



**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM**



LUIZA REPOLÊS DE CARVALHO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: constitucionalidade e efeitos práticos do
julgamento do STF no HC 126.292/SP**

**João Monlevade
2016**

LUIZA REPOLÊS DE CARVALHO

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: constitucionalidade e efeitos práticos do julgamento do STF no HC 126.292/SP

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação de Curso Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Penal

Orientador (a): Msc. Renata Martins de Souza

João Monlevade

2016

LUIZA REPOLÊS DE CARVALHO

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: constitucionalidade e efeitos práticos do julgamento do STF no HC 126.292/SP

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, em 2016.

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2016.

.....
Msc. Renata Martins de Souza
Prof. Orientador

.....
Msc. Maria da Trindade Leite
Prof^a TCC II

.....
Alberto Gomes Vieira
Prof. Avaliador (a)

.....
Ariete Pontes de Oliveira
Prof. Avaliador (a)

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a constitucionalidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de julgamento do HC 126.292/SP, notadamente quanto à utilização da função judicial para modificar o entendimento acerca do princípio da presunção da inocência, por meio do instituto da mutação constitucional. O estudo busca, ainda, abordar os efeitos práticos ocasionados pelo posicionamento do STF no ordenamento jurídico e no meio social, em especial quanto ao combate da sensação de impunidade presente nos dias atuais. Para tanto, fora abordado o princípio da não culpabilidade, analisados os fundamentos utilizados pelos ministros no julgamento realizado, além de discutida a eventual efetividade da execução provisória da pena no que tange ao combate à impunidade. Após o fim da pesquisa, restou constatada a constitucionalidade da decisão tomada pelo STF, a conseqüente não violação do princípio da presunção da inocência, bem como a possibilidade de redução do sentimento de impunidade presente no meio social. No que se refere à metodologia, o presente trabalho integra o método essencialmente bibliográfico.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar la constitucionalidad de la decisión del Tribunal Supremo Federal cuando de lo juicio de HC 126.292/SP, especialmente en relación con el uso de la función judicial para cambiar la comprensión del principio de presunción de inocencia, mediante el uso del instituto de la mutación constitucional. El estudio pretende también abordar los efectos prácticos provocados por la posición de la Corte Suprema en el entorno legal y social, en particular en lo que respecta a la lucha contra el sentimiento de impunidad presente en la actualidad. En este sentido fue apreciado el principio de no culpabilidad, los fundamentos utilizados por los ministros, y discutida la posible efectividad de la ejecución provisional de la sentencia en lo que respecta a la lucha contra la impunidad. El final del estudio, fue verificada la constitucionalidad de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, la no infracción del principio de presunción de inocencia y la posibilidad de reducir la sensación de impunidad presente en el entorno social. Em cuanto al método, este trabajo incluye principalmente el método de la literatura.

Palabras clave: Ejecución provisional de la sentencia. Derecho constitucional. Tribunal Supremo Federal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
CR/88	Constituição da República de 1988
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE	10
2.1	Origem histórica e inserção no ordenamento jurídico brasileiro.....	10
2.2	Atividade interpretativa	13
3	DA ANÁLISE DA DECISÃO DO HC 126.292/SP, QUE AUTORIZA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	15
4	DA CONSTITUCIONALIDADE, DOS EFEITOS PRÁTICOS E DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO COMBATE À IMPUNIDADE NO BRASIL	22
4.1	Da constitucionalidade do julgamento do STF no HC 126.292/SP	22
4.2	Dos efeitos práticos do julgamento do HC 126.292/SP	26
4.3	Da efetividade da execução provisória da pena no combate à impunidade.....	29
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
	REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena consiste, basicamente, na execução da sentença penal condenatória com a pendência de recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Ou seja, trata-se da hipótese em que executa-se a pena privativa de liberdade imposta ao réu após a prolação da sentença condenatória e sua confirmação no segundo grau de jurisdição.

Como se verá adiante, tal definição é de extrema relevância para o objeto do presente trabalho, uma vez que este tem por fim o estudo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP, no qual a Suprema Corte entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, isto é, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A possibilidade de se executar provisoriamente a pena privativa de liberdade trata-se de questão controvertida, já tendo sido alvo de variadas decisões pela Corte de Justiça, o que, desta forma, ocasiona inúmeras manifestações divergentes entre doutrinadores, juristas, magistrados e demais operadores do Direito.

A grande controvérsia acerca do tema reside no fato de que ao admitir-se a possibilidade de execução provisória da pena, estar-se-ia contrariando o princípio da presunção da inocência. Por outro lado, sustentam diversos operadores do Direito que a execução antecipada promoveria na sociedade uma diminuição da sensação de impunidade. Portanto, necessário se faz refletir acerca da real efetividade do recente posicionamento para reduzir esse sentimento de impunidade e ineficácia do sistema penal brasileiro.

O presente estudo busca, desta forma, discutir os efeitos práticos do posicionamento da Suprema Corte no ordenamento jurídico brasileiro bem como na ordem social, além de analisar os argumentos utilizados pelos ministros julgadores.

Ademais, tendo em vista a controvérsia acerca da constitucionalidade da decisão proferida, a proposta deste trabalho é também demonstrar que o entendimento do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro foi proferido em via adequada e não viola preceito constitucional.

Nessa toada, não se pode deixar de abordar pelo menos dois institutos necessários ao entendimento da constitucionalidade do julgamento, como os institutos do poder constituinte reformador e a mutação constitucional.

Imperioso ressaltar, assim, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal se adéqua, em verdade, ao instituto da mutação constitucional, plenamente possível de ser utilizado na interpretação da normativa disposta na Constituição da República.

De mais a mais, como fundamentado no julgamento do STF, os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo, proporcionando assim a possibilidade de execução da sentença em caráter provisório.

Desta forma, é possível notar a relevância do estudo a respeito da constitucionalidade da execução provisória da pena, o que provocará mudanças significativas não só na ordem jurídica como também na ordem social.

O presente trabalho estrutura-se em quatro capítulos, sendo o primeiro destinado ao estudo do princípio da não culpabilidade, seu conceito, origem, inserção no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de sua interpretação.

O segundo capítulo refere-se à análise da decisão do HC 126.292/SP, que autoriza a execução provisória da pena privativa de liberdade, dedicando-se, portanto, ao estudo dos argumentos utilizados pelos ministros julgadores para a mudança de posicionamento.

