



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE APÓS CONDENAÇÃO EM DECISÃO DE 2ª INSTÂNCIA

Larissa Peralta de Oliveira

Rio de Janeiro
2019

LARISSA PERALTA DE OLIVEIRA

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA
DE LIBERDADE APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM 2ª INSTÂNCIA

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Lucas Tramontano
Nelson Tavares
Neli Cavalieri

Rio de Janeiro
2019

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM 2ª INSTÂNCIA

Larissa Peralta de Oliveira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ
Advogada.

Resumo – O cenário político brasileiro e as grandes operações relacionadas ao combate à corrupção, geraram na comunidade jurídica grandes discussões à cerca do cumprimento das normas relacionadas ao processo penal e à relativização de garantias fundamentais em prol da efetividade do direito penal. A essência do trabalho é abordar, especificamente, as diversas interpretações sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, levando em conta o contexto histórico nacional.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Penal. Execução. Pena Privativa de Liberdade. Trânsito em Julgado.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à possibilidade de execução de pena privativa de liberdade após decisão condenatória em segunda instância. 2. O conceito de “trânsito em julgado” de acordo com a doutrina 3. Análise histórica da posição do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade após decisão condenatória em 2ª instância dentro de um contexto de divergentes decisões do Supremo Tribunal Federal e diferentes correntes doutrinárias sobre o tema, trazendo à tona sobretudo a discussão sobre a constitucionalidade da medida. O tema torna-se atual diante da necessidade de diferenciar a análise jurídica do momento político do país.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a discutir se a execução provisória é constitucional, considerando o disposto no Art. 5º, LVII da Constituição Federal e os princípios da ampla defesa e presunção de inocência.

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença pela condenatória e o Código de Processo Penal igualmente estabelece que ninguém será preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em recentes decisões, entendeu pela constitucionalidade da medida, o que nos leva às seguintes reflexões: Quais são as posições da doutrina acerca do tema? Qual o conceito de “trânsito em julgado” à luz dos princípios constitucionais da presunção de inocência e ampla defesa? De acordo com as decisões do STF,

desde a constituição de 1988, qual é controvérsia quanto à possibilidade de execução de pena privativa de liberdade após decisão penal condenatória em 2ª instância?

Para melhor compreensão do tema é indispensável avaliar como o conceito de “trânsito em julgado” foi alterado desde o advento da Constituição de 1988, até as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão do tema na doutrina e as diferentes posições sobre a constitucionalidade da medida.

No segundo capítulo, ainda como forma de avaliar a interpretação dada aos dispositivos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, passa-se à análise dos conceitos dados pela doutrina ao “trânsito em julgado”.

O terceiro capítulo analisa, com base nas principais decisões do Supremo Tribunal Federal desde a Constituição de 1988, qual a controvérsia jurisprudencial relacionada ao tema e a evolução histórica das decisões, considerando os contextos políticos em que foram proferidas.

O artigo científico será escrito a partir de pesquisa realizada de acordo com o método hipotético-dedutivo, o objetivo da pesquisa será, portanto, responder a um conjunto de questionamentos, desenvolvidas com o fim de avaliar o seu objeto delimitado.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS NO QUE TANGE À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Como exposto na introdução do presente artigo, neste primeiro capítulo, busca-se apresentar a posição da doutrina majoritária sobre a constitucionalidade da execução de pena privativa de liberdade imposta após sentença condenatória proferida por Tribunal de 2ª instância.

As principais divergências sobre o tema estão relacionadas à interpretação dada ao conceito de trânsito em julgado à luz da Constituição Federal, à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência e à leitura dos dispositivos dos Códigos Penal e de Processo Penal relacionados à execução da pena privativa de liberdade.

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima¹, se referindo à decisão do STF no julgamento do HC nº 126.292 de 17/02/2016, que será avaliada ao longo deste artigo, entendeu que a execução provisória de pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância “[...] 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” [...].

Segundo o autor², também não há respaldo para a decisão na legislação infraconstitucional, considerando resumidamente que o art. 637 do CPP (que autoriza a execução provisória de acórdão condenatório) teria sido revogado tacitamente pela nova redação do art. 283 do CPP conferida pela Lei 12.403/11 que estabeleceu, expressamente, que ninguém será preso sem prévia condenação transitada em julgado.

