálise da decisão por um órgão superior ao prolator da decisão, que certamente realizará uma nova análise de forma justa, legítima e possivelmente com julgadores de maior experiência, para sanar eventuais vícios, tendo em vista que será composta por um colegiado no Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, as partes podem recorrer à instância superior quando irrisignadas da decisão, enquanto não transitar em julgado a decisão do Juízo. No entanto, conforme observado por Pacelli (2017, pág. 405) o direito ao duplo grau de jurisdição se limita à 2ª instância dos tribunais, ou seja, não alcança os Tribunais Superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Além disso, importante ressaltar que nos casos de interposição de Recurso em Sentido Estrito e do Agravo em Execução, será permitido o juízo de retratação, hipóteses em que excepcionalmente a revisão da decisão será feita pelo mesmo julgador da decisão recorrida, nas demais hipóteses tal como a Apelação, o órgão julgador será o Tribunal de Justiça, sem previsão do juízo de retratação.

Impende ressaltar que o Código de Processo Penal veda expressamente a reforma da decisão que prejudique o acusado quando este recorrer da decisão, nos termos do artigo 617 da legislação, isso porque, caso somente a defesa recorra da decisão, o tribunal não poderá decidir pelo aumento da pena em desfavor do condenado, sempre em virtude da proteção do mesmo. Contudo, caso defesa e acusação recorram da decisão é possível que a pena seja agravada em desfavor do condenado.

Nesse sentido, importante frisar que o duplo grau de jurisdição permite tanto ao réu, quanto à defesa a revisão voluntária dos recursos, com exceção dos casos de recursos de ofício previstos no artigo 574 e incisos do Código de Processo Penal, que contém os casos de recurso de ofício admitidos no processo penal.

Desta forma, conforme Cebrian e Eduardo apontam, (2015, pág. 563) os recursos voluntários principais admitidos no processo penal são: recurso em sentido estrito, a apelação, os embargos infringentes e de nulidade e os embargos de declaração e o agravo em execução.

O Recurso em Sentido Estrito é cabível contra as decisões interlocutórias que versarem especificamente sobre as matérias elencadas no artigo 581 do Código de Processo Penal, rol este taxativo, isso porque em regra as decisões interlocutórias no processo penal são irrecorríveis. Para o RESE, cabe juízo de retratação (efeito regressivo), sem que a matéria passe para análise da instância superior.

O recurso de apelação é cabível contra as decisões condenatórias ou absolutórias, terminativas do processo de primeira instância e possui prazo de 5 (cinco) dias para apresentação da petição mais 8 (oito) dias para apresentações das razões. O juízo de admissibilidade é realizado pelo próprio julgador de primeira instância e somente após remetido para o Tribunal *ad quem*.

Quanto aos embargos infringentes e de nulidade, estes dependem da matéria sobre a qual versam, cabíveis pela defesa quando a decisão não for unânime: caso verse acerca de possível nulidade, será cabível os embargos de nulidade visando a cassação do julgado e em caso de versar sobre a matéria serão cabíveis os embargos infringentes, para obter a reforma do julgado, em segunda instância.

Portanto, o duplo grau de jurisdição traz as partes o direito de recorrer de decisão que lhe é imposta, de ver a alteração do julgado, de trazer causas de nulidade ou mesmo apontar

possíveis atenuantes não observadas. Em todos os casos, é necessário que seja obedecida a tempestividade e o cabimento do recurso, que seja obedecida o princípio da unirrecorribilidade e ainda, que se limite à revisão de fatos já trazidos no processo.

2.4 RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Recurso Especial e o Recurso extraordinário são recursos cabíveis aos Tribunais Superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente, para a reanálise da matéria de direito, ou seja, na instância superior não se analisa provas.

O cabimento do Recurso Especial está previsto no artigo 105 da Constituição Federal, inciso III, alíneas a) a c), que dispõe acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Importante frisar que o Recurso Especial em regra não possui efeito suspensivo, somente devolutivo, o que gera o cumprimento do da decisão proferida enquanto tramita os recursos para os Tribunais Superiores.

