

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Eduardo Camargo JARDIM¹
Gustavo Cardoso de SOUZA²

RESUMO: O presente artigo, tendo em vista o recente julgado realizado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 152.752, de forma a fomentar debates entre juristas no Brasil e no mundo, visa realizar um minucioso estudo acerca da execução provisória da pena após sentença penal condenatória prolatada em segundo grau de jurisdição, abordando as diversas perspectivas que norteiam o assunto em matéria constitucional, penal e processual penal, bem como sob o ponto de vista socioeconômico e suas implicações sociais para, no fim, concluir com fundamentos que apontem qual o caminho viável a ser seguido, sem que viole os preceitos consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio e os direitos humanos conquistados, que são inerentes a todo indivíduo em sua condição de sujeito de direitos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Prisão em Segunda Instância. Execução Provisória. Prisão Cautelar. Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

Em época onde os ânimos políticos estão exaltados e os mecanismos que visam acabar com a corrupção e realizar o “*jus puniendi*” dos corruptos no Brasil estão em foco, a Suprema Corte Brasileira passou a adotar novamente o entendimento majoritário favorável a antecipação da execução penal após decisão em segunda instância, trazendo esperanças ao povo Brasileiro de que, finalmente, os corruptos serão punidos sem os infinitos recursos protelatórios.

No entanto, a antecipação da pena confronta diretamente o princípio da presunção de inocência do réu, pois segundo esse, ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal condenatória. O STF adotou, durante pouco mais de 5 anos, o entendimento de que esse princípio seria absoluto e inviolável, no entanto, após o julgamento do HC 126.292, esse princípio passou a ser

¹Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. .

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. cardoso.gusta1@gmail.com .

equilibrado com a afetividade da função jurisdicional penal, sendo tal entendimento novamente reforçado no julgamento do HC. 152.752.

O presente artigo tem como objetivo esmiuçar as relações jurídicas da execução provisória da pena após condenação em segundo grau, assim como todos os princípios, modalidades e constitucionalidade com base no julgamento mais recente no STF sobre essa temática, no HC. 152.752 onde o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva figurou como réu.

No tocante à abordagem da pesquisa, foi realizada consulta exploratória bibliográfica de grandes nomes da doutrina Brasileira, legislação nacional e pesquisas on-line sobre a referente temática, para assim sustentar a tese defendida.

2. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO CULPABILIDADE X CAUTELARIDADE DA PRISÃO PROVISÓRIA

Inobstante a falta de citação explícita na Constituição, a Presunção de Inocência é um princípio de matéria processual penal e penal com valores constitucionais, estando prevista no ordenamento jurídico brasileiro através de tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário, quais sejam a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948); o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966); e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San Jose da Costa Rica (1969). Tais tratados possuem *status* jurídico de norma supralegal, estando, via de regra, abaixo das normas constitucionais, mas acima das infraconstitucionais, conforme entendimento pacificado pelo RE 466.343-SP.

Todos os tratados supracitados possuem redação similar, ao preverem que: *“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 [...]”* (Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 11.1); *“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”* (Pacto Internacional dos Direitos Cíveis, no artigo 14.2); *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”* (Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8.2).

A partir de tais previsões, há de se ponderar que toda pessoa será considerada inocente até que sua culpa seja legalmente declarada. Nesse sentido, define Renato Brasileiro de Lima como “*o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)*” (LIMA, 2019, p. 45).

Trata-se, portanto, de matéria com normatividade “em branco”, ou seja, sua aplicabilidade depende da definição processual do momento em que a culpabilidade do réu é formada, estando cada país signatário sujeito a definir tal momento de formação da culpabilidade, conforme sua legislação interna.

A Constituição Federal brasileira, no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, consagra em seu Art. 5º, LVII expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Destarte, extrai-se os entendimentos de que a não culpabilidade do réu é presumida, sendo-o inocente enquanto perdurar o curso processual e que a formação da culpabilidade em processo criminal emerge, de fato, apenas no momento em que transita em julgado a sentença penal condenatória, ou seja, quando a decisão prolatada pelo juiz competente não é mais passível de recurso, seja pela não interposição do recurso no tempo hábil ou pelo exaurimento da via recursal, ensejando, portanto, a coisa julgada para o respectivo caso concreto.