O terceiro capítulo destina-se a sustentar a constitucionalidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a demonstrar os efeitos práticos advindos do entendimento da Corte bem como a aferir a efetividade da execução provisória no

combate à impunidade no contexto social brasileiro, objetivando, portanto, responder a reflexão acima explicitada.

O quarto e último capítulo, por sua vez, é destinado a tecer as considerações finais acerca do estudo, demonstrando-se todos os questionamentos abordados e conclusões realizadas.

A fim de desenvolver toda a temática acima exposta foram utilizadas as lições de doutrinadores como Cunha Junior (2014), bem como Mendes e Branco (2014), além de demais pesquisas bibliográficas, baseada na coleta de materiais como livros e artigos científicos, pesquisa de legislação e precedentes.

2 DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Segundo o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Tal assertiva positivada na Constituição da República preconiza assim o princípio da presunção da inocência ou ainda princípio da não culpabilidade. Trata-se, pois, de princípio basilar do Estado de Direito que enquanto garantia processual penal objetiva a tutela da liberdade pessoal.

A garantia inserta na Constituição da República impõe, assim, a necessidade de inversão do ônus da prova, cabendo à parte acusadora da Ação Penal, seja esta pública ou privada, provar a culpa do réu, sendo que se assim não o fizer, a ação será julgada improcedente, decretando-se a absolvição do acusado.

A postura adotada, na prática, em virtude do mencionado princípio, é a de que o imputado terá a sua culpa apurada no curso do processo criminal. Tanto assim o é, que em decorrência deste, desdobra-se a ideia de que em caso de dúvida a interpretação deva ser feita a favor do acusado, consagrando-se, assim o princípio do *in dubio pro reo*.

Imperioso destacar, todavia, que a consagração do mencionado princípio na ordem constitucional não veda a possibilidade de decretação das prisões provisórias, como as temporárias, em flagrante e preventivas, na medida em que é reconhecido pela jurisprudência a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar.

No mesmo sentido, entende-se, ainda, que relacionando-se a citada normativa com o princípio do direito ao silêncio, garantido constitucionalmente ao réu, como dito anteriormente incumbirá exclusivamente à acusação o ônus da prova.

2.1 Origem histórica e inserção no ordenamento jurídico brasileiro

Acerca do mencionado princípio, nota-se relevante relatar uma breve origem histórica do seu surgimento, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe salientar nesse sentido, que embora o seu aparecimento possa ser vislumbrado

desde o Direito Romano, os instrumentos basilares para sua difusão guardam relação direta com o ramo do Direito Internacional.

Isso se deve ao fato de que o princípio da presunção da inocência ganhou repercussão principalmente através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu art. 11 estabelece:

Todo homem 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 a sua defesa. (BRASIL, 1948)

Da mesma maneira, referido princípio fora verificado no Pacto de São José da Costa Rica no qual afirma-se que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (BRASIL, 1969)

Como explanado, a Constituição da República de 1988 positivou o princípio da presunção da inocência garantindo assim a eficácia de sua aplicabilidade no âmbito jurídico. Todavia, a sua incorporação de fato no Brasil se deu através de cláusula prevista no art. 153, § 36 da Constituição de 1967/69, que recepcionou a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Assim dispunha o art. 153, § 36 da Constituição de 1967/69: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. (BRASIL, 1967)

Em que pese o reconhecimento tácito do mencionado princípio, nota-se que o entendimento sobre seu significado nunca se deu de maneira uniforme entre os juristas e doutrinadores pátrios.

Segundo Mendes (2014, p. 534), ainda em 1976 o Supremo Tribunal Federal discordou de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quando este se posicionou pela inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade do cidadão que estivesse respondendo a processo criminal, por incompatível com o princípio da presunção da inocência.

A interpretação da Suprema Corte, contudo, foi a de que haveria possibilidade de estabelecimento de restrições à liberdade do indivíduo, ainda que não estivesse presente uma condenação definitiva. Tal entendimento reformou a decisão do TSE sem negar, todavia, que o princípio da não culpabilidade pudesse ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, ainda nos dias atuais, mesmo após o advento da CR/88, o âmbito de proteção e extensão do significado do princípio da presunção de inocência é por vezes questionado, não se tratando de matéria pacífica nas concepções de diversos operadores do Direito, que assim, adotam a posição de intérprete da normativa constitucional.

Outra divergência doutrinária reside, ainda, na nomenclatura conferida ao dispositivo positivado na Constituição da República. Alguns o denominam como princípio da presunção da inocência, enquanto outros como princípio da não culpabilidade, impondo-se, contudo, a depender da denominação utilizada, diferenças no seu significado.

Para aqueles doutrinadores adeptos da nomenclatura presunção de inocência, a ideia extraída é a de que o indivíduo é considerado inocente até que, após o devido processo legal, seja confirmada a certeza de sua culpa.

Por outro lado, os doutrinadores contrários a essa denominação defendem que a CR/88 não determinou que o réu tenha a sua inocência presumida, ou seja, não gera-se uma presunção, mas sim um estado de inocência.

Apesar das divergências apontadas, a doutrina moderna prefere adotar a expressão princípio da não culpabilidade, argumentando que o constituinte utilizou a palavra considerar e não presumir, não sendo a inocência, portanto, presumida pela Constituição da República.

Nesse sentido é o entendimento de Bechara e Campos (2005, apud LENZA, 2009, p. 711): “melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a

Constituição da República não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado”.

Todavia, utilizar-se-á no presente estudo as duas denominações expostas, tendo em vista que apesar da divergência doutrinária acerca do tema, ambas nomenclaturas são utilizadas para se referir à normativa insculpida no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

2.2 Atividade interpretativa

É cediço que o Direito aborda conteúdo complexo, cabendo-se assim a utilização de instrumentos auxiliares para sua aplicação, como o instituto da hermenêutica e a interpretação.

A hermenêutica e a interpretação tratam-se de fenômenos que possuem o mesmo objetivo, todavia, que não se confundem. Enquanto a hermenêutica é a teoria científica da interpretação, esta é a efetiva aplicação daquela, ou seja, há entre ambas uma relação de dependência mútua.