Conforme ensina Nucci (2014, pág. 854), isso ocorre porque não é de competência dos Tribunais Superiores reanalisar provas já vistas e analisadas previamente em instância inferior nos tribunais estaduais, e sim as matérias de direito, qual seja, possível decisão do tribunal que contrarie lei federal.

Quanto ao cabimento do Recurso Extraordinário, este está previsto no artigo 102 da Constituição Federal, inciso III, alíneas a) a d), que aduz:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Para o recebimento do Recurso Extraordinário, é necessário que se comprove o prequestionamento da matéria impugnada por instância inferior, demonstrar que já houve discussão da matéria pelo tribunal estadual, pois como todo recurso deve enfrentar questão controversa na instância inferior. Ainda, é necessário comprovar a repercussão geral do tema, isso porque, para que o recurso chegue ao Supremo Tribunal Federal é necessário que o tema seja de grande relevância e que demonstre sério risco à segurança jurídica, aos preceitos constitucionais.

Nos ensinamentos de Nucci (2014, pág. 856), ambos os recursos possuem caráter excepcional e se diferenciam dos demais recursos, tendo em vista que nos recursos cabíveis em segunda instância, ainda se discute a matéria de fato, o reexame de provas, possível condenação, absolvição, por exemplo e ainda permitem a interposição simultânea dos mesmos, exceção ao princípio da unirecorribilidade.

Nos recursos excepcionais levados ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, é necessário que verse sobre matérias de interesse público qual seja, a afronta à legislação infraconstitucional ou à Constituição Federal, pois os referidos Tribunais são os guardiões da lei.

3 EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 BREVE HISTÓRICO

O Código de Processo Penal brasileiro, instituído pelo Decreto Lei nº 3.689 de 1941, não possuía a proteção constitucional hoje aplicada ao processo penal brasileiro. Até o ano de 2011, além da previsão das prisões cautelares, era expressamente admitido pela lei processual penal a prisão do acusado oriunda de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado da mesma.

O artigo 393 do Código de Processo Penal, vigorava antes de 2011, com a seguinte redação:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:
I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011)

Nesse sentido, era expressa a determinação do recolhimento à prisão do acusado, assim que se desse a sentença condenatória, e no mesmo sentido vigorava o artigo 594 do mesmo diploma:

Art. 594. 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.

Desta forma, os Tribunais aplicavam a execução provisória da pena enquanto pendente recurso de apelação, tendo em vista que permitido por lei e ante a expressa autorização do artigo 637 do Código de Processo Penal, que permitia a prisão do condenado antecipadamente, haja vista a ausência de efeito suspensivo aos recursos Especial e Extraordinário. Ou seja, não se aguardava o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para recolhimento do acusado à prisão.

A Constituição Federal de 1988 ampliou as garantias do acusado, trazendo o princípio da presunção de inocência, no entanto, somente no ano de 2009 houve mudança no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, diante da impetração do Habeas Corpus n. 84.078/MG, que versava sobre o crime de homicídio privilegiado praticado pelo

paciente, que se viu ameaçado por iminente prisão tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça autorizou a prisão quando ainda pendente de recurso. No julgamento do HC 84.078, o Ministro Relator Eros Grau decidiu pela revisão do entendimento até então aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme jurisprudência:

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". [...] 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. [...] 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. (HC 84078, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-0104.

O Ministro Eros Grau se posicionou contra a execução provisória da pena e reacendeu o debate acerca da inconstitucionalidade da medida. Enfatizou que o desejo de vingança daqueles que são a favor da execução provisória da pena os tornam delinquentes. Fundamentou-se no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Desse modo, a ordem foi concedida em favor do paciente, nos termos do voto do relator, Ministro Eros Grau, quando foram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Impende ressaltar, que embora tenha havido mudança no entendimento adotado pelo Superior Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, somente no ano de 2011, com o advento da Lei 12.403, de 2011, houve a revogação expressa do artigo 593 do Código de Processo Penal, o que representou a retirada do dispositivo que permitia a execução penal antes do trânsito em julgado.

3.2 HABEAS CORPUS 126/292 SP

O entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da não aplicabilidade da execução provisória da pena sofreu alteração no ano de 2016. Neste ano, houve impetração do Habeas Corpus 126/292 SP, por paciente condenado pelo crime de roubo majorado, com habeas corpus liminarmente indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que o Habeas Corpus não poderia ser impetrado de forma substitutiva ao recurso ordinário e ainda pela possibilidade da execução provisória da pena.