No que diz respeito aos dispositivos da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92), Renato Brasileiro lembra que a Constituição Federal é expressa ao exigir o trânsito em julgado para afastar o princípio da presunção de inocência, devendo prevalecer a norma mais ampla e benéfica ao réu³.

Recentemente, no contexto do julgamento do HC nº 152.752 impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo Supremo Tribunal Federal, que ocorreu em 04 de abril de 2018, importantes criminalistas brasileiros, dentre eles Juarez Tavares, Geraldo Prado, Tércio Lins e Silva e Lenio Streck, assinaram uma nota contrária à execução de pena de prisão em segunda instância, defendendo que, em respeito à Constituição, exceto nos casos de prisão em flagrante ou provisória (temporária ou preventiva) ninguém deverá ser preso antes da sentença definitiva e o contrário representaria incomensurável prejuízo à dignidade humana.⁴

Sobre a decisão do HC nº 126.292 – São Paulo, corroborada no julgamento das ADCs nº 43 e 44, Cezar Roberto Bitencourt afirmou: “[...] Trata-se de um dia em que o Supremo Tribunal Federal escreveu a página mais negra de sua história ao negar vigência de texto constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória [...]”.⁵

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. V. Único. Salvador: Jus Podium, 2018, p. 48

² *Ibidem*, p. 49

³ *Ibidem*, p. 50

⁴ REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. *3 mil criminalistas assinam nota contra prisão após segunda instância*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/mil-criminalistas-fazem-nota-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 02 de fev. de 2019.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo. 18 fev 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terrorstf-rasga-constituicao> Acesso em: 02 de fev. de 2019

Luiz Flávio Borges D'Urso, Presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, considerou a decisão da Suprema um “Desastre Humanitário” diante dos riscos relacionados ao que entendeu ser um erro judiciário, que desconsiderou cláusula pétrea de nossa Constituição Federal em tentativa de combater impunidades.⁶

Por outro lado, em defesa da execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação em 2º grau, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292, em 17/02/2017, o Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, Fauzi Hassan Choukr, afirmou que se observados os textos protetivos de direitos humanos não vinculam a presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença, citando a Convenção Americana de Direitos do Homem e Convenção Europeia de Direitos do Homem, esclarece que ambos os textos se satisfariam com a confirmação da culpa após o devido processo legal, que em seu entendimento estaria concluído após o julgamento das questões de fato.⁷

Nestor Távora, avaliando a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, faz uma análise comparativa do que prevê a Constituição 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, entendendo que enquanto a primeira estabeleceu limite mais amplo para o estado de inocência, sendo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a segunda define o limite como o momento em que se prove a culpa do acusado.⁸

No contexto das mais recentes discussões sobre o tema, membros do Ministério Público e do Judiciário emitiram uma nota técnica, divulgada no dia 31 de março de 2018, através da qual defenderam a execução da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, sobretudo em defesa da eficiência da persecução penal e ineficácia do estado em aplicar as penas impostas e considerando, segundo os argumentos expostos, a relatividade do princípio da presunção de inocência. Sendo necessário, segundo a nota técnica, rever o que chamou de: “tradicionais conceitos dogmáticos de culpa, culpabilidade e pena, reescrevendo um panorama teórico mais realista e factível, intimamente relacionado às modernas demandas sociais e o combate à macrocriminalidade organizada”⁹.

⁶ D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Decisão do STF de antecipar cumprimento de pena é desastre humanitário*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo. 18 fev.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/luiz-durso-antecipar-cumprimento-pena-desastre-humanitario>. Acesso em: 02 fev. 2019.

⁷ CHOUKR Fauzi Hassan. Abandonai toda a esperança vós que aqui entráis: Habeas Corpus126.292. Canal Ciências Criminais, São Paulo. 24 fev. 2016. Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/abandonai-toda-a-esperanca-vos-que-aqui-entrais-habeascorpus-126-292>. Acesso em: 02 fev. 2019.

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 52.

⁹REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. *Juízes e membros do MP vão entregar ao STF manifesto por prisão após 2º grau*. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2018-mar-31/juizes-membros-mp-assinam-nota-favor-prisao-grau>>. Acessado em: 02 fev. 2019.

Diante das controvérsias geradas, Afrânio Silva Jardim¹⁰, considerando a alteração da redação do art. 283 do CPP realizada em 2011, afirma que alterou o seu entendimento sobre o tema porque não caberia ao judiciário legislar, entendendo ser expressa a previsão legal acerca da exigibilidade de sentença condenatória transitada em julgado. Para o autor, não há que se discutir a constitucionalidade do dispositivo e, portanto, da execução provisória da pena.

