



**UNIVERSIDADE TIRADENTES - UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - ARTIGO CIENTÍFICO

**REFLEXÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Sheylla Pachette Rodrigues da Silva

Orientador: Raimundo Giovanni Fanca Matos

Itabaiana-SE

2018

SHEYLLA PACHETTE RODRIGUES DA SILVA

**REFLEXÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo – apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Tiradentes –
UNIT, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em ___/___/___

Banca Examinadora

Professor Orientador

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

Itabaiana-SE

2018

REFLEXÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Sheylla Pachette Rodrigues da Silva¹

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo analisar a execução provisória da pena em confronto ao princípio da presunção da inocência. Para tanto, foi realizada uma pesquisa de abordagem qualitativa, caracterizada como descritiva e exploratória, e uma pesquisa bibliográfica para alcançar o objetivo proposto. Foi feita uma busca na literatura sobre doutrinadores que abordam a temática, bem como na jurisprudência, a fim de encontrar decisões acerca do tema em questão. Identificou-se que há um conflito de interesses onde de um lado, busca-se a execução penal, e do outro a proteção de uma garantia constitucional. De ambos os lados existem aguamentos embasados tanto em texto constitucional, como em jurisprudências, o que têm dificultado que se chegue a um consenso. Além disso, diferentes processos, no decorrer do tempo, estão sendo avaliados com base em interpretações diferentes do texto constitucional, o que pode trazer consequências desconhecidas para o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Princípio da Presunção da Inocência. Execução da Pena. Prisão Provisória. Sistema Penal Brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ficou conhecida como a “Constituição Cidadã” pois foi concebida no processo de redemocratização, marcando a transição do período ditatorial, que se caracterizou pelo desrespeito aos direitos individuais para o período democrático que usufruímos hoje. Tem como

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: sheylla_kapo@hotmail.com.

pedra fundamental a proteção aos cidadãos. Estruturada em nove títulos, possui um título inteiro do texto dedicado aos direitos e garantias fundamentais (CÂMARA.GOV, 2018).

O direito a liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade privada foram alçados à condição de invioláveis. E como forma de garantir esses direitos, o art. 5º, LVII da Constituição, assim dispôs: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Conseqüentemente, no artigo, revela-se o princípio da presunção ou do estado de inocência: um cidadão somente será considerado culpado após o esgotamento, no âmbito dos tribunais, das possibilidades de discussão da decisão judicial penal que lhe condenou; isto é, até o trânsito em julgado (BRASIL, 1988).

Por certo, deve-se levar em consideração a lógica do sistema penal: e culpado for, preso será. Não à toa o Código de Processo Penal definiu, em seu art. 283, que, exceto nos casos de flagrante delito ou de prisão temporária ou preventiva – cujos critérios estão previstos em Lei – o tolhimento da liberdade de um cidadão dependerá de sentença condenatória transitada em julgado, o que foi replicado no art. 105 da Lei de Execução Penal.

Todavia, existem decisões judiciais que aceitam a execução provisória da pena, quando ainda não há sentença condenatória transitada em julgado. Essas decisões consideram que não existe inconstitucionalidade na execução provisória da pena, pois essa não consiste na culpabilidade, sendo apenas uma medida para garantir que o processo penal ocorra sem interferências e que a sentença condenatória seja de fato cumprida. Nesse caso existe um conflito de interesses onde de um lado, busca-se a execução penal, e do outro a proteção de uma garantia constitucional.

A jurisprudência nesse sentido é divergente. Apesar da clareza do texto constitucional há divergências quanto à violação do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena. Além disso, há uma confusão entre posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como entre os doutrinadores, o que acarreta uma série de prejuízos tanto para os acusados, como para o próprio sistema jurídico brasileiro.

