

EXECUÇÃO DA PENA APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

THE ENFORCEMENT OF THE SENTENCE AFTER CONVICTION UPHELD ON APPEAL

Jhosy Hemely Lorenzato¹

Rafaela de Campos²

RESUMO

O presente artigo destina-se a discutir e observar a mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, antes de fevereiro deste ano de 2016, levava o réu a prisão somente após trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, o novo entendimento admite o início da execução da pena com decisão condenatória proferida em Segunda Instância, independentemente se o réu recorrer ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, por alguma questão constitucional ou federal, por meio dos Recursos Extraordinário e Especial, respectivamente, isso porque não possuem efeito suspensivo e dizem respeito apenas a questão de direito, diferentemente dos outros recursos, que versam sobre questão de fato e provas.

Palavras-chave: Apelação. Prisão. Trânsito em Julgado da Sentença

ABSTRACT

This article is intended to discuss and observe the change in the jurisprudence of the Supreme Court, that before February 2016, took the defendant to prison only after final judgment of conviction. However, the new understanding admits the beginning of the enforcement of the sentence with conviction upheld on appeal, whether the defendant goes to the Supreme Court or High Court of Justice by any constitutional or federal issue, through what is known as *Extraordinary and Special Appeals*, respectively, because they did not have suspensive effect and discuss only a question of law, unlike the other appeals that deal with fact and evidence.

Keywords: Appeal. Prison. Transit in Judged of Sentence

¹ Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

² Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como “Constituição cidadã” prevê, dentre outros direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a presunção de inocência, ou da não culpabilidade, nos termos do art.5º, inciso LVII.

O objetivo precípua de tal dispositivo constitucional é se evitar arbitrariedades do Estado, quando do exercício de seu poder de polícia, ou de punir.

Nesta perspectiva, quando o debate jurídico versa sobre a possibilidade da execução provisória da sentença condenatória de cunho criminal, em que há a restrição da liberdade do réu, direito fundamental que só pode ser restringido pelo Estado observado o devido processo legal e os demais princípios constitucionais que amparam o cidadão contra arbitrariedades estatais, imprescindível o enfrentamento e interpretação do supracitado princípio.

Tendo em vista que o dever de zelar pela harmonia e pela devida aplicação da Constituição Federal compete ao Supremo Tribunal Federal, a nossa Suprema Corte já enfrentou por diversas vezes o tema e, ao longo do tempo, vem mudando seu entendimento jurisprudencial no tocante à possibilidade da execução provisória da pena com a confirmação pelo segundo grau de jurisdição da sentença condenatória proferida em primeira instância.

Arelado a esse tema, discute-se a atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário em sede de matéria criminal, conforme analisaremos ao longo do presente artigo.

Recentemente, em julgamento histórico ocorrido em fevereiro de 2016, a Corte alterou novamente sua jurisprudência, dando nova conformação ao princípio da presunção de inocência frente ao ordenamento jurídico.

2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SEM O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

Os recursos existem como uma garantia as partes, seja autor ou réu, requerente ou requerido, reclamante ou reclamado. Eles são assegurados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, prevendo que “aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.³

O recurso cabível em determinada decisão ou sentença pode ser considerado como um conforto, uma esperança a parte sucumbente, visto que ele pode vir a alterar, reexaminar, modificar aquilo que foi julgado por determinado magistrado ou Tribunal. Neste sentido, quando uma das partes interpõe recurso, é porque, aquilo que ela considera ser um direito seu, não foi dado.

No que tange a matéria processual penal não é diferente, principalmente por envolver um direito fundamental, a liberdade, inerente a todos os indivíduos, seja ele mulher ou homem, branco ou negro, brasileiro ou estrangeiro, cristão ou ateu. Desse modo, quando falamos no antagonismo prisão e liberdade, já prevemos que algo irá satisfazer apenas uma das partes do processo, ativa ou passiva.