Afrânio Silva Jardim reflete ainda sobre a incoerência das decisões do Tribunal Superior ao permitir a execução provisória de pena privativa de liberdade, enquanto só permite a execução das penas restritivas de direito, menos graves, após esgotados todos recursos: “[...]Destarte, cabe uma indagação: como admitir a execução provisória de uma pena de prisão e não admitir tal execução de uma pena menos grave?”¹¹.

Após análise das manifestações e principais divergências da comunidade jurídica sobre o tema, é evidente que prevalece na doutrina o entendimento contrário à execução provisória de pena privativa de liberdade, sobretudo em razão das previsões legais expressas quanto à necessidade de haver sentença penal condenatória transitada em julgado. No próximo capítulo, será analisado o conceito doutrinário de “trânsito em julgado”, de forma a melhor compreender os diferentes entendimentos sobre a constitucionalidade da medida.

2. O CONCEITO DE TRÂNSITO EM JULGADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DE ACORDO COM A INTERPRETAÇÃO DA DOCTRINA

Antes de iniciar a análise do conceito de “trânsito em julgado” no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária breve contextualização da relevância da sua compreensão para a concluir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória de pena privativa de liberdade no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no rol de garantias fundamentais, art. 5º, LVII que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, o texto constitucional é expresso sobre a prevalência da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença.

¹⁰ JARDIM, Afrânio Silva *STF não pode assumir papel legislador e mudar momento de execução da pena*, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 31 de março de 2018, 7h30, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-31/afrafranio-jardim-stf-nao-virar-legislador-mudar-execucao-pena> Acesso em: 02 de fev. de 2019.

¹¹Idem.

O Pacto de San José da Costa Rica do qual o Brasil é signatário, por sua vez, prevê em seu art. 8º, “2”, que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”¹²

Em mesmo sentido, respeitando a ordem constitucional, o Código de Processo Penal prevê expressamente, em seu art. 283 com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado [...]”

Assim, constata-se que a legislação pátria é expressa ao estabelecer a necessidade de haver sentença penal condenatória transitada em julgado para a realização de juízo de culpabilidade e, conseqüentemente, aplicação de pena. Daí surge o questionamento: Se a lei é expressa ao exigir o trânsito em julgado decorre de que as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema?

Este questionamento dá origem à necessidade de previamente avaliar o conceito de “trânsito em julgado” na doutrina brasileira, para só então apreciar os posicionamentos jurisprudenciais divergentes acerca da constitucionalidade da execução provisória de pena.

No processo penal o conceito de “trânsito em julgado” não ficou delimitado na Constituição Federal ou em Lei infraconstitucional.

Diante disso, a doutrina distingue a coisa julgada formal da material. Ocorrendo a coisa julgada formal quando não houver mais possibilidade de recurso e a material quando a decisão de mérito é imutável ainda que em outro processo. Só fazendo coisa julgada material no processo penal a sentença absolutória.¹³

Rogério Sanches Cunha¹⁴, ao tratar do conceito de trânsito em julgado no processo penal, defende que não pode ser emprestado do Código de Processo Civil aquilo que o Código de Processo Penal não definiu. Por esta razão, entende que no processo penal o trânsito em julgado está relacionado ao esgotamento da análise fática e não ao esgotamento de todos os recursos, argumentando que esse é o entendimento adotado em diversos países democráticos. O autor destaca ainda que, se considerado o entendimento pela necessidade de esgotamento de recursos, o trânsito em julgado seria inalcançável no processo penal, uma vez que existe a possibilidade de requerer revisão criminal.

¹² CIDH. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em:

(https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 02 fev. 2019.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*; 10. Ed. Rio de Janeiro: JusPodium, 2016, p.222.

¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Execução provisória da pena*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodium.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>> Acesso em: 02 fev. 2019.

Portanto, para Rogério Sanches é viável a execução provisória após a condenação do réu em segunda instância, considerando o conceito mais restrito de “trânsito em julgado”, adotado pelo autor.

Cezar Roberto Bitencourt¹⁵, por sua vez, afirma que: “[...] Trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de qualquer natureza. [...]”.

Em mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima¹⁶, defende que a coisa julgada é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, ordinário ou extraordinário, com ou sem efeito suspensivo. O autor entende, portanto, que o caráter extraordinário do recurso interposto não afeta o conceito de trânsito em julgado.