Analisando sua hermenêutica, o referido dispositivo constitucional possui literalidade clara, sendo seu texto normativo suficiente para produzir efeitos, sem que haja necessidade de maiores interpretações, de modo a desvalidar qualquer possibilidade de abertura textual significativa, sendo cabível a tal dispositivo, para tanto, apenas análises quanto a possíveis incorreções técnicas.

Portanto, à luz da CF/88 é sintomático o entendimento de que o princípio da Presunção de Inocência reveste o réu até que a sentença penal condenatória em seu desfavor transite em julgado, possibilitando, assim, a execução da pena.

2.1 A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS HIPÓTESES DE PRISÃO PREVENTIVA

Tendo a reflexão acerca da formação da culpabilidade do réu dada por satisfeita, analisar-se-á, neste momento, as hipóteses de cautelaridade previstas no Código de Processo Penal, onde se permite a prisão provisória do réu, mesmo que a Constituição o considere inocente.

Em regra, é vedado que o indivíduo que não seja declarado culpado tenha sua prisão decretada, para fins de execução da pena. Todavia, o Código de Processo Penal elenca o instituto jurídico da Prisão Cautelar, que possui três subespécies, quais sejam a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante, também intitulada prisão pré-cautelar.

Tal instituto tem como finalidade a restrição da liberdade do acusado para limitar a sua locomoção, sendo a prisão permitida em casos específicos, determinados em lei, e caso as circunstâncias fáticas não preencham tais requisitos, o réu deverá responder ao processo criminal em liberdade.

2.1.1 DA PRISÃO PREVENTIVA

Quanto ao tema aqui discutido, será pertinente apenas que se analise a prisão preventiva, bem como suas hipóteses de cabimento e seus efeitos penais e processuais.

Para que a prisão preventiva possa ser decretada, é necessário que haja a existência do binômio *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), que, em matéria penal, consiste na existência de prova do crime e indício de sua autoria, em conjunto com o *periculum in mora* (perigo da demora ou perigo de dano), sendo este a presença de risco iminente, caso a prisão não ocorra.

Ademais, o Art. 312 do CPP elenca um rol taxativo de requisitos alternativos que, caso preenchidos, possibilitam a decretação da prisão preventiva. Tais requisitos são: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; d) descumprimento de medida cautelar imposta.

O Art. 313 do CPP, com advento da Lei 12.403/11, complementou o disposto no Art. 312 ao determinar a possibilidade de prisão preventiva para: a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; b) casos em que o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença condenatória transitada em julgado; c) crimes que envolvem violência domésticas

contra mulher, idoso, criança ou adolescente, enfermo ou pessoa com deficiência, ou para garantir a execução de medidas protetivas de urgência; d) casos em que há dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo ser imediatamente solto após a identificação, salvo se cabível outra hipótese.

A partir de tais hipóteses, há de se concluir que a Presunção de Inocência não possui caráter absoluto, podendo ser relativizada em determinados e excepcionalíssimos casos em que a lei taxar, porém não estando tais requisitos preenchidos, uma eventual prisão sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória estará revestida de ilegalidade e, conseqüentemente, será uma prisão injusta para aquele que ainda é considerado, para todos os efeitos legais e constitucionais, inocente.

3. DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO PARA OS RECURSOS INTERPOSTOS AOS TRIBUNAIS DE SOBREPOSIÇÃO

Assim como outros princípios constitucionais, incluindo a Presunção de Inocência ora mencionada, o Duplo Grau de Jurisdição é um princípio que não possui base legal expressa no texto constitucional, mas está inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), que aduz em seu Art. 8, par. 2º, 'h', que "*toda pessoa acusada de delito tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*", sendo o Brasil signatário e possuindo, tão logo, *status* jurídico de norma supralegal. Ademais, é válido ressaltar que "*parte da doutrina entende que o direito ao duplo grau de jurisdição encontra-se inserido de maneira implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV) e no direito à ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV), com os meios e recursos a ela inerentes*" (LIMA, 2019, p. 1675).