Acerca do fenômeno interpretativo leciona Cunha Júnior (2014, p. 161–162):

[...] E por **interpretação jurídica deve-se entender a atividade prática de revelar/atribuir o sentido e o alcance das disposições normativas**, com a finalidade de aplicá-las a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando solucionar o caso concreto. Não se interpreta em vão, ou por diletantismo, mas para resolver os problemas jurídicos concretos. (Grifo Nosso)

Desta forma, percebe-se que face à constante movimentação do ordenamento jurídico, a interpretação da normativa se mostra imperiosa para a aplicação do Direito, e isto claro, também se mostra relevante na ordem constitucional.

Segundo Branco (2014, p. 82), desde a promulgação da Constituição da República é que os preceitos constitucionais passaram a ser constantemente interpretados:

[..] Entende-se, portanto, que desde o advento da Constituição de 1988, com a redemocratização, a atividade de interpretação constitucional haja ganhado impulso e motivado crescente interesse. Sobretudo quando o jurista se deu conta da magnitude do papel do Supremo Tribunal Federal nesse processo, as atenções para com as minúcias da interpretação

constitucional e para com as suas conseqüências receberam a energia de estudos cada vez mais refinados.

Nesse contexto, verifica-se a plena possibilidade de que os textos normativos previstos na Constituição sejam interpretados. No âmbito do princípio da presunção da inocência, observa-se que tal possibilidade se mostra importante, haja vista que da leitura da normativa positivada na Constituição da República, nota-se que fora redigido de maneira diversa dos fundamentos aduzidos nos instrumentos internacionais em que fora inspirado.

Tal fato, por sua vez, acaba por gerar nos operadores do Direito dúvidas quanto ao real significado do dispositivo, abrindo assim margens para questionamentos e demasiadas possibilidades de interpretação.

Como mencionado, não se pode negar que a atividade interpretativa é de suma importância para aplicação do Direito, mais ainda no âmbito do Direito Constitucional.

Todavia, ao mesmo tempo, percebe-se que as diversas possibilidades de interpretação de uma normativa tão relevante prevista na Constituição da República, em virtude de indefinição quanto ao significado ou alcance da norma, acabam por não se tornar uma questão positiva, uma vez que geram insegurança jurídica quanto ao seu âmbito de aplicação.

3 DA ANÁLISE DA DECISÃO DO HC 126.292/SP, QUE AUTORIZA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 126.292/SP rompeu com o entendimento anterior da Suprema Corte acerca da possibilidade de execução antecipada da pena.

Explica-se, a posição do STF desde o julgamento realizado no HC 84.078/MG, em 2009, era de que havia necessidade de que a sentença condenatória transitasse em julgado para que a pena pudesse ser executada. Confira-se:

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 delinquente". 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 [leia-se 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, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção 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 - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno) (BRASIL, 2009, grifo nosso)

Todavia, em meados de fevereiro do corrente ano, o STF mudou o seu posicionamento acerca do assunto, na medida em que passou a considerar que a execução da pena pode ter o seu início após a confirmação da sentença condenatória no segundo grau de jurisdição.

Impende ressaltar, contudo, que apesar de ter mudado o seu entendimento, a Suprema Corte, na verdade, resgatou o posicionamento que adotara até a data de 05/02/2009.

Ocorre que antes do julgamento do HC 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal entendia que a interposição de recurso especial ou extraordinário não impediria a execução provisória da pena (STF, Segunda Turma, AI-AgR 539291/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 04.10.2005, DJ de 11.11.2005).

Desta forma, no julgamento do HC 126.292/SP, objeto de estudo do presente trabalho, o STF passou a validar novamente o posicionamento acima citado, tendo assim ficado a ementa da vasta decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório

proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016) (BRASIL, 2016)

Segundo o recente posicionamento, portanto, o início da execução da pena condenatória após a prolação do acórdão em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção da inocência. Nesse sentido, necessário se faz analisar os fundamentos utilizados pelos ministros quando do julgamento por eles realizado.

Inicialmente, cabe destacar que o julgamento do HC 126.292/SP não se tratou de decisão unânime. O mesmo fora relatado pelo ministro Teori Zavascki, que teve voto vencedor, sendo seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Por sua vez, vencidos ficaram os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O ministro relator do julgamento, Teori Zavascki, expôs em seu voto os argumentos que considera autorizadores da execução antecipada da pena.

Destaca-se, assim, que mencionado ministro salientou a necessidade de reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da inocência em conformidade com a busca da efetividade da função jurisdicional penal.

Segundo o entendimento do ministro relator a condenação do indivíduo, por si só, já representa um juízo de culpabilidade, tendo em vista os elementos de prova produzidos no curso da ação penal. Argumentou, portanto, que após o reexame da sentença penal condenatória esgota-se, em regra, o exame dos indícios de autoria e materialidade do delito, revelando-se necessária, por consequência, a responsabilização do acusado.

Nesse sentido, relevante se faz colacionar os seguintes trechos extraídos do voto do relator:

[...] Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, **no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.** É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição,

porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

[...] 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 garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Entre os demais argumentos utilizados pelo referido ministro ressaltam-se ainda: a) analogia à Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), que consagra a inelegibilidade decorrente de sentença condenatória proferida por órgão colegiado, isto é, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produz efeitos contra o acusado, sem violação do princípio da presunção da inocência; b) seguimento do cenário internacional, considerando que nos demais países a execução de condenação não fica suspensa depois de observado o duplo grau de jurisdição; c) extinção de punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva ocasionada por sucessão de recursos protelatórios; d) necessidade de harmonização do princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Mesmo abordando os fundamentos autorizadores da execução provisória da pena, o ministro relator destacou que há possibilidade de que o acusado seja preso indevidamente, mas que ainda assim haverá meios de corrigir tal situação. Confira-se:

[...] **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**. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Notório se faz mencionar também os fundamentos aduzidos pelo ministro Luís Roberto Barroso, que acompanhou o voto do ministro relator. Segundo o entendimento de Barroso, o posicionamento anterior da Suprema Corte, de que a execução da pena não poderia iniciar sem o trânsito em julgado da sentença, produziu no ordenamento jurídico efeitos negativos, estes que foram tratados pelo ministro como três fatores.

O primeiro fator negativo relatado por Barroso, também argumentado por Teori Zavascki, foi a interposição infundável de recursos protelatórios, sem real proveito para a efetivação da justiça ou respeito às garantias processuais penais dos réus.