O juiz de Primeira Instância pode, observando os parâmetros legais de determinado artigo do Código Penal, ao proferir sentença condenatória ao réu, aplicar pena privativa de liberdade (que pode ocorrer em diferentes regimes: aberto, semiaberto, fechado – previstos no artigo 33 do Código Penal⁴) ou restritiva de direitos (previstas no artigo 43, do referido código), por ter cometido algum ato ou fatotipificado como crime.

Posteriormente, inconformado o acusado com essa determinada sentença condenatória, pode interpor recurso de apelação (o artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal diz que “caberá apelação: das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular”⁵) em Segunda Instância, remetido ao Tribunal competente, seja o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, no prazo de 5 (cinco) dias.

No momento da interposição da apelação, que possui dois efeitos – devolutivo e suspensivo - mesmo que o réu tenha sido condenado e a execução de sua pena deveria iniciar desde logo, isso não acontece. Isso porque, no momento em que o acusado entra com o recurso supracitado, suspende-se a execução e não pode ser preso até o seu julgamento. O efeito suspensivo da apelação tem respaldo no artigo 597 do Código de Processo Penal e ele termina se negado provimento ao recurso da defesa ou no momento em que for proferido o acórdão, no caso da apelação ser conhecida e submetida a julgamento.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988

⁴ BRASILEIRO. Código Penal (1940). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 06 jun. 2016.

⁵ BRASILEIRO. Código de Processo Penal (1941). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 06 jun. 2016.

Com efeito, se o Tribunal competente opta por contrariar o réu, declarando-o culpado, será expedido mandado de prisão e ele iniciará a execução de sua pena, independentemente se ingressar com Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF) ou Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Independentemente porque, após decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 126.292⁶ (remédio constitucional que tratou do caso de um ajudante geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado), em fevereiro deste ano, o acusado será levado à prisão mesmo sem transitar em julgado sua condenação, ou seja, mesmo que tenha interposto recurso ao STF ou STJ, não será fato impeditivo para dar início a execução de sua pena.

Essa nova decisão alterou a jurisprudência da Corte e os fundamentos que levaram a essa recente mudança foi que, os Recursos Especiais e Extraordinários não possuem efeito suspensivo e, ainda, só se examinam matéria de direito (Recurso Especial versa sobre conflito, divergência na aplicação ou interpretação de lei federal; e Recurso Extraordinário sobre conflito, divergência na aplicação ou interpretação da Constituição Federal), diferente dos outros recursos, que analisam fatos e provas. Deste modo, diante desses argumentos, torna-se possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Todavia, as jurisprudências da Corte, até o julgamento do Habeas Corpus supramencionado, entendiam que o réu só poderia ser levado a prisão se o processo não fosse mais passível de recurso (irrecorrível). Isto é, interpor recurso no STJ ou STF era um meio de impedir a execução da pena pelo acusado, que só seria preso depois do trânsito em julgado da sua condenação.

Tecnicamente, essa recente decisão trouxe divergências e repúdio entre os operadores do direito, dentre os próprios ministros do Supremo e os defensores dos acusados em processos criminais, visto que, com a prisão sem o trânsito em julgado, o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) teria sido violado e afrontado, pois o texto constitucional prevê que, só se reconhece a culpa de determinada pessoa depois de transitada em julgado a sua condenação. Consequentemente, a ausência de sentença irrecorrível para que inicie a execução de pena pode levar diversas pessoas inocentes para a cadeia, uma vez que é comum e

⁶ HC 126292. HABEAS CORPUS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em 06 jun. 2016.

reincidente o judiciário errar, podendo, inclusive, ocorrer indenização por erro judiciário, por força do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”) e, ainda, violação ao fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 5º, X, da Constituição Federal - “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”), pois o acusado será submetido a uma situação de repulso pela sociedade, principalmente no momento em que encaminhado a prisão.