Como ficou demonstrado, da análise dos conceitos de “trânsito em julgado” aceitos por todos autores anteriormente citados, é majoritária na doutrina a posição que defende a necessidade de esgotamento das vias recursais, independentemente da natureza do recurso e a matéria sobre a qual recai. Segundo a doutrina majoritária, criar novo conceito de “trânsito em julgado” seria contrário ao conceito de culpabilidade adotado pelo estado democrático de direito.

3. ANÁLISE HISTÓRICA DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste terceiro capítulo será feita análise dos argumentos de alguns ministros nas decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Habeas Corpus 68.726/1991¹⁷, 84.078/2009¹⁸, 126.292/2016¹⁹, sendo estes os três momentos em que a Suprema Corte brasileira firmou entendimento sobre a execução “provisória” de pena privativa de liberdade, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

O tema foi avaliado pela corte pela primeira vez em 1991 no julgamento do HC nº 68.726/1991. Na ocasião, o Ministro relator Neri da Silveira²⁰ defendeu a execução provisória

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 76

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. V. Único. Salvador: Jus Podium, 2018. p. 49

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 68.726. Relator: Neri da Silveira.

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=164198> >. Acesso em: 24 fev. 2019

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.078. Relator: Ministro Eros Grau.

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >. Acesso em: 24 fev. 2019

¹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavaski.

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >. Acesso em: 24 mar. 2019

²⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC nº 68.726. Relator: Neri da Silveira.

da sentença penal condenatória confirmada em 2º grau de jurisdição considerando o disposto no art. 669 do Código de Processo Penal²¹, bem como defendendo diferenciação entre caso julgado (a sentença com trânsito em julgado) da coisa julgada. O relator entendeu que há coisa julgada quando ainda cabe recurso da decisão condenatória, mas a mesma pode ser executada, por terem se esgotado os recursos ordinários. Na ocasião, por votação unânime, a Corte decidiu pela constitucionalidade da execução provisória da pena.

Sobre o entendimento exarado pelo STF em 1991, faz-se necessário destacar que o dispositivo do Código de Processo Penal de 1941²² é anterior à Constituição Federal de 1988, e vai de encontro ao princípio fundamental da presunção de inocência por ela privilegiado. Ressalta-se ainda o contexto histórico em que foi proferida a decisão do HC nº 68.726/1991.

Proferida sete anos após fim da ditadura militar no Brasil e três anos após ter entrado em vigor a Constituição de 1988, a decisão do Supremo Tribunal Federal estava inserida em contexto de redemocratização e heranças do autoritarismo vivido no país, como demonstra texto do dispositivo do Código de Processo Penal utilizado como embasamento pelo Ministro relator.

A jurisprudência da Corte só foi alterada em 2009, no julgamento do HC nº 87.078/2009, tendo prevalecido o entendimento por quase vinte anos.

O Ministro Eros Grau²³ (relator) destacou em seu voto que os artigos da Constituição Federal e da Lei de Execuções Penais²⁴ (art. 105, art. 147 e art. 164), que estabelecem expressamente a necessidade do trânsito em julgado da decisão, se sobrepõem aos dispositivos do Código de Processo Penal, temporal e materialmente, porque estão de acordo com a ordem constitucional e são posteriores ao CPP.

Nesse sentido, argumentou que, no que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas da Corte interpretavam o art. 147 da LEP em consonância com a Constituição Federal, afastando a possibilidade de execução provisória, citando diversos julgados e, portanto, se vedada a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade, mais grave,

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=164198> >. Acesso em: 24 fev. 2019

²¹ Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 07 abr. 2019.

²² Publicado durante o Estado Novo (1937-1946) tendo como base o contexto histórico autoritário vivido na época, que não partia da presunção de inocência do acusado, vigorando a necessidade de estar preso para recorrer de decisão condenatória.

²³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau.

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> >. Acesso em: 24 fev. 2019

²⁴ Idem. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm >. Acesso em: 07 abr. 2019.

enquanto não sobrevier título condenatório definitivo, entendimento diverso além de inconstitucional representaria flagrante violação do princípio da isonomia.²⁵

Ao voto do Ministro Eros Grau sucedeu-se o voto do Ministro Menezes Direito²⁶, que, ao defender a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, argumentou inicialmente que a redação da Constituição Federal não vedaria a aplicação da pena, uma vez que a análise de questões fáticas se encerra com o julgamento dos recursos ordinários. O Ministro conclui seu raciocínio inaugurando argumento que perpassou quase a totalidade dos votos dos Ministros que se manifestaram a favor da medida nos julgamentos ora analisados, afirmando que, se os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, o ordenamento jurídico não veda a execução antes do trânsito em julgado.

