

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA RELATIVIZAÇÃO
FRENTE AO JULGAMENTO DO HC 126.292 DO STF**

**THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND ITS
RELATIVATION BEFORE THE JUDGMENT OF HC 126.292 OF THE STF**

LUANA OLIVEIRA CARDOSO

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio
Carlos de Teófilo Otoni/MG, Brasil.

E-mail: luaplc0908@gmail.com

RAYANE RAINER ALMEIDA

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio
Carlos de Teófilo Otoni/MG, Brasil.

E-mail: rayanerainer07@gmail.com

ERICA OLIVEIRA SANTOS GONÇALVES

Bacharel em Direito, especialista em Direito Processual, Advogada e Professora de
Direito Penal e Processo Penal da Universidade Presidente Antônio Carlos –
Faculdade de Direito de Teófilo Otoni/MG, UNIPAC.

E-mail: erica.almenara@gmail.com

Recibdo: 09/07/2022 Aceite:01/08/2022

Resumo

Este trabalho possui como escopo analisar a constitucionalidade do HC 126.292 do STF, frente ao Princípio da Presunção de Inocência, uma vez que o habeas corpus admite a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, ou seja, pendente recurso especial ou extraordinário. Para tanto, buscou-se o conceito do princípio da presunção da inocência e culpabilidade, os tipos de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de execução provisória da pena e uma análise sobre este tema nos últimos anos dada pelos tribunais

superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal. Notou-se que ainda nos dias de hoje há defensores da execução da pena somente após o trânsito em julgado e defensores da execução provisória da pena, o que justifica a importância do presente artigo. Assim, foi feita uma pesquisa em sites e artigos acadêmicos, bem como busca na legislação penal e processual penal sobre a execução antecipada da pena, além de entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Palavras- chaves: princípio da presunção de inocência; execução provisória; prisão; entendimentos jurisprudenciais.

Abstract

This work has the scope to analyze the constitutionality of HC 126.292 of the STF, against the Principle of Presumption of Innocence, since the habeas corpus admits the provisional execution of the sentence in the second instance, that is, pending special or extraordinary appeal. In order to do so, the concept of the principle of presumption of innocence and culpability, the types of precautionary arrests existing in the Brazilian legal system, the concept of provisional execution of the sentence and an analysis on this subject in recent years given by the superior courts, in especially the Federal Supreme Court. It was noted that even today there are defenders of the execution of the sentence only after the final judgment and defenders of the provisional execution of the sentence, which justifies the importance of this article. Thus, a search was made on websites and academic articles, as well as a search in criminal legislation and criminal procedure on the early execution of the sentence, as well as jurisprudential understandings of the higher courts.

Keywords: principle of presumption of innocence; provisional execution; prison; jurisprudential understandings.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, pois abarca diversos direitos fundamentais, dispõe acerca da Presunção da Inocência no seu artigo 5º, inciso LVII. Esse princípio reza que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Outros dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro também abarcam tal posicionamento, como é o caso do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal vem proferindo diversas decisões sobre a possibilidade ou não da prisão de um determinado réu sem o trânsito em julgado definitivo o que causa um verdadeiro alvoroço na doutrina e entre os brasileiros. Uma das decisões mais polêmicas foi o HC nº 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016, que decidiu ser constitucional a execução provisória da pena.

Seguindo os princípios constitucionais, contudo, tem-se que a decisão prolatada é inconstitucional e o trabalho em tela possui como principal objetivo abordar os fundamentos contra e a favor dela, e ao final demonstrar sua inconstitucionalidade.

A decisão proferida pelo STF mais recente acerca do tema foi o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43, 44 e 54, e até o presente momento é o entendimento adotado pelos tribunais superiores e pela doutrina, que confirma a impossibilidade da prisão antecipada, sendo possível apenas nos casos de prisão cautelar.

Assim, o estudo em síntese se justifica no âmbito social, acadêmico e também pessoal, uma vez que interfere em todas essas esferas. Para tanto foi realizado uma pesquisa em livros de direito, sites jurídicos e entendimentos dos tribunais superiores.