O referido princípio assegura o direito de todo indivíduo, em sua condição de parte processual, ter uma revisão integral da decisão, seja em matéria de fato ou de direito, por um órgão diverso e, via de regra, de instância superior ao que a proferiu, independentemente da origem do julgamento proferido pelo juízo a quo. Ou seja, trata-se da exteriorização processual do efeito devolutivo, calcado na possibilidade de devolver ao Poder Judiciário a reanálise de uma decisão para novo órgão competente.

Inobstante, o duplo grau de jurisdição, mesmo amparado pela égide constitucional, via de regra não possui aplicabilidade para os réus com a garantia do foro por prerrogativa de função, uma vez que a depender do cargo exercido pelo acusado, não há possibilidade de se interpor recurso ordinário para reexame do conjunto fático-probatório, o que não ocorre para os recursos extraordinários, não perfazendo a garantia do duplo grau de jurisdição.

3.1 DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

Como salienta LIMA (2019, p. 1743), “*são aqueles que têm como objeto imediato a proteção e a preservação da boa aplicação do direito*”.

Sua finalidade não é calcada na proteção direta do direito subjetivo da parte no caso concreto, mas sim à proteção de seu direito objetivo, sendo significativa para o interesse de toda a coletividade, haja vista que da decisão prolatada no recurso, pode-se produzir efeito *erga omnes* quanto à existência (e aplicação) ou não do direito nele discutido. São exemplos o Recurso Especial, interposto ao Superior Tribunal de Justiça para analisar a legalidade das decisões e o Recurso Extraordinário, interposto ao Supremo Tribunal Federal para analisar a constitucionalidade das decisões.

Para firmar tal entendimento, o STJ editou a Súmula nº 07, ponderando que “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”, seguido do STF que sumulou, sob o nº 279 que “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”.

3.1.1 DO EFEITO SUSPENSIVO

Trata-se da impossibilidade de a decisão recorrida produzir seus efeitos regulares enquanto o recurso interposto não tiver sido apreciado. Destarte, entende-se que suspende a eficácia da decisão, de fato, a recorribilidade da mesma, e não propriamente a interposição do recurso. Ou seja, ainda que o recurso não tenha sido interposto, a mera possibilidade de interposição torna a decisão judicial ineficaz. Logo, se há previsão legal de recurso dotado de efeito suspensivo, a decisão recorrível será ineficaz desde sua publicação e, caso seja recorrida, tal efeito será prolongado até que o recurso seja julgado pelo juízo competente.

Em regra, não há que se falar em efeito suspensivo sobre os recursos extraordinário e especial, como prevê o Código de Processo Penal em seu Art. 637 e o Código de Processo Civil em seus Arts. 995 e 1.029.

Deste modo, durante anos foi prevalecido o entendimento jurisprudencial de que é cabível a execução provisória da sentença penal condenatória recorrível, mesmo que não fossem demonstradas quaisquer das hipóteses que autorizassem a prisão preventiva do acusado (vide tópico 2.1.1).

Sob esse aspecto, o STJ editou a Súmula nº 267, pontuando que “*a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão*”.

Para tanto, caso haja acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição contra o acusado, ainda que tivesse permanecido solto durante todo o trâmite processual, deverá ser conduzido ao encarceramento, mesmo que o processo não tenha transitado em julgado, sendo passível de análise pelos tribunais superiores. O respectivo entendimento prevaleceu por quase todo o período de vigência do Código de Processo Penal, inclusive antes da Súmula nº 267 ter sido editada.

Nada obstante, por um breve, mas considerável período no ordenamento jurídico pátrio, houve uma alteração de tal entendimento, então vigente, pelo Supremo Tribunal Federal, através do HC nº 84.078, Relator Min. Eros Grau. No julgamento, o plenário do Supremo modificou sua orientação jurisprudencial ao pontuar que a execução da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvadas as hipóteses de cautelaridade. Logo, a ausência de efeito suspensivo para os recursos interpostos aos tribunais de sobreposição perdeu sua eficácia no plano prático, pois mesmo com o duplo grau de jurisdição sendo devidamente exercido, não mais seria permitida a execução provisória da pena, sem que houvesse uma sentença condenatória transitada em julgado.