Outro fator suscitado pelo ministro foi de que a ampla possibilidade de recorrer em liberdade reforçou a seletividade do sistema penal brasileiro, isto é, tornava-se benéfico apenas para os acusados com maior poder econômico, com condições de contratar os melhores advogados para promover a procrastinação.

Por fim, Barroso destacou que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução penal contribuiu para o agravamento do descrédito da sociedade no Poder Judiciário, produzindo sensação de impunidade e de desmoralização da justiça.

Por isso, sustentou a necessidade de mudança de posicionamento da Corte, a fim de promover ao princípio da presunção da inocência uma interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional e com os bens jurídicos resguardados pela lei penal.

Barroso defendeu ainda que a mudança de posicionamento do STF trata-se de mutação constitucional, consistindo assim em alteração do significado do Direito em virtude da compreensão da realidade social, argumentando assim que múltiplos fundamentos legitimam esta compreensão.

Dentre os demais argumentos suscitados pelo ministro, interessante se faz destacar que Barroso demonstra a existência de diferenciação tratada na Constituição da

República quanto ao regime de culpabilidade do indivíduo e o momento de sua prisão.

Aduz, assim, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República define que a culpabilidade do indivíduo se verifica após o trânsito em julgado da sentença, mas que o inciso LXI do mesmo dispositivo prevê que a prisão só se dará em virtude de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. O ministro argumenta que tal regramento constitucional acerca da privação de liberdade do indivíduo autoriza, portanto, as prisões preventivas e temporárias, prisões para fins de extradição, prisões para fins de expulsão e para fins de deportação.

Nesse sentido alega que tal diferenciação trazida pela Constituição da República impõe a prisão do acusado sem violação do princípio da não culpabilidade, uma vez que a sua culpabilidade não se confunde com a possibilidade de privação de sua liberdade. Confira-se o seguinte trecho extraído de seu voto:

[...] Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, **o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão**. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.) Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

O ministro Luiz Fux, por sua vez, também integrante daqueles que se posicionaram favoravelmente à execução provisória da pena, argumenta que a possibilidade de execução penal após a prolação do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição se justifica, dentre outros, pelo fenômeno da coisa julgada em capítulos.

Sustenta o mencionado ministro que a própria Corte Suprema admitiu recentemente o referido fenômeno, e que esse consiste, no caso da presunção de inocência, no fato de que após a análise do mérito da acusação e das provas, a matéria se torna

de certa forma indiscutível, prosseguindo-se eventuais recursos por outro ângulo da análise constitucional. Confira-se:

[...] 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 (BRASIL, 2016).

Defende, assim, que a presunção de inocência segundo o disposto na Constituição da República, isto é, se estendendo até o trânsito em julgado da sentença estaria desta forma respeitada, na medida em que a matéria fático-probatória ao se tornar indiscutível encontrar-se-ia transitada em julgado.

Encontram-se demonstrados, portanto, os principais fundamentos utilizados pelos ministros da Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP, este objeto de análise do presente trabalho.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE, DOS EFEITOS PRÁTICOS E DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO COMBATE À IMPUNIDADE NO BRASIL

4.1 Da constitucionalidade do julgamento do STF no HC 126.292/SP

Como mencionado anteriormente no presente estudo, a decisão tomada no âmbito do HC 126.292/SP gerou nos operadores do Direito diversas opiniões divergentes.

Aqueles contrários ao entendimento jurisprudencial aduzem, em síntese, argumentos como a violação de garantia fundamental, o surgimento de problemas relacionados ao ajuizamento de ações reparatórias dos condenados que ficarem presos injustamente, a precariedade do sistema carcerário, bem como a inadequação da função judiciária para modificar o alcance constitucional.

Com efeito, não se pode negar que alguns dos argumentos trazidos pelos operadores do Direito que não concordaram com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal são válidos, como o questionamento acerca da possibilidade de ajuizamento de ações reparatórias e a precariedade do sistema carcerário. Noutro ponto, diverge-se aqui, *data máxima venia*, do fundamento de que fora utilizada via inadequada para tanto e da consequente violação da garantia fundamental.

Em sua grande maioria, aqueles que criticaram o julgamento o fizeram argumentando que a propositura de uma Emenda Constitucional seria a melhor forma de regulamentar a temática.

Sabe-se que a Emenda à Constituição é instrumento do Poder Constituinte Reformador, este que trata-se de instituto extremamente válido para a flexibilidade das normativas constitucionais. Acerca deste Poder Reformador Branco (2014, p. 118) leciona que:

Embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário. Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior.

No mesmo sentido, aduz ainda:

Aceita-se, então, que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade. (BRANCO, 2014, p. 118)

Todavia, com a finalidade de garantir as próprias garantias insertas na Constituição da República, impõe-se ao Poder Constituinte Reformador determinadas limitações, estas que podem ser divididas em temporais, circunstanciais e materiais.

Nesse sentido, a limitação material deste Poder veda que sejam alteradas determinadas matérias consagradas na Constituição, evitando assim a redução de seu conteúdo mínimo.

Desta maneira, cumpre esclarecer que o princípio da presunção da inocência encontra-se inserto no rol do art. 5º da Constituição da República, isto é, trata-se, pois, de cláusula pétrea, que conseqüentemente não poderá ter seu conteúdo mínimo reduzido através da Emenda Constitucional.

Por outro lado, encontra-se plenamente possível a alteração do sentido da norma, utilizando-se, portanto, de institutos interpretativos como a mutação constitucional. Este instrumento possibilita que se reveja a definição e abrangência das normas da Constituição da República sem qualquer transformação em seu texto propriamente dito.

Para Cunha Júnior (2014, p. 209):

[...] a mutação constitucional é um **processo informal de alteração** de sentidos, **significados e alcance dos enunciados normativos** contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a **adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social**. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. [...] (Grifo nosso)

Conforme Lenza (2009, p. 90) as mutações “não seriam alterações ‘físicas’, ‘palpáveis’, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido

interpretativo constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada”.

Deste modo, vale salientar que o instituto da mutação constitucional tem como uma de suas espécies a própria atuação desempenhada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido Müller (2012, p. 314) sustenta que “embora não altere o texto legal, as decisões por ela proferidas atribuem novos sentidos às normas constitucionais”.

Desta maneira, consente-se, nesse ponto, com o fundamento encontrado no voto do ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que a decisão no julgamento do HC 126.292/SP trata-se de mutação constitucional.