2 REVISÃO DE BIBLIOGRÁFICA

2.1 O princípio da presunção de inocência

O Princípio da presunção da inocência, também chamado de princípio do estado de inocência ou da situação jurídica de inocência ou ainda da não culpabilidade, possui previsão no art. 5º, LVII, da Constituição Federal “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Todavia, a maior parte da doutrina entende que a nomenclatura correta do princípio em tela é princípio da presunção de inocência. De acordo com o Ministro Celso de Mello:

Mostra-se importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, a significar que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância (ou por qualquer órgão colegiado de inferior jurisdição), ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixa de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT): “O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a idéia de que o acusado fosse, em princípio, inocente). Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (STF, Tribunal Pleno, Rel.

Teori Zavascki, HC
126.292/SP).

O princípio da presunção de inocência também possui previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo 11:

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (DUDH, 1948).

Assim, no Processo Penal, todo acusado é presumido inocente até a eventual sentença condenatória transitar em julgado. Em verdade, como aponta Eugênio Pacelli de Oliveira (2008), é preferível o uso da expressão situação jurídica de inocência, porque a inocência não é presumida, ela já existe desde o nascimento do indivíduo, persistindo até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A respeito desse princípio, Guilherme de Souza Nucci aponta as seguintes características:

Confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão. [...] Outras medidas restritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais [...] Integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu [...] reforça, ainda, o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente alcançará aquele que for efetivamente culpado. Finalmente, impede que as pessoas sejam obrigadas a se auto-acusar, consagrando o direito ao silêncio (NUCCI, 2008, p. 76).

Por meio desse entendimento, percebe-se que o Princípio da Presunção de Inocência é base para outros princípios e dele decorrem diversos direitos, como o de não ser o acusado considerado culpado antes do trânsito em julgado definitivo, por regra. Todavia, a restrição da liberdade é possível, antes da sentença condenatória desde que em situações excepcionais, no caso das prisões cautelares.

Conforme o art. 312 do CPP:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar

a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Além disso, a própria Constituição faz uma ressalva quanto a prisão do acusado antes da sentença condenatória, prevista no art. 5º, LXI, da CP/88, que diz: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Dessa forma, passa-se a análise das prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que são a exceção a regra do princípio da presunção de inocência.

2.2 Modalidades de prisões cautelares

2.2.1 Prisão temporária

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2008), a prisão temporária tem como objetivo “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de uma apuração de infração penal de natureza grave”. Logo, ela só pode ser arbitrada durante a investigação criminal seja ela policial ou em outras formas de apuração delitiva, conforme redação do art. 1º da Lei nº 7.960/89 e art. 283 do CPP.

Para decretação dessa modalidade de prisão é necessário conjugar as hipóteses do art. 1º da Lei nº 7.960/89:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes.

O inciso III traz um rol taxativo de crimes graves, além da Lei nº 8.072/90 ter acrescentado os crimes hediondos e equiparados. Ademais, o prazo para duração da prisão temporária é de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias, mediante decisão judicial fundamentada em extrema e comprovada necessidade (art. 2º da Lei nº 7.960/89) e, no caso de crimes hediondos ou equiparados 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias

seguindo os mesmos critérios. Além disso, para sua decretação é preciso requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial e o juiz tem 24 horas para decidir acerca do pedido (art. 2º da Lei nº 7.960/89).

Esgotado o prazo da prisão temporária o investigado deve ser liberado, com ou sem alvará de soltura, salvo se já tiver sido decretada a sua prisão preventiva (§ 7º da Lei nº 7.960/89).

2.2.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar de natureza processual que decorre de decisão judicial, com previsão no Código de Processo Penal e se difere da prisão temporária por poder ser decretada tanto na fase de investigação criminal quanto na fase de ação penal, além disso, é possível a sua decretação de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público no curso da ação penal (art. 311 do CPP). Outra diferença é que não há prazo mínimo de duração previsto em lei, entretanto a prisão deve ser revista no prazo de 90 em 90 dias, exceto em casos de organização criminosa em que o prazo será de 120 dias para encerramento da instrução criminal, prorrogáveis por mais 120 dias (art. 22, p.u, da Lei nº 12.850/13).