Todavia, no ano de 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do HC 126.292, alterou novamente sua orientação ao concluir, por maioria dos votos que, é possível o recolhimento do réu à prisão após acórdão penal condenatório proferido por Tribunal em segundo grau de jurisdição ao julgar determinada apelação, ainda que seja cabível a interposição de Recurso Especial ou Extraordinário e mesmo que ausentes as hipóteses de cautelaridade previstas no Código de Processo Penal, haja vista que não se trata de prisão cautelar, mas sim de execução provisória da pena, na qual teve o duplo grau de jurisdição devidamente

respeitado, não havendo que se falar em efeito suspensivo, pois, como demonstrado anteriormente, os tribunais superiores não analisam a materialidade do fato, mas apenas questões de direito (legalidade e constitucionalidade).

4. ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO CRIMINAL PROVISÓRIA E SEU ATUAL ENTENDIMENTO CONSTITUCIONAL.

Muito se discute no âmbito acadêmico/doutrinário e nos tribunais sobre a constitucionalidade da execução antecipada de pena fixada antes do encerramento das defesas penais possíveis e previstas em lei, ou seja, mais precisamente a execução provisória após o esgotamento dos recursos em segundo grau de jurisdição. Temática essa que voltou aos holofotes jurídicos e de toda a população nacional, após o recente e famoso julgamento do HC n. 152.752 que fora negado por maioria dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal o pedido da defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que pleiteava impedir essa execução provisória da após a confirmação do TRF-4 de sua condenação por lavagem de dinheiro e corrupção passiva.

Para melhor compreensão do tema, será analisado o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, fazendo estudo detalhado sobre os princípios e fundamentos que norteiam os votos da cada ministro, separando eles de acordo com a sua corrente a constitucionalidade da execução da execução provisória da pena para facilitar uma análise mais ampla e didática de cada um.

4.1. ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC. Nº 152.752.

Após avaliação dos votos dos ministros, é possível apurar que os votos foram argumentados com base no esgotamento dos mecanismos de defesa do réu e no fim da possibilidade de criação de novas teses por parte da acusação após a decisão do segundo grau jurisdicional, a impossibilidade dos tribunais superiores em analisar novamente fatos e provas do processo e no fato de que a presunção de que a culpa se é discutida e determinada em primeiro e segundo grau, sendo dessa forma respeitado o princípio da presunção de inocência do réu.

Por início, será analisado o voto do relator Ministro Edson Fachin que abriu o plenário e as manifestações favoráveis à constitucionalidade do ato, sendo o voto condutor para os demais:

“Conforme já mencionado em sede preliminar, apontou-se como ato coator, inicialmente, a decisão monocrática, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, por meio de aditamento, a defesa noticiou a superveniência, no contexto daquele Tribunal Superior, de acórdão denegatório da ordem, decisão assim ementada: “HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. Cópia HC 152752 / PR POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. I - Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. “ (FACHI; EDSON, 2019, p. 1;2).

O Min. Relator Edson Fachin usou como base para justificar a constitucionalidade da antecipação da execução da pena o voto do ministro Teori Zavascki no HC. nº 126. 292, onde, segundo ele, a suprema corte passou a adotar o entendimento de que esse ato não fere o princípio da presunção de inocência, sendo cabível o início do cumprimento da pena após os esgotamento dos recursos das instâncias ordinárias.

Seguindo o entendimento favorável à execução provisória da pena, o Min. Alexandre de Moraes ressaltou em seu voto o fato de que o entendimento da

Suprema Corte foi predominantemente favorável a essa execução durante maior parte dos anos posteriores à promulgação da Constituição de 1988:

“É importante ressaltar que, durante os 29 anos e 6 meses de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 22 anos e 6 meses.” (MORAES; ALEXANDRE, 2019, p.3).

Com isso, o ministro deixou explícito em seu voto que o entendimento contrário, onde era exigido o trânsito julgado para o início da execução, perdurou durante curto período compreendido entre o HC. 84.078 de 5 de fevereiro de 2009 até 17 de fevereiro de 2016, data da votação do HC. 126.292, onde o entendimento voltaria a se tornar favorável.