Observa-se, em verdade, que o Supremo Tribunal Federal vem constantemente, em diversas oportunidades, se utilizando do instituto da mutação constitucional nos seus julgamentos. Acerca do tema, expõe Müller (2012, p. 317) que “uma das espécies de mutação é aquela realizada pelo Judiciário, por meio da interpretação constitucional e, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o responsável pela interpretação da Constituição”.

Diante do exposto, acredita-se, portanto, que a utilização de Emenda Constitucional não seria possível para modificar o entendimento da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena.

Explica-se, o legislador constituinte originário ao positivizar o princípio da não culpabilidade na Constituição da República o fez de maneira distinta, não guardando semelhança com os instrumentos internacionais nos quais fora inspirado. Sendo assim, para modificação do entendimento da Suprema Corte a propositura de uma Emenda Constitucional teria de alterar literalmente o texto, em especial retirando-se a expressão “trânsito em julgado da sentença condenatória” e a substituindo por termos equivalentes à confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição, o que reduziria, portanto, o conteúdo mínimo garantido no texto constitucional.

Utilizou-se o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, assim, de instrumento informal de alteração do significado ou alcance do texto normativo. Considerou desta

maneira a Suprema Corte que o estado de inocência do acusado permanece até o trânsito em julgado da sentença no que se refere à discussão de sua matéria fática, o que, via de regra, se dá após o reexame da sentença em segunda instância. Isto é, a partir do momento em que a sentença monocrática é confirmada no segundo grau de jurisdição o acusado deixa de ser tratado como inocente, tendo em vista que após a prolação do acórdão, o réu, em tese, só poderá se valer dos recursos especial ou extraordinário, estes direcionados respectivamente ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O que ocorre, portanto, é que os recursos especial e extraordinário se prestam a discutir matéria de direito, não tendo cabimento para o questionamento de matéria fática ou probatória, que no âmbito do processo penal é o que efetivamente possui validade para se proferir uma sentença de condenação. Veda-se, deste modo, nova análise da matéria fática já apreciada por duas instâncias estaduais.

Nesse sentido, cabe destacar o teor da súmula 279 do STF e súmula 7 do STJ que estabelecem respectivamente: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Ademais, salienta-se o fato de que os recursos supramencionados não possuem efeito suspensivo, o que também contribui para o entendimento de que a execução da pena possa ter o seu início após o segundo grau de jurisdição.

Desta forma, percebe-se que além de tecnicamente correta, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, da perspectiva adotada pelos ministros julgadores, não viola o princípio da presunção da não culpabilidade.

Segundo o entendimento dos ministros, em especial do voto de Luiz Fux, a coisa julgada divide-se em capítulos, sendo que com a prolação do acórdão condenatório no segundo grau de jurisdição, o capítulo da coisa julgada referente à matéria fático-probatória encontra-se vencido, não se obstando, contudo, a possibilidade de interposição de recursos relativos à matéria de direito.

Importante se faz mencionar ainda o argumento trazido por Luís Roberto Barroso, que sustenta que a normativa prevista na Constituição da República refere-se à nota de culpa do acusado, o que não veda a possibilidade de prisão do mesmo, já que a privação de liberdade do indivíduo segundo a ordem constitucional exige tão somente a flagrância ou a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

4.2 Dos efeitos práticos do julgamento do HC 126.292/SP

O entendimento da Suprema Corte de que a execução da pena poderá ocorrer após a confirmação da sentença na segunda instância produz efeitos práticos no ordenamento jurídico, necessitando-se assim que os operadores do Direito se mostrem atentos aos mesmos, demonstrando-se importante aqui retratá-los.

O primeiro efeito decorrente do referido posicionamento, por óbvio, reside no fato de que independentemente de ter sido interposto o recurso especial ou extraordinário, tendo o indivíduo sua sentença condenatória confirmada pelo Tribunal de Justiça respectivo terá que aguardar o julgamento do recurso executando-se provisoriamente a pena privativa de liberdade a ele imposta.

Um ponto relevante a ser mencionado, no entanto, é que a decisão da Suprema Corte não exige uma dupla condenação. Isto é, ainda que o acusado tenha sido absolvido pelo magistrado de primeira instância, interpondo o órgão acusatório o recurso de apelação e sendo o mesmo provido, ou seja, sendo o réu condenado em segunda instância, poderá ter início da mesma maneira a execução provisória.

Necessário se faz aqui, todavia, uma ponderação. No caso de condenação do acusado em virtude de apelação, em eventual oposição de embargos de declaração pelo mesmo não há que se falar na possibilidade de execução provisória até o fim do julgamento do mencionado recurso, tendo em vista que este possui efeito suspensivo, adiando, assim a execução.

Outra questão que merece ser retratada é a da possibilidade de indenização por eventual prisão indevida em virtude do cumprimento provisório da pena. Nesse

sentido, cabe destacar, por analogia, os entendimentos dos Tribunais Superiores, que aduzem, em regra, que não há direito à indenização. Confira-se:

[...] O dano moral resultante de prisão preventiva e da subsequente sujeição à ação penal **não é indenizável, ainda que posteriormente o réu seja absolvido por falta de provas**. Em casos dessa natureza, ao contrário do que alegam as razões do agravo regimental, a responsabilidade do Estado não é objetiva, dependendo da prova de que seus agentes (policiais, membro do Ministério Público e juiz) agiram com abuso de autoridade. [...] (STJ. 1ª Turma. AgRg no AREsp 182.241/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 20/02/2014.) (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Prisões cautelares determinadas no curso de regular processo criminal. Posterior absolvição do réu pelo júri popular. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ato judicial regular. Indenização. Descabimento. Precedentes. 1. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não restaram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que o processo criminal e as prisões temporária e preventiva a que foi submetido o ora agravante foram regulares e se justificaram pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário a posterior absolvição do réu pelo júri popular. Incidência da Súmula nº 279/STF. 2. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença – previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal-, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 3. Agravo regimental não provido. (STF. 1ª Turma. ARE 770931 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/08/2014). (BRASIL, 2014).

Há que se salientar, ainda, que a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP tecnicamente não possui efeito vinculante, haja vista que foi tomada no âmbito de um *habeas corpus*. Entretanto, sabe-se que por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o referido entendimento provavelmente será adotado no âmbito dos Tribunais de Justiça.