Assim, a prisão preventiva é uma prisão provisória ainda que não há uma condenação com trânsito em julgado de natureza cautelar, onde visa assegurar a harmonia da ordem social ou da ordem econômica, o êxito da produção de provas, ou a efetiva aplicação da lei penal. “Os requisitos para prisão preventiva estão dispostos no art. 312 do CPP, a saber:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. §1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Nesse teor, o STF reconhece como ilegais as prisões decretadas com base na

gravidade abstrata do delito, na periculosidade presumida do agente, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa ou na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC nº 95.483/MT).

Ademais, o art. 313 do CPP trata das circunstâncias que legitimam a prisão preventiva:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. **§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.**

Vale ressaltar ainda que a prisão preventiva possui caráter provisório e só é válida enquanto houver necessidade de custódia cautelar (ALVES, 2019).

2.2.3 Prisão em flagrante

Prisão em flagrante é “a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal” (NUCCI, 2008).

O flagrante pode ser facultativo ou obrigatório. O primeiro, dá-se por qualquer pessoa do povo, que não é obrigada a efetivá-lo; o segundo, é possível às autoridades policiais e é hipótese de cumprimento de dever legal (ALVES, 2019).

São espécies de prisão em flagrante, de acordo com o Código de Processo Penal, flagrante próprio (art. 302, I e II), quando o agente está cometendo o crime ou acaba de cometê-lo; a hipótese de flagrante impróprio (art. 302, III), quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir que ele é o autor da infração; e ainda, há a hipótese de flagrante presumido (art. 302, III) que ocorre logo após a prática do crime, mesmo que sem

perseguição, é encontrado instrumentos do crime que façam presumir ser o agente autor do delito criminoso.

2.3 Entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores em relação a execução provisória ou antecipada da pena privativa de liberdade

Inicialmente, importante destacar o significado de execução provisória ou antecipada da pena. De acordo com Leonardo Barreto Moreira Alves (2019), trata-se da possibilidade de o condenado, na pendência de recurso especial ou extraordinário ser levado a prisão, isto é, antes do trânsito em julgado definitivo.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 637 prevê expressamente a execução provisória “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”. Assim, é possível a execução da pena privativa de liberdade em segunda instância, mesmo que pendente estes recursos.

Outro dispositivo legal que corrobora com essa previsão é o art. 2º da Lei de Execuções Penais, nº 7210/84 “esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) editou duas súmulas a respeito do tema, a saber: súmula 716 “admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” e súmula 717 “não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), editou a súmula 267, que diz “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a resolução nº 19, de agosto de 2006, que tratava do tema da execução provisória da pena (ALVES, 2019).

Em que pese todos os dispositivos legais supracitados, a doutrina majoritária possuía o entendimento de que a execução provisória violaria o princípio da presunção de inocência e culpabilidade. Por essa razão, o STF, proferiu no HC nº 84078/MG, por

7 (sete) votos a 4 (quatro), em 05/02/2009, que a execução provisória seria ilegal, pois feria o art. 5º, LVII, da Constituição Federal:

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

ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida (STF, 2009).

Entende-se a partir da leitura da ementa que, tendo em vista a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência, a execução provisória só poderia se dar de maneira excepcional, nos casos de prisão cautelar.

Seguindo essa tendência, o STJ proferiu julgamento no mesmo sentido da decisão do STF, ainda no ano de 2009, afastando a aplicação da súmula 267. No mesmo sentido, o CNJ cancelou a resolução nº 19/06 (ALVES, 2019).

Nesse prisma, no ano de 2010, o STF asseverou em mais um julgado que “a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência” (HC nº 99717/DF, j. 09/11/2010).

Todavia, em 2016, o Pretório Excelso mudou seu entendimento jurisprudencial e passou a admitir no julgamento do HC nº 126292/SP, por 7 (sete) a 4 (quatro) votos, a execução da pena provisória a partir de decisão condenatória em segunda instância. A partir desse momento, o STF voltou a seguir os dispositivos do art. 637 do CPP, art. 2º da LEP, súmulas 716 e 717 do STF, 267 do STJ e a resolução 19/09 do CNJ.