No tocante a temática do princípio da presunção de inocência, o referido Ministro salientou em seu voto que, sendo observado legalmente os princípios como o devido processo legal, juiz natural, contraditório e ampla defesa e, ainda assim, for comprovada a culpabilidade do réu em primeiro e segundo grau, a execução antecipada é uma ferramenta de satisfazer a tutela jurisdicional, não ferindo as exigências que a presunção da inocência do réu traz em seu texto constitucional:

“Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – princípio da presunção da inocência – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da presunção de inocência tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena. Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da presunção de inocência no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito

proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de competências recursais restritas e sem efeito suspensivo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.” (MORAES; ALEXANDRE, 2019, p.8).

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto oral no plenário, deixou claro que o Supremo Tribunal Federal não tem função de revisar as provas e fatos que levaram as decisões nas instâncias inferiores, mas sim a constitucionalidade dos habeas corpus impetrados contra a execução antecipada da decisão penal, observando se houve ilegalidade ou abuso de poder nestes, salientando ainda, como os ministros supracitados, que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o entendimento favorável foi predominante, destacando ainda impactos negativos que o entendimento contrário traz à sociedade brasileira, como a interposição de recursos protelatórios em forma demasiada, seletividade do sistema penal e o descrédito da população no sistema penal Brasileiro.

Ainda, esclareceu sobre o fato de a presunção de inocência ser um princípio e não uma regra que se aplique em sua totalidade, necessitando assim ser ponderada com outros princípios e valores da constituição. Com isso, após a condenação em segundo grau, não se há mais dúvida acerca da culpabilidade do réu e da materialidade do crime, retirando o peso do princípio da presunção da inocência face à efetividade do sistema penal e da ordem pública, por exemplo.

Segundo, a Ministra Rosa Weber, por sua vez, pontuou que em cenários onde a democracia é colocada em discussão devido a divisões culturais e pluralidades, compete ao Poder Judiciário interpretar a legislação assegurando a supremacia da própria constituição, tornando a decisão segura e visando o melhor para o povo.

Segundo, com relação ao princípio da presunção de inocência, a Min. destacou que a execução antecipada da pena a partir da da decisão em segundo grau não fere esse princípio:

“A reflexão que faço a respeito, todavia, diz com a minha compreensão sobre a desejável observância horizontal das decisões do Plenário, presencial e virtual, ainda que em habeas corpus, bastando lembrar que aqui se decidiu – e integrei, repito, a corrente minoritária - que a execução antecipada da pena a partir da decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado do título penal condenatório não compromete o princípio da presunção de inocência, o que não tem prevalecido ao julgamento inúmeros habeas corpus.” (WEBER; ROSA, 2019, p.18).

Por fim, afirmou que as decisões das firmadas pela turmas do Supremo Tribunal Federal alguns tópicos em seus votos, como por exemplo *reformatio in pejus*, retroatividade desfavorável ao paciente, ratificou a viabilidade da execução penal antecipada:

“Reitero, ademais, que a jurisprudência firmada no âmbito de ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao afastar os argumentos de *reformatio in pejus*, de retroatividade desfavorável ao paciente e/ou de violação ao postulado constitucional da presunção de inocência, ratificou a viabilidade da execução dita provisória da pena.” (WEBER; ROSA, 2019, p.26).

O ministro Luiz Fux pontuou que o princípio da presunção de inocência deve ser harmonizado com as demais normas e princípios previstos na constituição, visto que não é uma regra, sendo possível a prisão anterior ao trânsito em julgado, após decisão de autoridade judicial competente e que esteja devidamente fundamentada:

“O princípio da presunção de inocência encontra-se inculcado em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente.

Mais do que isso, verifica-se que o mesmo art. 5º, em que está prevista a garantia da presunção de inocência, estabelece duas normas que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. A única exigência é de que a decisão seja emitida por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada, como se extrai dos incisos LIV e LXI, cujo teor reproduzo: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXI -

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”. (FUX;LUIZ, 2019, p.14).