O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, o qual alterou o entendimento acerca da execução provisória da pena, por sete votos a quatro. Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmém Lúcia e Gilmar Mendes votaram a favor da execução provisória da pena, e contra a execução provisória da pena votaram: Rosa Webber, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Os votos a favor da execução provisória da pena possuíam como principais argumentos: a mutação constitucional, a mudança de entendimento frente à evolução e mudança da sociedade, o aumento da criminalidade, a interposição de recursos meramente protelatórios por parte da defesa.

Além desses argumentos, foram apontados como motivos suficientes para execução provisória da pena a ausência de efeitos suspensivos dos recursos especial e extraordinário, o que impede que os mesmos venham a apreciar matéria que verse sobre a liberdade do indivíduo, e com isso, o condenado deveria ser recolhido a prisão assim que se confirmasse a condenação em segunda instância.

A possível prescrição do crime praticado ante à demora dos julgamentos dos recursos interpostos nos Tribunais Superiores também foi apontado como ponto favorável à execução provisória da pena, o que geraria a impossibilidade do Estado em punir o indivíduo condenado, vez que os recursos ficam anos na pendência de julgamento.

Portanto, em julgamento realizado na data de 17/02/2016 restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento a favor da aplicação da execução provisória da pena:

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. Habeas corpus denegado. (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

Impende ressaltar os dizeres do Ministro Marco Aurélio, que votou da seguinte forma:

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto. O caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial. Por que não é um caso à feição dessa mudança? Porque, na sentença, sem especificidade, sem limitação quanto ao recurso, assegurou-se ao paciente recorrer em liberdade. Ele o fez; o Ministério Público, não. Então, desprovida a apelação, implementou o Tribunal de Justiça não uma cautelar. Partiu para a execução – que já rotulei, com desassombro, como temporã, precoce, açodada –, determinando a expedição do mandado de prisão. Repita-se: assim o fez em cima de um recurso da defesa e presente a cláusula da sentença, não houve recurso da acusação, ensejadora da interposição de recursos – no plural – em liberdade. Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa. Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém,

hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus, muito embora também seja dado constatar que o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação. –, considerados os pressupostos de recorribilidade. Peço vênua para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário. Acompanho, Presidente, a divergência revelada pela ministra Rosa Weber. Implemento a ordem pleiteada na inicial deste habeas corpus .

Para o Ministro Marco Aurélio, a execução provisória da pena é comparada com a inversão da ordem das coisas: primeiro executa-se a pena, para depois formar o título executivo judicial, o que afronta manifestamente a Constituição Federal. Além disso, o Ministro levanta importante questão acerca do possível aumento a impetração de habeas corpus perante os Tribunais Superiores, ou seja, a medida da execução provisória da pena que visa a celeridade e o cumprimento da ordem judicial, bem como o desafogamento do Poder Judiciário seria contrariada.

Desde então, vigorou no Supremo Tribunal Federal a aplicação da execução provisória da pena do condenado em segunda instância, com a relativização do princípio da presunção de inocência, sob o argumento de que não fere o devido processo legal.

3.3 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44

O entendimento adotado no Habeas Corpus 126/292 SP, embora não tenha força vinculante, serviu como fonte jurisprudencial para diversos outros julgamentos, o que trouxe o questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que dispõe:

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.

O Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da OAB ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 no ano de 2016, visando obter a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse à afronta da execução provisória da pena ao referido dispositivo.

Houve julgamento da liminar das referidas ações, que restaram indeferidas. Desta forma, votaram a favor da execução provisória da pena e pelo indeferimento da liminar, os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmén Lúcia e Gilmar Mendes. Votaram contra a execução provisória da pena os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski.