Vale ressaltar, nesse sentido, que justamente por não deter efeito vinculante, a decisão adotada pela Suprema Corte, mesmo tendo sido recentemente proferida, já ocasionou problemas jurídicos.

Ocorre que poucos meses após o posicionamento tomado, o próprio órgão de cúpula do Judiciário brasileiro contrariou o seu entendimento no julgamento do HC 135752. Referido julgamento fora proferido durante o recesso parlamentar, no qual o ministro Ricardo Lewandowski, que encontrava-se de plantão, concedeu a liminar

para suspender a execução da pena de José Vieira da Silva, prefeito de Marizópolis/PB.

Como se não bastasse, na volta do período de recesso da Corte, o ministro relator natural do caso, Edson Fachin, revogou a liminar deferida e determinou que a execução da pena fosse novamente iniciada, em virtude do recente entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da temática.

Nota-se, assim, um preocupante problema jurídico decorrente da mencionada decisão, qual seja a existência de insegurança jurídica pela não observância de precedente firmado dentro do próprio Tribunal. Nesse diapasão, insta destacar o seguinte trecho extraído de artigo publicado na rede mundial de computadores:

[...] as divergências jurisprudenciais são aptas a causar situações de quebra de isonomia e perplexidade, especialmente quando a casos rigorosamente idênticos do ponto de vista fático são atribuídas consequências jurídicas completamente distintas. Essa situação se torna ainda mais grave quando estão em jogo valores jurídicos caros à nossa sociedade, como, por exemplo, a liberdade. (FELIX, 2011).

Além disso, destacam-se outros efeitos práticos jurídicos do posicionamento adotado.

No que tange aos processos em andamento, entende-se que a decisão do STF deve ser aplicada. A justificativa para tanto reside no fato de que no entendimento da própria Corte, não há proibição na aplicação de nova jurisprudência a processos em trâmite, ainda que prejudiciais ao réu, exceto em caso de modulação de efeitos, ou seja, somente se os efeitos da mencionada decisão forem restringidas ou se possuírem sua eficácia limitada.

Ressalta-se, também, que o entendimento do STF não impede que o acusado tente evitar a execução provisória da penalidade imposta. Para tanto, poderá propor medida cautelar requerendo a concessão de efeito suspensivo ao recurso ou poderá impetrar *habeas corpus* pedindo a suspensão do cumprimento da pena. Obviamente, contudo, o deferimento destes pedidos dependerá da apreciação dos Tribunais Superiores, que evidentemente só darão provimento em caso de flagrante ilegalidade evidenciada no acórdão condenatório.

No mesmo sentido, percebe-se que outras conseqüências poderão ser observadas a partir do posicionamento então adotado.

Com a possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação em segunda instância, ocorrerá, de certo modo, também uma valorização das instâncias ordinárias. Ou seja, como terá mais força o entendimento adotado pela jurisdição ordinária, esta deverá, com efeito, buscar aprimorar os seus julgamentos.

Adotando-se o entendimento firmado pela Suprema Corte, também poderá se demonstrar um aumento do número de execuções penais, ou por outro lado um aumento do número de *habeas corpus* impetrados contra as decisões tomadas em jurisdição ordinária.

Por fim, e não menos importante, não se pode deixar de salientar a questão da precariedade do sistema penal brasileiro. De fato, na hipótese de aumentar-se o número de execuções penais, um grande fator a ser levado em conta é de que o atual sistema carcerário brasileiro não suporta a quantidade de indivíduos sentenciados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Estima-se hoje que o déficit de vagas esteja em torno do número de 200 mil.

Desta forma, verifica-se que a precariedade do sistema carcerário é uma consequência preocupante da posição adotada pela Corte.

Entretanto, espera-se que a partir da possibilidade de se executar provisoriamente a pena fixada, tal fato surta efeitos no âmbito de atuação do Ministério Público, Defensoria Pública, do Judiciário, e, principalmente do Poder Executivo a fim de que sejam adotadas medidas concretas com vistas a melhorar as condições carcerárias no país, o que há muito já devia ter sido pensado.

4.3 Da efetividade da execução provisória da pena no combate à impunidade

Ainda que se pareça contraditório afirmar a existência de déficit no sistema carcerário brasileiro e ao mesmo tempo a existência da sensação de impunidade em âmbito nacional, sabe-se que na prática, não há, de fato, uma contradição.

A ciência jurídica enquanto idealizada para, de certa forma, se adequar aos anseios sociais, provoca nos indivíduos diversas reações advindas de seus julgamentos.

Nesse sentido, a morosidade que o sistema judiciário atualmente enfrenta, muito pelo fato do aumento na demanda decorrente da maior judicialização dos problemas sociais, proporciona um notório sentimento social de impunidade daqueles que praticam condutas delituosas.

Talvez referido sentimento social também tenha como motivação o fato do desconhecimento pela sociedade do funcionamento do sistema criminal brasileiro, e até mesmo pela não publicidade das inúmeras sentenças condenatórias proferidas no âmbito das instâncias ordinárias, em respeito claro, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É que assim, o conjunto social tende a tomar conhecimento apenas daquelas situações públicas e notórias propagadas pela mídia, de indivíduos com elevado poder econômico e/ou social que, de fato, por muitas vezes, arrumam meios de escapar do principal efeito decorrente da pretensão punitiva estatal.

Observa-se, deste modo, que, com efeito, o posicionamento anterior da Suprema Corte em relação a execução antecipada da pena frente ao princípio da presunção da inocência, vinha sendo utilizado pelos detentores de maior poder econômico e/ou social como forma de burlar o sistema processual penal através da interposição de excessivos recursos protelatórios com a finalidade de atingir o lapso temporal da prescrição e impedir assim a execução da pena privativa de liberdade.

Ocorre que na interposição de inúmeros recursos nas quatro instâncias do Poder Judiciário, o que, certamente, só poderá ser praticado por réus detentores de recursos econômicos suficientes para contratar bons advogados, levam-se anos para o esgotamento dos mencionados recursos, o que conseqüente adia em muito o trânsito em julgado da sentença condenatória e conseqüente início da execução penal.

A título de exemplificação, cita-se o caso do jornalista Pimenta Neves. Sabe-se que o mesmo matou a sua então companheira em meados de agosto do ano 2000. Contudo, após ter sido condenado pelo Tribunal do Júri e em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, este conseguiu retardar a decisão final de seu julgamento, que só ocorreu em definitivo no Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, quando iniciou o cumprimento da pena imposta.