Dessa forma, justificou em seu voto que a presunção de inocência do réu não proíbe a execução da pena após voto do colegiado do Poder judiciário, desde que fundamentada. Assim, expressa que a prisão após a decretação de uma autoridade judiciária competente é mais robusta e fundamentada que a própria autorização da prisão em flagrante e preventiva, pois passaram por maior esmiuçamento do colegiado, bem como o contraditório e ampla defesa da forma mais abrangente possível, esgotando as teses de defesa e acusação durante o trâmite do processo:

“Ademais, o juízo condenatório, uma vez emitido pela autoridade judiciária competente, revela fundamentos muito mais robustos do que os que autorizam a prisão em flagrante ou a prisão preventiva – estas últimas calcadas em argumentos cautelares, hipotéticos e que, comparativamente com o juízo de mérito da ação penal realizado por órgão jurisdicional de segundo grau, submetem-se ao contraditório e à ampla defesa em grau muito mais reduzido.” FUX;LUIZ, 2019, p.16).

Por fim, a Ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, deu seu parecer favorável à constitucionalidade da execução antecipada da prisão após decisão condenatória em segunda instância, salientou em seu voto que esse entendimento foi durante ampla maioria de tempo passivo na suprema corte, destacando que admitir que o princípio da não culpabilidade impedir a atuação do estado pode gerar impunidade, visto que, após o exaurimento das provas em fase preliminar já garante a culpabilidade do réu, sendo possível sua prisão.

4.2 ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO HC. Nº 152.752.

Iniciando os entendimentos contrários à constitucionalidade da execução provisória no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes destacou que, após decisões anteriores da casa, essa forma de antecipação passou de uma

forma possível para um modalidade automática utilizada em todos os casos, independente da natureza do crime ou sua gravidade:

“Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores “automaticamente”, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida.” (MENDES; GILMAR, 2019, p. 3).

Por seguinte, o Ministro Dias Tofolli relata em seu voto que a antecipação da execução provisória da pena só seria possível com o esgotamento dos recursos no Superior Tribunal de Justiça, onde haveria o trânsito em julgado da culpa do réu, estabelecendo a verdade além de qualquer dúvida do razoável sobre a culpabilidade

O Ministro Ricardo Lewandowski pontuou em seu voto que o réu deve permanecer em liberdade até o esgotamento de todos os recursos cabíveis na justiça, visto que a presunção de inocência deve ter eficácia máxima até o trânsito em julgado, de acordo com a constituição.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Mello salientou, como os demais colegas, que a prisão só pode ocorrer ao final do processo, usando como base o dispositivo constitucional onde o réu não será culpado até o trânsito em julgado. Defendeu ainda que a justiça deve ser mais célere, porém sem relativizar princípios fundamentais, como o princípio da presunção de inocência do réu.

Finalizando os votos contra a execução antecipada da pena, o Ministro Celso de Mello reconheceu que a grande quantidade de recursos protelatórios na justiça, porém afirmou que não cabe ao judiciário achar lacunas para reduzi-los, visto que cabe ao legislativo decidir sobre essa temática. Como os demais, também defendeu que o princípio da presunção da inocência impede a prisão antes do trânsito em julgado, pois isso seria uma antecipação da decisão sobre a culpabilidade do réu.

6. A FALTA DE EQUIDADE SOCIAL NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO E O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER

O sistema recursal brasileiro tem sua origem histórica proveniente do Direito Romano, no qual havia uma recorribilidade ampla das decisões proferidas pelos tribunais, inclusive as interlocutórias.

O Brasil sempre disciplinou em seus vários ordenamentos jurídicos a existência dos tribunais em segundo grau, bem como os tribunais de sobreposição, de modo a garantir ampla liberdade não apenas da parte interessada obter uma possível revisão de uma decisão judicial insatisfatória, como também dos procuradores formularem diferentes estratégias processuais para garantir a possibilidade de uma prestação jurisdicional favorável ao seu interesse que está em jogo no processo, através dos diferentes instrumentos recursais previstos na legislação pátria.

Ocorre que, enraizou-se uma cultura jurídica que, para beneficiar o acusado, permite a indevida e sucessiva interposição das mais variadas espécies de recursos, com intuitos meramente protelatórios, muitas vezes com a verdadeira finalidade de beneficiar o réu com a prescrição da pretensão punitiva ou executória, haja vista que a última causa interruptiva do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena se dá com a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis (Art. 117, IV do CP), sendo, portanto, uma estratégia da defesa frente à morosidade da atuação dos tribunais superiores.