Também contrário à medida, o Ministro Celso de Melo²⁷ destacou o caráter extraordinário da prisão cautelar, ressaltando que ela não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação, não havendo nessa modalidade de prisão a ideia de sanção. Nesse sentido, a execução de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado, utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, subverteria a finalidade da prisão preventiva, resultando em grave comprometimento ao princípio da liberdade.

Em sentido contrário, a Ministra Ellen Gracie²⁸ argumentou que a presunção de inocência é substituída pelo juízo de culpabilidade, ainda que não definitivo, e que o mesmo deve corresponder ao compromisso entre o direito de defesa da sociedade e a salvaguarda dos cidadãos contra o poder do Estado. Nesse sentido, entende que apesar de ser grande conquista democrática, a presunção de inocência não pode servir à impunidade.

Neste ponto, no que diz respeito à suposta impunidade apontada pela ministra, destacamos que a edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgada pelo Ministério da Justiça em junho de 2016²⁹, informava que a população carcerária do Brasil possuía 726,7 mil presos, mais que o dobro do que possuía 2005, quando o estudo

²⁵ Idem. *HC n. 88.413*, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006; *HC n. 86.498*, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006; *HC n. 84.859*, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004; *HC 84.587*, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; *HC 84.677*, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; *HC 84.741*, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau.

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 24 fev. 2019

²⁹ LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, *Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN*: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasília, atualizado em 2016, 2017.

começou a ser realizado. Naquele ano, o Brasil tinha 361,4 mil presos, de acordo com o levantamento. O estudo mostrou ainda que do total da população encarcerada, 40% são presos provisórios, segundo o estudo, desenvolvido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

Portanto, mesmo após a decisão da Corte Suprema, no período de 2009 a 2016, a população carcerária continuou crescendo, e não foram impedidas as prisões antes do trânsito em julgado da sentença, considerando que 40% dos presos não haviam sido julgados.

O Ministro Marco Aurélio³⁰, em voto objetivo, acompanhou os Ministros que concederam a ordem e propôs reflexão quanto à violação do direito à liberdade do indivíduo, afirmando que se perdida a liberdade de ir e vir, na hipótese de revisão da decisão não será possível devolver ao indivíduo a liberdade perdida.³¹

Em 2009 o STF firmou, por sete votos a quatro, entendimento pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. Sendo, da nossa análise, clara a alteração de cenário em que as decisões de 1991 e 2009 foram prolatadas e a necessidade de revisão do entendimento da Corte, como se deu. Passa-se então à análise dos votos dos Ministros do STF no julgamento do HC nº 126.292 de 2016, que alterou a posição do Tribunal.

O Ministro Teori Zavascki³², em defesa da constitucionalidade da execução provisória, ressaltou em seu voto a importância de haver equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional, levando em conta a sociedade como um todo, e concluindo que o grande número de regras e princípios individuais garantidores da liberdade previsto na legislação brasileira demonstram o quão distantes estamos do processo penal em que o acusado deve comprovar a sua inocência, fazendo comparativo com Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, que permitem a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Diante do comparativo, relevante destacar dado recente sobre a garantia dos direitos humanos à população carcerária no Brasil. Entre os dias 5 e 12 novembro de 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e sobre a população carcerária concluiu³³:

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 24 fev. 2019

³¹ *Ibidem*.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 mar. 2019

³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *CIDH conclui visita ao Brasil*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp>>. Acesso em 24 mar. 2019.

[...] e. A população carcerária, a quem o cerceamento da liberdade se soma à privação de direitos, como o acesso à saúde, a condições dignas de higiene, a receber visitas íntimas em situações adequadas. [...]

[...] O presídio Jorge Santana está em condições extremas de operação. A Comissão Interamericana denuncia este lugar como uma das piores prisões de toda a América.[...]

Feitas essas considerações, eventuais comparativos com legislações estrangeiras devem levar em conta também o comparativo entre a realidade de cada um desses países, o que, no entanto, não é objeto do presente artigo.