Antes da inédita decisão do HC 126.292, dizia o ilustre ministro do STF, GILMAR FERREIRA MENDES (2013, p. 526)

Não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade o cumprimento da pena que não esteja fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado. Essa tese foi acolhida pelo Plenário da Corte no julgamento dos HC (Rel. Min. Eros Grau, j. 5-2-2009) e HC 83.868 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16-4-2009), onde se concluiu que a execução provisória da pena, sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, era atentatória ao princípio da não culpabilidade, consagrado no texto constitucional.

Todavia, como observado e ressaltado acima, esse posicionamento está ultrapassado e foi, inclusive, contrariado pelo voto do ministro supracitado, juntamente com os votos dos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Já a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, votaram para manter a decisão antiga, para que assim, a execução da pena acontecesse somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

3 REPERCUSSÃO DO JULGADO NA SOCIEDADE

O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal teve suas aprovações e reprovações, e a sociedade brasileira tende a compartilhar e aceitar essa nova ideia. O maior motivo disso são os altos índices de criminalidade no país.

Os cidadãos esperam sempre alguma coisa, seja do poder executivo, legislativo ou judiciário. Portanto, levar alguém preso, para a sociedade, mesmo que seja antes do trânsito em julgado, é provar a existência da justiça e não dar margem a impunidade.

Pesquisa realizada pela Secretaria de Segurança Pública do Governo do Estado de São Paulo, no ano de 2015, aponta que, a criminalidade, especificamente no nosso Estado, não é algo que vai terminar ou diminuir, principalmente ao que se refere os crimes dolosos contra a vida eo patrimônio. Foram 3.758 homicídios; 87.308 roubos (à banco, carga e veículos) e 110.690 furtos só de veículo, todos constatados no ano passado.⁷

São esses motivos que provocam descontentamentonas pessoas e por isso, a maioriadelas, tendem a apoiar a nova decisão do Supremo como algo positivo e a seu favor. E, não restam dúvidas de que essa mudança da jurisprudência que até então era consolidada foi devido a esse inconformismo social, ou seja, de tanto a sociedade suplicar por medidas eficazes que levassem os criminosos a pagar pelo que cometeu, os ilustríssimos Ministros resolveram optar e caminhar pela mudança.

A sociedade brasileira confia no judiciário e o elege como aquele que busca o bem-estar da coletividade, a justiça, a paz social, repudiando e não tolerando todo e qualquer tipo de crime. Porém, egoistamente, ela pensa apenas no seu lado e nos direitos que detém, esquecendo que os acusados também são possuidores de direitos e garantias, sendo todos previstos no mesmo texto: Constituição Federal.

Concluímos, portanto, que o Supremo Tribunal Federal tomou a atitude que a sociedade esperava, isto é, colocar o réu na cadeia o mais rápido possível para sofrer a punição merecida.

4 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Um dos pontos a ser ressaltado é a superlotação das cadeias brasileiras. É fato notório que o sistema carcerário brasileiro é caótico e passa por grandes crises. O número de presos aumenta e as celas diminuem a cada dia.

Presos em flagrante, preventivamente e temporariamente, na maioria das vezes, permanecem encarcerados por tempo muito maior do que aquele previsto em lei. O que contraria a própria Constituição Federal e os direitos humanos, pois, segundo ela, o acusado não pode iniciar a execução de sua pena enquanto estiver pendente de julgamento, até porque não se tem a certeza de que cometeu fato tipificado como crime.

⁷ PÚBLICA. Secretaria de Segurança. Dados estatísticos do Estado de São Paulo. Disponível em <<http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/Mapas.aspx03-06-2016>>. Acesso em 03 de junho de 2016.

Isso tudo acontece porque o Poder Público não se importa com aqueles que cumprem pena privativa de liberdade. Há um descaso total com os presos brasileiros, como por exemplo a falta de investimento e infraestrutura nos presídios e a falta de celeridade dos processos judiciais.