Em que pese tal prática ser rotineira nos ambientes judiciais, este tipo de conduta tende a beneficiar apenas os acusados dotados de maior prestígio econômico, levando-se em conta de que os recursos cabíveis aos tribunais de sobreposição possuem alto custo de demanda, fazendo com que, no plano prático, o acesso integral à justiça seja nada equânime, desfavorecendo os réus hipossuficientes.

7. CONCLUSÃO

Diante dos fatos e fundamentos supracitados, há de se ponderar que a execução provisória da pena após sentença condenatória prolatada em segunda instância, embora se mostre adequada para que se tenha uma efetividade da função jurisdicional penal, possui óbice na esfera constitucional, pois, ainda que haja o efetivo exercício do duplo grau de jurisdição, incumbido de analisar a materialidade delitiva

do fato e, não havendo que se falar em efeito suspensivo para os recursos demandados aos tribunais superiores, a Constituição Federal é clara ao definir que a culpabilidade do acusado só emerge com o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo, portanto, inocente enquanto não cessarem completamente as atividades processuais. Deste modo, a prisão em segunda instância viola flagrantemente o texto constitucional, inserido no rol de direitos fundamentais, que possui *status* normativo de cláusula pétrea (Art. 60, §4º da CF), não podendo ser suprimido sob a vigência da atual constituição.

Para tanto, o único meio viável que assegure a eficácia dos preceitos que amparam a possibilidade de execução provisória da pena, se dá através do Poder Legislativo, sendo cabível a instauração de uma Proposta de Emenda Constitucional visando convocar assembleia constituinte para se criar nova Constituição Federal que altere o entendimento acerca da formação de culpabilidade do acusado, sem que haja supressão dos Direitos Humanos conquistados no decorrer da história e dos Direitos Fundamentais consagrados em importantes pactos internacionais, nos quais o Brasil é signatário e não pode se desvincular destes, sem que haja malefício do povo brasileiro.

Por fim, há de se concluir que, embora seja o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, qualquer atitude positiva exercida pelo Poder Judiciário em favor da execução provisória da pena anterior ao trânsito em julgado do processo criminal constitui claro ativismo judicial dotado de inconstitucionalidade frente ao ordenamento jurídico vigente no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGERTT, Guilherme Santiago Menezes. *Da execução criminal provisória após segundo grau de jurisdição e sua (in)constitucionalidade*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71868>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2º Edição, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
. Acesso em 20 ago. 2019.

CARVALHO, Juliana Alves de. *Exercício abusivo do direito de recorrer*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1538. Disponível em:

<<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4651/exercicio-abusivo-direito-recorrer>> Acesso em: 19 ago. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 7ª edição, Salvador. Juspodivm, 2019.

MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR), HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinE F.pdf>>. Acesso 15. ago. 2019.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinA M.pdf>>. Acesso 16. ago. 2019.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=SiOcM42Bvmk>>. Acesso 16 ago. 2019.

MINISTRA ROSA WEBER, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>> Acesso 18 ago. 2019.

MINISTRO LUIZ FUX, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>>. Acesso 18 ago. 2019.

MINISTRO GILMAR MENDES, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>>. Acesso 19 ago. 2019.

MINISTRO DIAS TOFFOLI, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroD T.pdf>>. Acesso 19 ago. 2019.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-hc-lula.pdf>>. Acesso 21 ago. 2019.

MINISTRO CELSO DE MELLO, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>> . Acesso 21 ago. 2019.

MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO, HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ, disponível em:
<<https://www.youtube.com/watch?v=wcmZWst8pW8>>. Acesso em 21 ago. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. *Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena#author>>. Acesso em: 12 ago. 2019

_____. **DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 13 ago. 2019.

_____. **DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:**
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 13 ago. 2019.

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 ago. 2019.

_____. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 12 ago. 2019.

_____. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 14 ago. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. Disponível em:**
<http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 13 ago. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 267. Disponível em:**
<http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 13 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Julgado em 17/02/2016.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 13 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 152.752/PR. Relator: Ministro EDSON FACHIN. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Julgado em 04/04/2018.

Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>> Acesso em 12 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.078/MG. Relator: Ministro EROS GRAU. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Julgado em 05/02/2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em 12 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em 13 ago. 2019.