O Ministro Luiz Roberto Barroso³⁴ analisou o art. 5º, VII da Constituição Federal³⁵ e argumentou que não há no texto vedação à prisão, mas ao juízo de culpabilidade antes do trânsito em julgado. O Ministro citou também a necessidade de combater a impunidade dos crimes de colarinho branco, demonstrando a influência do momento político do país sobre a decisão da Corte.

O Ministro Marco Aurélio³⁶ manteve seu entendimento, e em complemento citou proposta de Emenda Constitucional do então Ministro do STF Cezar Peluso, que tratava do tema, e não foi aceita pelo legislativo, questionando assim a competência do judiciário para tratar do tema.

O Ministro Celso de Mello³⁷ citou importante estatística relacionada ao número de recursos providos pelo STF desde 2006, que havia sido destacada pelo Presidente da Corte no julgamento da ADPF nº 14/DF:

Disse Vossa Excelência, então:

(...) De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.

Os números citados pelo Ministro Marco Aurélio, demonstram que os argumentos ligados à efetividade do direito penal, privilégio das esferas ordinárias, bem como o risco

³⁴ Ibidem.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

³⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavaski.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 mar. 2019

³⁷ Ibidem.

considerado pequeno de existirem prisões embasadas em decisões equivocadas, não se confirmem.

Por fim, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski³⁸ defendeu a taxatividade do dispositivo constitucional, destacou que nos julgamentos da ADPF nº 347³⁹ e do RE nº 592.581⁴⁰ ficou assentada a falência do sistema penitenciário sendo incompatível adotar medida que aumente o encarceramento diante deste cenário, destacando os números relacionados à população carcerária brasileira.

O Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, em 2016, decidiu então alterar o posicionamento da Corte para autorizar a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.

Em 2018, o tema voltou a ser avaliado, quando do julgamento do HC nº 152.752⁴¹ impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que ganhou grande repercussão. No que tange a este julgamento, não destacaremos os votos dos Ministros, considerando que foi mantido o entendimento firmado em 2016 e encontrar-se a argumentação relacionada aos fundamentos desta decisão destacada quando da análise das decisões dos recursos anteriores.

Por fim, destaca-se a existência de duas Ações Diretas de Constitucionalidade que requerem o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a execução de pena ao trânsito em julgado de decisão penal condenatória, ADC nº 43⁴² (proposta pelo Partido Ecológico Nacional – PEN em maio de 2016) e ADC nº 44⁴³ (proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB) que deverão ser julgadas ao longo do corrente ano, podendo gerar nova alteração do entendimento da Corte Suprema.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 mar. 2019

³⁹Idem. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 24 mar. 2019

⁴⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019

⁴¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC nº 152.752. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 24 mar. 2019

⁴² Idem. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 24 mar. 2019

⁴³ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 24 mar. 2019

CONCLUSÃO

Da análise realizada nesta pesquisa, constatou-se que há grande divisão da doutrina e jurisprudência acerca do tempo.

Objetivamente, a divisão se dá entre aqueles que defendem a medida como garantia da ordem pública e da efetividade do direito penal, sobretudo em cenário de seletividade dos julgamentos brasileiros, buscando garantir também a punibilidade dos chamados “crimes de colarinho branco”, e aqueles que não concordam com a execução provisória da pena em razão de existir vedação expressa na Constituição Federal.

Compreendido o conflito, da análise realizada, conclui-se, sobre os argumentos relacionados aos riscos à persecução penal em razão do tempo necessário ao julgamento dos recursos, que não são questões afetas à constitucionalidade da execução provisória da pena. Essas questões deveriam ser solucionadas não através de decisões da Corte Suprema que contrariem à ordem constitucional, mas em eventual reforma do ordenamento jurídico e das normas de processo penal. Competindo ao legislativo, através dos representantes eleitos pelo povo, a alteração das leis, em respeito ao princípio do devido processo legal.

Diante disso, entende-se que, qualquer que seja o entendimento final do STF sobre a matéria, decisão judicial que limite os efeitos de garantias individuais determinadas pela Constituição Federal, embasada em argumentos genéricos de defesa da coletividade, da ordem pública, do Estado e da sociedade, aproxima o país do autoritarismo, o que fica muito bem demonstrado da análise histórica realizada pelo Ministro Cezar Peluso, quando do julgamento do HC nº 84.078/2009.