Desta forma, a liminar foi indeferida pela maioria, com julgamento realizado na data de 05/10/2016. Os argumentos trazidos pelo Ministro Teori Zavascki para indeferir a liminar e entender pela constitucionalidade da prisão provisória demonstram o viés seguido pelos demais Ministros:

Além de considerar ausente qualquer incompatibilidade insuperável entre os termos do entendimento do Plenário no HC 126.292 e o art. 283 do CPP, penso que as demais razões intituladas pelos requerentes tampouco devam recomendar hesitações quanto à eficácia dessa interpretação. Em primeiro lugar, porque, ao contrário do que vem sendo sustentado, a decisão no HC 126.292 não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas entendimento relativo à dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, proveniente de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente. É de se reafirmar que, a partir da restauração do regramento do sistema recursal penal tradicionalmente adotado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292 (Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki), os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para as instâncias extraordinárias (art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, este último revogado pelo novo Código de Processo Civil Lei 13.105/15, o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, nos arts. 995 e 1.029, § 5º) são plenamente passíveis de serem invocados para determinar-se a imediata execução da reprimenda.

Em contrário à constitucionalidade da aplicação da execução provisória votou o Ministro Celso de Mello, que levantou as seguintes questões em julgamento:

Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência? Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal ? Até quando dados meramente estatísticos poderão

autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente? Finalmente, a prisão-pena, como sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, exige a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado. Logo, se não for hipótese de prisão em flagrante ou de prisão cautelar, não se admitirá a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, vale dizer, antes que se forme a coisa julgada penal. **Coisa julgada penal é um termo inequívoco: imutabilidade dos efeitos da sentença penal condenatória. Trânsito em julgado, portanto, significa que se tornaram imutáveis os efeitos da sentença condenatória, pela preclusão ou pelo esaurimento do legítimo exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis** – sublinhe-se “legítimo”, para bem estremá-lo do ilegítimo, enquanto abusivo ou procrastinatório. (grifo nosso)

O Ministro votou pela necessidade de observar a coisa julgada, embora vencido, assim como o Ministro Ricardo Lewandowski, ambos entendem que a mutação constitucional, a quantidade de recursos, a atribuição dos efeitos suspensivos aos recursos direcionados aos Tribunais Superiores não são suficientes para afastar o princípio da presunção de inocência, que vai até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em relação aos demais votos, vejamos:

Para evitar a consolidação de situações manifestamente injustas e ilegais, deve-se, portanto, privilegiar o entendimento colegiado desse Supremo Tribunal Federal, formado por maioria de seis votos, e que dificilmente será revertido. Isso considerando-se que (i) a Ministra ROSA WEBER sinalizou que mantém o seu posicionamento contrário à prisão após a condenação em segunda instância, a despeito de ter indeferido o habeas corpus em situação individual; e (ii) o Ministro GILMAR MENDES modificou sua posição para entender que somente cabe a prisão após o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça⁹.

O Ministro Marco Aurélio fundamentou da seguinte forma:

Reitero toda vênua ao e. Relator, reconhecendo do voto de Sua Excelência balizas de entendimento que suscita respeito e reconhecimento. Nada obstante, outra se me afigura a solução à hipótese, sem destoar da proteção à liberdade, às garantias constitucionais e ao princípio da inocência. Posto isso, voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo **à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. De consequência, indefiro a cautelar requerida.** (grifo nosso)

O Ministro Gilmar Mendes, que votou a favor da condenação em segunda instância, sustentou em seu voto a realidade vivida pelo país, a caótica criminalidade que o Brasil

enfrenta, a possibilidade de recorrer às instâncias Superiores e jamais ter a pena aplicada ao condenado. Nos dizeres do Ministro, conclui da seguinte forma:

Então, Presidente, a mim, me parece que não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que precisamos, sim, de levar em conta não só o aspecto normativo que, a meu ver, legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos, a partir do voto do Relator e aqueles que o acompanharam, como, também, levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade.

O princípio da presunção de inocência, segundo os Ministros que votaram a favor da execução provisória da pena, merece relativização, isso porque não deve servir de permissibilidade para que o condenado não seja penalizado.

O argumento utilizado pelos votos a favor da execução provisória da pena, diz respeito à exigência de ações enérgicas por parte do Poder Judiciário, ante ao aumento da criminalidade e o longo período que perdura o julgamento de recursos perante às instâncias Superiores.