Deste modo, este trabalho teve como objetivo analisar a execução provisória da pena em confronto ao princípio da presunção da inocência. Para tanto, foi

realizada uma pesquisa de abordagem qualitativa, caracterizada como descritiva e exploratória, e uma pesquisa bibliográfica para alcançar o objetivo proposto. Foi feita uma busca na literatura sobre doutrinadores que abordam a temática, bem como na jurisprudência, a fim de encontrar decisões acerca do tema em questão.

Este trabalho está dividido em cinco capítulos: o primeiro capítulo sendo esta introdução; o segundo capítulo trata das penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro; o terceiro capítulo aborda o princípio da presunção da inocência; o quarto capítulo aborda a execução provisória da pena versus o princípio da presunção da inocência; e por último, o quinto capítulo apresenta as considerações finais.

2 PENAS PREVISTAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Este capítulo apresenta os conceitos de pena e apresenta os tipos previstos no sistema penal brasileiro, com o objetivo de elucidar as regras sobre a execução da pena e servir de embasamento teórico para a discussão sobre a execução provisória da pena, realizada adiante nesse trabalho.

De acordo com Greco (2014, p. 447) a pena é “a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”. Para Capez (2003, p. 332) a pena é uma “restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”.

Nucci (2012, p. 325) afirma que a pena é:

[...] a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação pena, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial) que se subdividem (positivo e negativo): a) geral negativo: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) especial negativo: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) especial positivo: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir

todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização). A pena apresenta as seguintes características no sistema penal brasileiro:

a) É personalíssima: só atingindo o autor do crime (Constituição Federal, art. 5º XLV);

b) A sua aplicação é disciplinada pela lei (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX);

c) É inderrogável: no sentido da certeza de sua aplicação;

d) É proporcional ao crime (CF, art. 5º, XLVI e XLVII).

e) Anterioridade: onde a lei já deve estar em vigor na época em que for praticada a infração penal (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX);

f) Individualidade: a sua imposição e cumprimento deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (CF, art. 5º, XLVI);

g) Humanidade: não são admitidas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, perpétuas (CP, art.75), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII).

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLV traz de forma não exaustiva as penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais são:

Artigo 5º, XLV: A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição de liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988).

Para fins desse estudo, cabe aprofundar na pena do tipo privativa de liberdade. Segundo Carvalho Filho (2002, p. 43): Foram criadas duas penas privativas de liberdade. Para crimes mais graves, a reclusão, de no máximo 30 anos, sujeitava o condenado a isolamento diurno por até três meses e, depois, trabalho em comum dentro da penitenciária ou, fora dela, em obras públicas.

A detenção, de no máximo três anos, foi concebida para crimes de menor impacto: os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo. A ordem de separação nunca foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre reclusão e detenção desapareceriam com o tempo, permanecendo válidas apenas as de

caráter processual.

De acordo com o artigo 112 da lei de Execução Penal (lei nº. 7.209/84), adotou-se no Brasil um sistema progressivo, que tem por objetivo a ressocialização do indivíduo: Art. 112: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão (BRASIL, 1984).

A restrição da liberdade do indivíduo se dá por meio da prisão, que segundo Tourinho Filho (1979, p. 329) “é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade de ir e vir”. Capez (1999, p. 227) considera a prisão como a “privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.

No ordenamento jurídico brasileiro existem diversos tipos de prisão, e não há um consenso sobre como devem ser classificadas. Tourinho Filho (2003, p. 543) classifica as prisões em dois tipos:

[...] a prisão como pena, ou prisão-sanção, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena.

A prisão como pena segundo Pereira e Pereira (2006, p. 64) “é a prisão definitiva, fundada no cumprimento de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, oriunda de processo crime, norteado pelos princípios processuais penais”. Já a prisão sem pena compreende “toda a forma de prisão provisória ou cautelar em sentido amplo, assim considerada em razão de recair sobre o indivíduo mesmo sem que haja sentença definitiva” (PEREIRA; PEREIRA, 2006, p. 66).