Nota-se, desta maneira, que casos como o acima citado, em que são usados inúmeros recursos para protelar o início da execução da pena, contribuem, de fato, com a propagação de um sentimento social de impunidade e ineficiência no sistema criminal brasileiro.

Nesse sentido, percebe-se que a decisão tomada no HC 126.292/SP, ainda que reflita o efetivo entendimento dos ministros julgadores acerca da temática, busca, em sua essência, responder a um anseio social de erradicação da impunidade, proporcionando na população um sentimento de confiança na pretensão punitiva estatal.

Isso se justifica, obviamente, em virtude da atual situação vivenciada no cenário político brasileiro, proporcionado pelas investigações da conhecida Operação Lava Jato, no qual a Polícia Federal vem promovendo diligências relativas a supostos envolvimento de representantes políticos em esquemas de desvio de dinheiro público.

Observa-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, utilizou-se do momento vivenciado pela sociedade brasileira com vistas a modificar o seu posicionamento anterior a respeito da possibilidade de execução penal provisória. Questiona-se assim o momento em que se deu a mudança de entendimento da Suprema Corte, tendo em vista que este pode ter sido influenciado pelo atual contexto político vivenciado.

Acredita-se, contudo, que ao adotar-se a possibilidade de execução provisória da pena, restará reduzida no meio social a sensação de impunidade e descrença no

poder punitivo estatal. Imperioso destacar nesse contexto relevantes trechos extraídos de artigo opinativo publicado na rede mundial de computadores:

[...] Mas são incontáveis os problemas jurídicos que a decisão do STF terá que superar (reitero: o assunto só começou a ser discutido dentro dele). A decisão quer “pegar os ricos ou poderosos da Lava Jato” (que devem mesmo ser punidos com o devido rigor correspondente à culpabilidade de cada um e conforme o Estado de Direito). [...] Penso que o esforço do STF no sentido de dar efetividade à certeza do castigo é válida. Mas é preciso superar os problemas jurídicos que uma execução provisória enseja. O Legislativo está tentando fazer isso (e é por esse caminho que temos que marchar). [...] O movimento criminal repressivo desencadeado com a Lava Jato está nos sugerindo um certo nivelamento entre plebeus e poderosos (aplaudido pela população), transmitindo o recado de que a Justiça é contra todos. A busca pela observância da igualdade perante a lei (e substancial também, na medida das desigualdades meritocráticas), num país cleptocrata extremamente desigual, é um valor positivo. Mas também é muito relevante o que está escrito na Constituição. A Justiça, por não ser órgão de investigação, não pode ser apenas “contra” todos; acima de tudo, deve ser “para todos”. Tolerância zero contra os corruptos da delinquência econômica cleptocrata, dentro da lei. (GOMES, 2016)

Como se vê, o posicionamento do STF não só foi tomado num contexto político desfavorável, como também se mostrou, de certa forma, direcionado para garantir que os indivíduos detentores de maior poder econômico respondam pelos atos delituosos praticados, o que provoca na população um sentimento de que a justiça estaria sendo realizada.

Acerca da diminuição da sensação de impunidade pela adoção da possibilidade de execução provisória da pena também argumentou em seu voto o ministro Luís Roberto Barroso:

[...] **É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal.** O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

[...] Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. **Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos.** Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e

não menor – efetividade ao sistema processual penal. [...] (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Compartilha-se, assim, dos argumentos então colacionados, no sentido de que a possibilidade de execução antecipada da pena poderá contribuir para o aumento da confiança no sistema processual penal por parte da sociedade, além de evitar o decurso do prazo prescricional, estes que juntos poderão reduzir para a diminuição do sentimento de impunidade presente no meio social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC 126.292/SP ao permitir a execução provisória da pena não se deu de forma unânime, além de ter gerado inúmeros questionamentos após a sua divulgação. A principal discussão acerca do tema reside na eventual violação do princípio da presunção da inocência.

Tendo em vista a necessidade da realização de um estudo acerca do assunto, é possível verificar a importância da abordagem do princípio da presunção da inocência, que foi inserido de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro através da promulgação da Constituição da República de 1988. Em que pese a previsão expressa do aludido princípio, a extensão de seu significado encontra-se por muitas vezes questionado por diversos juristas e doutrinadores.

Tal como toda norma jurídica, há possibilidade de que os princípios sejam interpretados. A possibilidade de interpretação das normas constitui extrema relevância para a aplicação do Direito, contudo, em se tratando de indefinições quanto à extensão de seu significado, a atividade interpretativa de garantia fundamental prevista na Constituição, como é o princípio da não culpabilidade, pode representar riscos e insegurança jurídica quanto ao seu âmbito de proteção.

Dentre as argumentações utilizadas pelos ministros para autorizar a possibilidade de execução antecipada da pena no HC 126.292/SP destacam-se: reflexão sobre o alcance do princípio constitucional com a busca da efetividade da função jurisdicional penal; diferenciação tratada na Constituição da República quanto ao regime de culpabilidade e momento de prisão do acusado; bem como o fenômeno da coisa julgada em capítulos.

Diversos operadores do Direito posicionaram-se contrariamente ao entendimento jurisprudencial aduzindo a inadequação da função jurisdicional bem como a violação da garantia preconizada na Constituição da República, alegando que a propositura de Emenda Constitucional seria o instrumento correto para autorizar a execução provisória da pena. Todavia, como se sabe, a Emenda à Constituição destina-se a promover uma reforma do texto constitucional, sendo que no caso do princípio da

presunção da inocência a redução de seu conteúdo mínimo não é permitida. Lado outro, encontra-se possível a realização de reforma informal através do instituto da mutação constitucional, no qual modifica-se apenas o alcance da norma.

Levando-se em conta o que foi observado, entende-se que a via pela qual foi tomada a decisão do Supremo Tribunal Federal é permitida pela normativa constitucional, na medida em que uma das espécies de mutação constitucional é desenvolvida pela atuação do Poder Judiciário.

Da mesma forma, percebe-se que, conforme a argumentação colacionada no posicionamento da Corte, não houve a violação da garantia preconizada na Constituição da República, tendo em vista que o entendimento do órgão de cúpula é pela existência da coisa julgada em capítulos, no qual após a prolação do acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição encontra-se transitada em julgado a sentença no que se refere à discussão de matéria fático-probatória, tendo em vista que a interposição dos recursos especial e extraordinário se propõe a questionar apenas matéria de direito.