Diante disso, o voto a favor da execução provisória da pena tem por base a relativização da presunção da inocência, bem como o impedimento da impunidade.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello, que votou contra a execução provisória da pena, este invocou o princípio da presunção da inocência e enfatizou que, se é proibido incluir o nome do condenado no rol de culpados antes de transitar em julgado a sentença condenatória, não seria justo que o mesmo começasse a cumprir a pena antes do trânsito em julgado da decisão, por total incompatibilidade.

Aduziu que execução provisória da pena se trata de uma “aberração jurídica”, o que fere manifestamente o inciso LXVIII da Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello concluiu da seguinte forma:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PENA DE DEMISSÃO. CABIMENTO. C.F., art. 5º, LXVIII. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO: IMPOSSIBILIDADE. C.F., art. 5º, LVII. LANÇAMENTO DO NOME DO RÉU NO ROL DOS CULPADOS ANTES DO

TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE. III. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedentes. IV. – ‘H.C.’ conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido parcialmente para que o nome do paciente seja retirado do rol dos culpados, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (HC 82.812/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei) Posta a questão nesses termos, não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o “status poenalis” do condenado. Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória. São essas as razões, Senhora Presidente, que me levam a concluir, presente o que se contém na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, que o reconhecimento da tese da “execução provisória” de uma condenação criminal (antes, portanto, do seu trânsito em julgado) significa admitir-se, com toda a vênua, uma aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal. Na realidade, somente sociedades autocráticas que não reconhecem direitos básicos aos seus cidadãos repudiam e desprezam o direito fundamental de qualquer indivíduo de sempre ser considerado inocente até que ocorra o definitivo trânsito em julgado de sua condenação penal, independentemente do caráter (hediondo ou não) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado. Concluo o meu voto, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo, peço vênua para acompanhar, integralmente, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator, e deferir o pedido de “medida cautelar”, reafirmando, assim, no que concerne à interpretação conforme do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII)

Nesse sentido, é notável que ainda existe grande divergência até que chegue ao julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, inclusive diante da situação da prisão de Luiz Inácio Lula da Silva, na data de 07 de abril de 2018 em segunda instância, para cumprimento provisório de pena, que causou imensa repercussão política e jurídica.

Portanto, no julgamento da liminar das referidas ações entendeu a Suprema Corte que, uma vez que o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário inadmitem o efeito suspensivo, a consequência da decisão de segunda instância será no sentido de início da execução provisória da pena, o que segundo os votos a favor da medida, não violaria o princípio da presunção de inocência.

O julgamento do mérito das Ações Declaratórias nº 43 e 44 fará alterações no cenário jurídico brasileiro, e ressalta-se que ainda encontram-se pendentes de julgamento de mérito das referidas ações pelo Supremo Tribunal Federal, pois só foram julgadas liminarmente.

No entanto, verifica-se que desde 2016 o entendimento tem sido alterado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir a execução provisória da pena, ante à relativização do princípio da presunção de inocência, princípio este constitucional, sob o argumento da crescente impunidade.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentou a evolução histórica da execução penal provisória, bem como os princípios que a regem. Demonstrou a força do princípio da presunção de inocência quando confrontado com a execução penal provisória.

Importante frisar que durante muito tempo até 2009 vigorou a aplicação da execução provisória após condenação em segunda instância, o que foi modificado ainda neste ano, e em 2016 voltou a ser admitido pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme demonstrado, trata-se de questão não só de evolução social, mas que requer segurança jurídica, devendo ser aplicado o princípio da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ainda não houve o julgamento de mérito acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Penal, mas verifica-se que tem sido amplamente permitida pelos Tribunais, ressaltando-se que certamente o entendimento será confirmado pela constitucionalidade da execução provisória da pena, isso porque desde o ano de 2016 vem sendo permitida a aplicação da medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. Belo Horizonte. 2018.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo penal (1941). Decreto 3.689 de 03/10/1941

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado / Alexandre Cebrian Araújo Reis. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 4.ed. Salvador 2016.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 34 ed. São Paulo: 2018.

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

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18 ed. São Paulo 2014.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21 ed. São Paulo 2017.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 21 ed. São Paulo 2013.

VICENTE, PAULO. Direito Constitucional descomplicado. 14 ed. Rio de Janeiro: 2015.

<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/stf-publica-acordao-cautelar-adcs-prisao-antecipada>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>