2.4 A relativização do princípio da inocência frente ao HC 126.262 do STF

Conforme ementa do HC nº 126292/SP, julgado em 17 de fevereiro de 2016:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. 1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). 2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade,

quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. 3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. 4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: **“A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade (STF, 2016)”**

Assim, diante do entendimento fixado é constitucional a execução provisória da pena a partir da decisão prolatada. O STF visou a partir daí a celeridade processual, bem como evitar a prescrição, uma vez que nenhuma garantia constitucional é absoluta e o princípio da presunção de inocência não pode servir como obstáculo para o cumprimento de pena fixado em segunda instância. Além disso, com a decisão exarada recursos protelatórios não possuem mais o objetivo de evitar o imediato cumprimento da pena (ALVES, 2019).

Em contrapartida, deve-se levar sempre em consideração que a prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória se dá apenas em caráter excepcional, casos relativos à prisão preventiva, de acordo com o art. 312 do CPP.

Logo, a pena pode ser executada após o acórdão penal condenatório proferido em apelação, independentemente se a sentença foi absolutória ou condenatória, isto é, não é necessário que aja dupla condenação, mas que exista condenação em apelação e oferecimento de recurso sem efeito suspensivo (ALVES, 2019).

Todavia, o Ministro Celso de Mello, no HC nº 135.100, em 04 de julho de 2016,

concedeu liminarmente ordem para suspender a execução provisória de pena imposta a acusado pelo TJ/MG com o entendimento de que seria inconstitucional. O ministro Ricardo Lewandowski também concedeu liminarmente ordem em habeas corpus a um ex-prefeito, para suspender a execução provisória da pena, sob o mesmo argumento, HC nº 135.752/PB. Acerca da última decisão, o ministro Luiz Edson Fachin, relator do HC em tela, determinou o retorno do ex-prefeito à prisão (STF, HC nº 135.752/PB).

Ainda no ano de 2016, em 05 de outubro, o STF, por 6 (seis) a 5 (cinco) votos, reiterou o entendimento sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, com o fundamento no art. 283, do CPP:

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 do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Em que pese a decisão prolatada, outras decisões foram tomadas, em caráter monocrático, em desacordo com as ADC's. Em 19 de dezembro de 2018, o Ministro Marco Aurélio, ao fundamento de que havia injustificada demora para o julgamento da ADC nº 54, deferiu liminarmente a suspensão da execução de pena provisória e a libertação dos que tinham sido presos sem trânsito em julgado. Contudo, no mesmo dia, o presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, sob o argumento de que a decisão do relator iria causar grave lesão à ordem e segurança pública com a soltura de milhares de condenados, suspendeu a medida e os efeitos da decisão do Ministro Marco Aurélio (STF, 2018).

O caso mais polêmico acerca da execução provisória se deu em 04 de março de 2018, quando o plenário do STF negou a ordem por 6 (seis) a 5 (cinco) votos, no HC 152.752, ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que buscava impedir a execução provisória diante da decisão proferida em segunda instância, o que permitiu o cumprimento da pena em 07/04/2018. Acontece que em 08/07/2018, o Desembargador plantonista Rogério Favreto, concedeu a ordem de habeas corpus para liberar o ex-presidente, sob o fundamento de existência de novo fato que justificasse sua liberdade, isto é a sua nova candidatura. Todavia, João Pedro Gebran

Neto, relator dos processos da operação “lava jato”, negou a decisão e em seguida, o Desembargador Presidente do TRF-4, Carlos Eduardo Thompson Flores, decidiu de acordo com a decisão do relator, mantendo a prisão (ALVES, 2019).

Ademais, vale ressaltar que o próprio STF decidiu no HC nº 144.908/RS, julgado em 23 de junho de 2017, que a execução provisória da pena não cabe em caso de pena restritiva de direito, uma vez que só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (STF, 2017).