Quanto aos efeitos práticos do julgamento no ordenamento jurídico brasileiro destacam-se, dentre outros, a valorização das instâncias ordinárias, o questionamento quanto à possibilidade de indenização decorrente de prisão indevida, bem como o fato de que o julgamento não possui efeito vinculante, o que pode gerar insegurança jurídica.

Questão preocupante que se verifica por conseqüência da decisão tomada é a da notória precariedade do sistema carcerário, que apresenta déficit na sua quantidade de vagas. Espera-se, contudo, que em virtude do posicionamento adotado surtam efeitos na busca de medidas concretas para melhorar as condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

No que tange à efetividade da execução provisória no combate à impunidade, embora não se possa expressar neste momento um juízo de certeza, acredita-se que tão somente a permissão de sua possibilidade contribua para a redução do sentimento de impunidade que se verifica no meio social.

Como qualquer tema polêmico e complexo, a recente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena não possibilita a afirmação de que a decisão será benéfica ou prejudicial para o ordenamento jurídico brasileiro. Isso certamente demandará tempo e a realização de estudos destinados a verificar a efetividade ou não de seus efeitos.

Sabe-se, ainda, que a decisão tomada pela Suprema Corte pode gerar inúmeros problemas jurídicos, ressaltando-se, dentre outros, a precariedade do sistema carcerário e a falta de regulamentação normativa acerca da temática, o que poderá também promover incertezas no dia-a-dia da prática criminal.

No mesmo sentido, há que se questionar o momento em que o posicionamento fora modificado, considerando que face ao atual momento político vivenciado, há grande possibilidade de ter sofrido influências e pressão da ordem social.

Critica-se, ainda, a não uniformização da própria jurisprudência do órgão de cúpula, que não só no caso em análise, permanece inconstante ao longo dos anos, o que proporciona, ao contrário do que espera de um órgão tão importante como o Supremo Tribunal Federal, uma crescente insegurança jurídica no que tange à tutela da liberdade pessoal.

A conclusão a que se pode chegar, *a priori*, é de que a decisão, por si só, realizou-se de forma permitida pela ordem constitucional. No mesmo sentido, como dito, acredita-se que a simples possibilidade de se executar provisoriamente a pena privativa de liberdade proporcione um sentimento social de redução da impunidade e descrédito no sistema punitivo estatal.

Da realização do presente estudo, faz-se necessário salientar, por fim, que melhor seria se o constituinte originário ao positivizar o princípio da presunção da inocência na Constituição da República, tivesse se utilizado de uma redação mais precisa, inspirada essencialmente nos instrumentos internacionais que o serviram de base, de forma a não suscitar eventuais questionamentos sobre o alcance ou sentido da normativa disposta na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Wellington. **O princípio constitucional da presunção da inocência e a possibilidade de execução provisória da pena.** Gran Cursos Online Blog, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://blog.grancursosonline.com.br/o-principio-constitucional-da-presuncao-de-inocencia-e-a-possibilidade-de-execucao-provisoria-da-pena/>. Acesso em 29 maio 2016.

ARAS, Vladimir. **Pelo MP: Os efeitos da execução provisória da pena.** JOTA, 25 fev. 2016. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/pelo-mp-os-efeitos-da-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em 29 maio 2016.

BEZERRA, Raquel Tiago. **Limite do princípio da presunção de inocência. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades.** Monografia de pós-graduação – Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2013. cap. III e IV .Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9310/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final.pdf>>. Acesso em 29 maio 2016.

BARBOSA, Renato Kim. **A impunidade e o alcance do princípio da presunção da inocência.** Consultor Jurídico, 02 mar. 2016. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2016-mar-02/impunidade-alcance-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em 29 maio 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 maio 2016

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: set. 2016.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 126292 SP.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>> . Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 84078 MG.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

BUSATO, Paulo César. **O que não se disse sobre o STF, o HC 126.292 e a antecipação da execução de pena.** GEN Jurídico. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2016/03/01/o-que-nao-se-disse-sobre-o-stf-o-hc-126-292-e-a-antecipacao-da-execucao-de-pena/>>. Acesso em 29 maio 2016.

CANTERO, Bianca Lorena Dias. **O princípio da não culpabilidade e sua aplicabilidade em matéria eleitoral**. Disponível em: < http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/BIANCA_estudos_eleitorias.pdf>. Acesso em 22 ago. 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FELIX, Renan Paes. Segurança jurídica e uniformização de jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3016, 4 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20129>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena**. Consultor Jurídico, 21 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em 29 maio 2016

GARCEZ, William. **A presunção de inocência na visão do STF: o julgamento do HC 126.292**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4653, 28 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46845>>. Acesso em 29 maio 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da condenação. Tolerância zero com réus da lava jato? E os demais condenados no país?** Luiz Flávio Gomes, 19 fev. 2016. Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-demais-condenados-no-pais/>>. Acesso em 29 maio 2016.

LELES, José Sólton. **O princípio da presunção de inocência como elemento gerador de impunidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39684&seo=1>>. Acesso em 29 maio 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MÜLLER, Marcela. **A mutação constitucional na perspectiva do supremo tribunal federal**. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. Princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3751, 8 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25467>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

PONTES, Bruno. **STF e a execução provisória da pena por Bruno Pontes**. Rede Juris, 23 fev. 2016. Disponível em: < <http://concursos.redejuris.com/stf-e-a-execucao-provisoria-da-pena-por-bruno-pontes/>>. Acesso em 29 maio 2016.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Relativização do Princípio da Presunção de Inocência**. Midiamax, 09 mar. 2016. Disponível em: < <http://www.midiamax.com.br/artigo/292776-relativizacao-principio-presuncao-inocencia.html>>. Acesso em 29 maio 2016

SCOCUGLIA, Livia. **Fachin revoga decisão de presidente do STF e determina execução da pena após decisão de 2ª instância**. JOTA, 4 ago. 2016. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/fachin-revoga-decisao-de-presidente-stf-para-executar-pena-apos-decisao-de-segunda-instancia>>. Acesso em 22 ago. 2016.

_____. **É possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em apelação, ainda que pendente de julgamento Resp ou RE. Dizer o Direito**, 17 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/02/e-possivel-execucao-provisoria-de.html>>. Acesso em 29 maio 2016.