O Brasil é signatário de inúmeros tratados, dentre eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Em no seu artigo 10, nº 1, diz que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”. Ainda, o nº 3, prescreve que:

O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

Não restam dúvidas que o Brasil não cumpre aquilo que assinou e ratificou, pois, uma penitenciária com celas superlotadas, sem o mínimo de dignidade e estrutura, não tem possibilidade alguma de ressocializar e reabilitar seus presos. Tudo isso gera revolta aos prisioneiros e o sistema penitenciário se transforma em uma grande escola de crimes, pois aquele que estava ali com uma intenção, com o passar do tempo nesse local tão precário e desumano, convivendo com diversos tipos de pessoas, inclusive as que são perigosas, pode acabar contribuindo com a criminalidade.

Se pensarmos por esse lado, a decisão proferida no HC 126.292 pelo STF não considerou que o acusado pode sim ser absolvido nos Recursos Extraordinário e Especial, ou ainda, aquele recurso de apelação que foi negado provimento, permitindo a execução da pena, pode ter sido objeto de um erro. Se isso realmente ocorrer e durante a interposição de um dos recursos citados o réu for considerado inocente, levaríamos para a prisão alguém que não era culpado pela prática do crime e foi preso injustamente. Além disso, passaria a viver precariamente, ocupando mais um lugar dentro da prisão (que já são pouquíssimos), podendo, inclusive, se revoltar e tornar-se um criminoso. E o tempo, um dos bens mais preciosos que nós, seres humanos possuímos, perdido atrás das grades, jamais será ressarcido e ninguém pagará por essa injustiça.

Assim, isso tudo poderia ser evitado se o Judiciário fosse mais rápido, eficaz e condizente nas suas atitudes.

5 DO JULGAMENTO DO HC 126.292

Até 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia pela possibilidade de execução provisória da sentença condenatória confirmada em Segunda Instância. Contudo, desde o julgamento do HC 84078, no ano de 2009, o entendimento da Corte passou a ser no sentido da não execução provisória da pena mesmo com a confirmação da sentença de primeira instância pelo juízo ad quem, permitindo que o réu permanecesse em liberdade até o trânsito em julgado da sentença, ressalvado os casos em que era cabível a prisão preventiva.

Isso significa dizer que, em sede de apreciação de Recurso Especial e recurso extraordinário, atribuía-se uma espécie de efeito suspensivo para o cumprimento da decisão, cuja pena só podia ser executada após o seu trânsito em julgado, preservando-se o princípio da presunção da inocência.

Ocorre que, no dia 17 de fevereiro de 2016, o STF mudou novamente sua jurisprudência no tocante à execução provisória da pena a partir da decisão de segunda instância.

Em sessão histórica, realizada na referida data, sob a Presidência do senhor Ministro Ricardo Lewandowski, a Suprema Corte, por maioria de votos, denegou provimento ao HC 126292, permitindo-se a execução provisória da pena a partir da confirmação da sentença de primeira instância pelo Tribunal de segunda instância, antes de seu trânsito em julgado.

O caso que culminou no referido julgamento foi de um réu condenado pela prática de crime de roubo majorado (art. 157, parágrafo 2º, I e II do Código Penal) à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, com direito de recorrer em liberdade, que teve seu recurso de apelação improvido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ocasião em que foi determinada a expedição de mandado de prisão contra o réu. Em face de tal ordem o paciente impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça (HC 313.021 SP), que, por sua vez, indeferiu o pedido de liminar constante nesse remédio constitucional.

Contra esta decisão o paciente impetrou, então, o HC 126292, sendo que, em que pese o deferimento da medida liminar no sentido de suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente em sede do recurso de apelação, no seu julgamento o Plenário do STF, denegando o HC e revogando a liminar, desenvolveu o novo entendimento tratado no presente artigo.

Em seu voto, o relator, senhor Ministro Teori Zavascki, inicialmente, delimitou as problemáticas relativas ao tema:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (HC 126292.ZAVASCKI, 2016, p. 4-5)

Nas folhas seguintes enfrentou a problemática por ele ressaltada, expondo, assim, as razões de seu voto.