No mesmo sentido, o STF também decidiu que nas condenações pelo Tribunal do Júri, não é preciso aguardar julgamento de recurso em segundo grau para que ocorra a execução da pena, sob o fundamento da soberania dos veredictos (STF, informativo nº 922), bem como, em decisão monocrática proferida em 11 de dezembro de 2018, o Ministro Luiz Edson Fachin, decidiu que se o regime inicial da pena não é o fechado, a execução provisória não é cabível (ALVES, 2019).

Finalmente, em 07 de novembro de 2019, no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, o STF mudou seu entendimento novamente por 6 (seis) a 5 (cinco) votos. Conforme as ementas das ADC's:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória(ADC nº 43 do STF).

Esse foi o entendimento mais recente adotado, que tornou inconstitucional a execução provisória da pena, nos termos do art. 283 do CPP que estabelece que é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para prisão.

Dessa forma, pode-se concluir pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena que só será possível nos casos elencados no art. 312 do CPP, em respeito ao Princípio Constitucional da Presunção da Inocência.

3 CONCLUSÃO

O estudo em síntese abordou o julgamento do HC 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, pela maioria de votos. Por meio dele, o Pretório Excelso promoveu uma mudança de paradigma na sua jurisprudência, no que se tange à possibilidade de execução provisória da pena, matéria que já havia sido abordada em julgamentos anteriores e que até os dias de hoje causa polêmica no âmbito jurídico.

Ao negar a ordem de habeas corpus na decisão, o STF entendeu que o início da execução da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, não ofende o princípio da presunção da inocência. A decisão mudou completamente o entendimento do último julgamento no ano de 2009, em que condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, com exceção aos casos de prisão cautelar abordados no presente artigo.

Conforme o entendimento do relator, o ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena. Assim, a presunção da inocência se dá até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, é o réu passa, então, a presumir-se culpado.

No que tange a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do HC 126.292, foi possível compreender que o habeas corpus é de fato considerado inconstitucional, uma vez que fere a norma constitucional. Isso porque, atualmente, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43, 44 e 54, pode-se afirmar tal entendimento, pois é o que ficou determinado desde o ano de 2019, sendo o último entendimento adotado acerca do tema pela Suprema Corte.

Observou-se no entanto que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal está passível de mudanças e que, em que pese o último julgado sobre a execução provisória da pena, daqui meses ou anos o Pretório Excelso pode mudar de opinião e causar novas instabilidades jurídicas. Ainda, é possível que Ministros, de forma monocrática, tomem decisões ao contrário do que foi estabelecido e vice versa, demonstrando assim um verdadeiro “jogo de cadeiras político”.

Todavia, mesmo diante de tantas polêmicas acerca do tema, o posicionamento final do trabalho é que a Constituição Federal deve ser respeitada e em caso de

dúvidas deve ser vista sempre como a norma primária ser seguida, mediante todos os conhecimentos adquiridos no curso de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Processo penal: para concursos de técnico e analista. 8. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil; 1988. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de out. de 1941. Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator: Min. Teori Zavascki; 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 99.717/DF, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ricardo Lewandowski; 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17535355/habeas-corpus-hc-99717-df/inteiro-teor-103753249>. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 135.100/SP, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso Limongi; 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6128715/habeas-corpus-hc-135100-sp-2009-0080471-7-stj/relatorio-e-voto-12265511>. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.483/MT, Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_95483_MT__1257952986969.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1650045386&Signature=fQpFavBfLloqAtJr%2Fz6MKyfRwXo%3D. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 144908/RS, Tribunal Pleno, Relator: Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6545124/habeas-corpus-hc-144908>. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 8.4078/MG Tribunal Pleno, Relator: Min. Eros Grau; 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº54/DF; 2019. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>.

Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº43/DF; 2019. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>.

Acesso em 15 de abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº44/DF; 2019. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598#:~:text=Surge%20constitucional%20o%20artigo%20283,a%20culpa%20em%20virtude%20de>. Acesso em 15 de abril de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Unic, 2009. Disponível em: <https://brasil.un.org/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2022.