Ora, precisa o Estado, que detém a legitimidade para punir, para suprimir garantias, de pacificar conflitos e executar sentenças, ser protegido do indivíduo que através do contrato social abriu mão do direito de exercer essas faculdades em prol da coletividade? Não são a Constituição e o Direito Penal, ferramentas para garantir a segurança dos indivíduos quanto ao exercício do legítimo poder de punir pelo Estado?

Não é o objetivo desta pesquisa desconsiderar por completo questões relacionadas à efetividade da persecução penal, à defesa dos direitos da coletividade ou do Estado. Mas levantar a reflexão sobre os riscos existentes quando se relativiza direitos individuais assegurados pela Constituição Federal, em nome da proteção da persecução penal, sobretudo se considerada a história do Brasil e a prevalência de períodos em que foi governado por regimes autoritários.

Considera-se impossível avaliar o tema sem levar em consideração que a Constituição Federal de 1988 representa resposta, justamente, ao último período autoritário da história do país, vivido durante 21 anos.

Conclui-se a pesquisa, portanto, entendendo que a execução provisória da pena é inconstitucional, considerando haver previsão expressa na Constituição Federal que veda a realização de juízo de culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença, em respeito ao princípio da presunção de inocência, bem como há previsão expressa sobre o início da execução somente após o trânsito em julgado na Lei de Execuções Penais e no Código de Processo Penal.

Entende-se ainda que, qualquer outro entendimento dependeria de analogia, como se observou dos votos dos ministros nos julgamentos afetos ao tema. Ocorre que, a *analogia em malam partem* é vedada no Direito Penal, não podendo ser aplicada para a restrição de direitos. Justamente o que ocorre quando se defende a execução provisória de pena utilizando-se das previsões relacionadas à prisão cautelar. Evidenciando-se mais uma vez a inconstitucionalidade da medida.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo. 18 fev 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bitencourt-dia-terrorstf-rasga-constituicao> Acesso em: 02 de fev. de 2019

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. V. 1. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 76

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.726*. Relator: Neri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=164198>>. Acesso em: 24 fev. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau.

Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em:
 24 fev. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavaski.
 Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em:
 24 mar. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 68.726*. Relator: Neri da Silveira.
 Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=164198>>. Acesso em:
 24 fev. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Teori Zavaski.
 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso
 em: 24 mar. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 592.581*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski
 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>.
 Acesso em: 24 mar. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 152.752*. Relator: Ministro Edson Fachin
 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso
 em: 24 mar. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio.
 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso
 em: 24 mar. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio.
 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso
 em: 24 mar. 2019

CIDH. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em:
 (https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 02
 fev. 2019.

CHOUKR Fauzi Hassan. *Abandonai toda a esperança vós que aqui entráis: Habeas Corpus 126.292*. Canal Ciências Criminais, São Paulo. 24 fev. 2016. Disponível em:
<http://canalcienciascriminais.com.br/abandonai-toda-a-esperanca-vos-que-aqui-entrais-habeas-corpus-126-292>. Acesso em: 02 de fev. de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Execução provisória da pena*. Disponível em:
 (<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-pena/>.)
 Acesso em: 02 fev. 2019.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Decisão do STF de antecipar cumprimento de pena é desastre humanitário*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo. 18 fev.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/luiz-durso-antecipar-cumprimento-pena-desastre-humanitario>. Acesso em: 02 de fev. 2019.

JARDIM, Afrânio Silva *STF não pode assumir papel legislador e mudar momento de execução da pena*, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 31 de março de 2018, 7h30, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-31/afranio-jardim-stf-nao-virar-legislador-mudar-execucao-pena> Acesso em: 02 de fev.de 2019.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, *Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN*, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasília, atualizado em 2016, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. V. Único. Salvador: Jus Podium, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *CIDH conclui visita ao Brasil*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp>>. Acesso em 24 mar. 2019.

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. IBCRIM - Boletim 277 – Dezembro 2015. Disponível em: (https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria). Acesso em: 02 fev. 2019.

REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. *3 mil criminalistas assinam nota contra prisão após segunda instância*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/mil-criminalistas-fazem-nota-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 02 de fev. de 2019.

REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. *Juízes e membros do MP vão entregar ao STF manifesto por prisão após 2º grau*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-31/juizes-membros-mp-assinam-nota-favor-prisao-grau>. Acessado em: 02 de fev. de 2019.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10.ed. Salvador, Bahia: Ed.JusPodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 222; LOPES JUNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*, p. 921; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, p. 693-694; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*, p. 534, POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*, p. 1192-1193 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*, p. 298.