Segundo ele, a presunção de inocência do réu prevalece até o momento da confirmação pela segunda instância da sentença condenatória prolatada pelo juízo de primeiro grau. Isso porque, até o referido momento processual há a possibilidade de rediscussão da matéria fático-probatória, devendo subsistir a aplicação do princípio da não culpabilidade, ou seja, até a confirmação da sentença do juízo a quo pelo juízo ad quem, em observância também ao princípio do duplo grau de jurisdição, pode-se dizer que ainda se está em discussão elementos como a autoria e a materialidade do delito.

Contudo, os recursos extremos cabíveis contra a decisão de segundo grau, quais sejam Recurso Especial e recurso extraordinário, não permitem a mera rediscussão dos fatos e das provas, já que não configuram expressão do princípio do duplo grau de jurisdição.

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (HC 126292. ZAVASCKI, 2016, p.10)

Nesta perspectiva, o senhor ministro relator Teori Zavascki, defende que a execução provisória da pena não violaria o princípio da não culpabilidade, entendendo pela possibilidade desta.

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento

de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. (HC 126292. ZAVASCKI, 2016, p.11-12)

Conforme se extrai do supramencionado trecho do voto do relator, ele, para ratificar seu entendimento de não violação ao princípio da presunção de inocência quando da execução provisória da pena em sede de Recurso Especial e extraordinário, utiliza inclusive como exemplo a Lei Complementar 135 de 2010, que permite que o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Ademais, o ministro Teori Zavascki ainda fundamenta que a retomada da jurisprudência da Corte anterior a 2009 em atribuir apenas o efeito devolutivo aos recursos especiais e extraordinários seria a melhor forma de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado, pelas razões apontadas.

Merece destaque, por outro lado, a consideração explanada pelo excelentíssimo relator sobre a ocorrência de eventuais equívocos:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. (HC 126292. ZAVASCKI, 2016, p. 19)

Para ele, os eventuais equívocos e controles de injustiça serão combatidos com concessão de medida liminar utilizada com o fito de conceder efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário ou com a impetração de habeas corpus, não deixando os réus desamparados junto ao Poder Judiciário, quando houver ofensa aos seus direitos.

Haja vista toda fundamentação acima exposta, o voto do senhor ministro relator Teori Zavascki foi pela denegação da ordem de habeas corpus, com a consequente revogação da liminar anteriormente concedida.

Seu voto foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

O ministro Edson Fachin considerou que ao se interpretar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, cuja qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não se pode dar a ela caráter absoluto, in verbis:

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. (HC 126292. FACHIN, 2016, p. 21-22)

Já o ministro Luís Roberto Barroso, para acompanhar o voto do relator, justificou a possibilidade de execução provisória da sentença a partir da apreciação da segunda instância, em breve síntese, conjugando três fundamentos jurídicos: que a nossa Magna Carta condiciona a culpabilidade, e não a prisão, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; que a presunção de inocência é princípio, e, por possuir tal natureza, pode ser aplicado em maior ou menor intensidade a depender do caso analisado, ponderando-se sua aplicação frente aos demais princípios que venha com ele colidir; que com o acórdão condenatório em segundo grau põe fim as instâncias ordinárias, de modo que a execução provisória da pena, em regra, passa a ser exigência de ordem pública.

Apontou também três fundamentos pragmáticos:

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. (HC 126292. BARROSO, 2016, p.28)

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, acompanhando o relator, faz uma análise interessante sobre o instituto da coisa julgada. Segundo ele, confirmada em segundo grau a sentença condenatória e cessada a discussão sobre a matéria de fato, a parte dessa sentença que trata do mérito torna-se imutável, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro admite a coisa julgada em capítulos.

Nas palavras do Senhor Ministro:

Mas a verdade é que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional. E isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, recentemente, que se admite a coisa julgada em capítulos. Admite-se a coisa julgada em capítulos. As ações devem ser interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado. Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento. (HC 126292. FUX, 2016, p. 59)

Desse modo, para ele, a execução da pena a partir da confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição não fere o princípio da presunção da inocência, pois a parte que trata dos fatos já transitou em julgado nesse momento processual.

A senhora Ministra Cármen Lúcia afirmou que compactua como o entendimento exaurido pelo relator e que inclusive em outras oportunidades em que o tema havia sido discutido pela Corte fora foto vencido. Interpreta o dispositivo constitucional em debate de forma que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, mas que isso não impede a prisão, isto é, a execução provisória da pena, porque esta não afetaria o princípio da presunção de inocência.

O Ministro Gilmar Mendes é também a favor da execução provisória da pena no âmbito dos recursos especial e extraordinário. Segundo ele:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (Recurso Especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. (HC 126292. MENDES, 2016, p. 68)

O último voto a ser destacado a favor da mudança de entendimento pelo STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena quando não há mais a possibilidade de rediscussão da matéria fático-probatória é o do Ministro Dias Toffoli, cujo voto foi no mesmo sentido da fundamentação do relator e dos votos dos demais ministros até então sucintamente analisados.

Seguindo linha de raciocínio oposta, a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, votaram pela concessão do Habeas Corpus e, consequentemente, entenderam pela manutenção do efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, não cabendo execução provisória da sentença, sendo, pois, vencidos.

A ministra Rosa Weber defendeu em seu voto a jurisprudência firmada pelo STF a partir de 2009, opondo-se a mudança de entendimento naquela ocasião.

O ministro Marco Aurélio, ao ir contra o voto do relator do HC em comento, asseverou que para ele o art. 5º, LVII, da Constituição da República não permite interpretações. Aliás, nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho de seu voto:

Peço vênica 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. (HC 126292. MARCO AURÉLIO, 2016, p. 79)

O senhor Ministro Celso de Mello, 2016, p. 80, ressaltou em seu voto, que o princípio da presunção de inocência “representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”, sendo direito fundamental de toda e qualquer pessoa.

Desta feita, de acordo com o ilustre ministro, quando se afasta a possibilidade da execução provisória da condenação criminal antes do trânsito em julgado, o que se faz é preservar tal direito fundamental, que é previsto não somente na Constituição Brasileira, como também em diversos outros textos constitucionais e convenções internacionais, sendo que o seu desrespeito seria incompatível com o regime democrático.

Concluindo seu voto, salienta:

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. (HC 126292. MELLO, 2016, p. 95)

O senhor Ministro Presidente Ricardo Lewandowski também votou pela concessão do Habeas Corpus em tela, no sentido da não possibilidade da execução provisória da pena, assim como já havia se manifestado quando proferiu seu voto no HC 84.078 em 2009.

Concordando com o ministro Marco Aurélio, expressa que não vê como se ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional que literalmente diz que a presunção de inocência vai até o trânsito em julgado.

Concluindo seu voto, o Ministro Presidente expõe a problemática envolvendo a prisão provisória, a eventual absolvição e a impossibilidade do réu em ter seu direito de liberdade restituído nessa hipótese.

Registra, por fim, o elevado número de presos no país, confira-se:

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

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos. (HC 126292. LEWANDOWSKI, 2016, p. 101)

Portanto, feita breve análise dos pontos mais importantes do julgamento do HC 126292, o Plenário do Supremo Tribunal, por maioria de votos, denegou a ordem de Habeas Corpus, revogando-se a liminar anteriormente concedida, para que fosse mantida a decisão proferida no âmbito do HC 313.021 SP pelo Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido liminar, mantendo-se, assim, a ordem de expedição de mandado de prisão determinada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contra o impetrante.

Por sete votos a quatro, conforme acima exposto, o STF, ao fazê-lo, alterou entendimento jurisprudencial que prevalecia na Corte desde 2009.

Essa recente decisão tem gerado debates entre doutrinadores e criminalistas. Certo, porém, é que, com a respeitável decisão do STF, a execução provisória da pena condenatória passa a ser possível. A corte deixa de atribuir efeito suspensivo aos recursos extremos, permitindo-se a prisão após a confirmação da sentença condenatória pelo juízo de segundo grau, em uma nova interpretação do disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

6 PROJETO DE LEI 4577/2016

Conforme mencionado durante todo o trabalho, essa alteração da posição do Supremo Tribunal Federal, em decorrência da negativa do HC 126.292, gerou grandes discussões, a seu favor e contra.

Em decorrência desse novo fato, aqueles que não concordam, criaram um novo projeto de lei, que ainda está na Câmara dos Deputados e posteriormente passará pela apreciação do Plenário, apensado ao PL 4198-2015 (relativo aos recursos), com a proposta de que os Recursos Extraordinário e Especial possam suspender a eficácia da decisão condenatória e impeçam a execução provisória da pena⁸.

Esse projeto, se aprovado, não permitirá que o réu cumpra a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, pois os dois recursos passarão a ter efeito suspensivo e, assim, não existirá mais argumentos que possam autorizar o acusado a ser levado para a prisão antes da sentença irrecorrível.

7 CONCLUSÃO

A mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a não concessão do Habeas Corpus 126.292, passou a permitir a execução provisória da pena após decisão condenatória em Segunda Instância, ou seja, sem o trânsito em julgado. Esse foi um dos

⁸ DEPUTADOS. Câmara dos. Projeto de Lei e Outras Proposições. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078412>. Acesso em 06 jun. 2016.

assuntos mais discutidos, principalmente entre os operadores do direito. Há aqueles que repudiam e outros que aprovam.

Ao analisarmos essa mudança, resta claro que ela violou garantias processuais previstas na Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da presunção de inocência, positivado em seu artigo 5º, LVII; na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹, em seu artigo 11, nº1 (“toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”); e ainda, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁰, no artigo 14, nº 2 (“toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”).

Neste sentido, é evidente que os senhores Ministros, ao tomarem esse posicionamento desfavorável ao réu, não levaram em conta os direitos que este possui. Pensaram apenas em leva-lo para a prisão, para este executar a pena e assim dar cumprimento efetivo a sentença proferida. Esqueceram, porém, de que essa pessoa pode não ter praticado o delito pelo qual é acusado.

Ressalta-se, por fim, que a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”¹¹), atualmente, tem sido relativizada, permitindo, inclusive, em sede de Habeas Corpus, a análise de provas, principalmente daquelas que são ilícitas. Isso significa que, no remédio constitucional citado, pode demonstrar ou não a existência de um fato tipificado como crime e, inclusive, levar a um resultado que inocente o réu.

Portanto, dentre todos os fundamentos percorridos durante este trabalho, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, considerado como o “guardião da Constituição”, feriu o princípio da presunção de inocência e, conseqüentemente, o direito de liberdade do réu, direito este que, teoricamente, seria inviolável, conforme previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

⁹Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 06 jun. 2016.

¹⁰Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 06 jun. 2016.

¹¹JUSTIÇA. Superior Tribunal de. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 06 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Exame da OAB 2ª fase: penal/Heráclito Antônio Mossin, Júlio César O. G. Mossin. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

PÚBLICA. Secretaria de Segurança. Dados estatísticos do Estado de São Paulo. Disponível em <<http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/Mapas.aspx03-06-2016>>. Acesso em 03 de junho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 126292 SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJE de 17-05-2016. ATA Nº 71/2016. DJE nº 100, divulgado em 16/05/2016. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em 04 de junho 2016.

DEPUTADOS. Câmara dos. Projeto de Lei e Outras Proposições. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078412>. Acesso em 06 de junho de 2016.

HOMEM. Declaração Universal dos Direitos do. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 06 de junho de 2016.

POLÍTICOS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 06 de junho de 2016.