Dentre os tipos de prisão sem pena, é necessário conceituar a prisão cautelar de natureza processual penal, também denominada como prisão provisória, que é a “execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, seqüestro, arresto, etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal” (TOURINHO FILHO, 1979. p. 336).

A prisão provisória tem como objetivo “resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade,

mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível à aplicação da lei penal” (RANGEL, 2000, p. 365). Para Marques (1965, p. 23):

a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do “periculum in mora”. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade; se não houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustrem a sua execução e seu cumprimento.

Vale ressaltar que “a prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como um reconhecimento antecipado da culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade” (PEREIRA; PEREIRA, 2006, p. 67). De acordo com o Código Penal Brasileiro, as espécies de prisão provisória são: a prisão em flagrante; a prisão resultante de pronúncia; a prisão resultante de sentença condenatória que não faculta recurso em liberdade; a prisão temporária, e a prisão preventiva stricto sensu. Com a prisão provisória tem-se a execução provisória da pena que será tratada adiante, no próximo capítulo.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência, também denominado como princípio da não-culpabilidade, segundo Moraes (2007) é um dos princípios que formam a base do Estado Democrático de Direito, pois é uma garantia processual penal que visa garantir a liberdade do indivíduo, obrigando o Estado a comprovar a culpa da pessoa que é presumida como inocente. Essa garantia constitucional permite que o acusado seja protegido contra uma provável sanção penal antecipada, sem um julgamento justo e devido processo legal fundamentado no contraditório e na ampla defesa.

A presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, uma garantia a favor da tutela da imunidade dos inocentes, mesmo que acarrete na impunidade de algum culpado, pois é preferível que um culpado não seja punido do que um inocente seja punido injustamente. Este princípio presume que todos os inocentes devem ser salvos de uma condenação equivocada (FERRAJOLI, 2002).

O surgimento do princípio da presunção de inocência se deu no Estado absolutista, durante o século XVIII, como uma resposta do povo às atrocidades

cometidas pelo Estado, que não permitia a defesa do acusado, resultando em prisões arbitrárias, sem observar qualquer regra processual. Foucault (2002, p. 37) ilustra bem o que seria o princípio da presunção de inocência naquela época:

As diferentes partes da prova não constituíam outros tantos elementos neutros; não lhes cabia serem reunidos num feixe único para darem certeza final da culpa. Cada indício trazia consigo um grau de abominação. A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada: fazia dele um meio-culpado; o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como “um pouco” criminoso.

Vale ressaltar que este princípio já se encontrava presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, cujo artigo 9º estabelecia que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado”. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas, assegurou esta garantia:

Art. XI. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 1948).

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio implicitamente em seu texto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Segundo Tourinho Filho (2007, p.62) o princípio da presunção de inocência era uma falácia até a promulgação da CF/88, mesmo tendo o Brasil aderido à Declaração Universal dos direitos do Homem da ONU:

O princípio da inocência, em toda sua grandeza, nunca foi respeitado entre nós. Observa-se que a Declaração data de 1948 [...] pois bem: a nossa prisão preventiva compulsória – verdadeira aberração jurídica – vigorou até 1967[...] Mais: quando o réu preso era absolvido – e isso até 1973 –, se a pena cominada ao crime fosse de reclusão igual ou superior a 8 anos, no seu grau máximo, ele continuava preso até o trânsito em julgado. No julgamento pelo tribunal do júri – e isso até 1977 –, se o réu fosse absolvido e a absolvição não se desse por

unanimidade, ele continuaria preso até o trânsito em julgado [...] Quando o cidadão era preso em flagrante por crime inafiançável – e isso até 1973 –, ele continuava preso. A regra do parágrafo único do art.310 do CPP surgiu naquele ano [...] até 1977, quando o réu era condenado, por uma infração afiançável, só podia apelar em liberdade se prestasse caução, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto [...] (art.321 do CPP) (TOURINHO FILHO, 2007, p.62).

Do princípio da presunção de inocência decorrem duas regras em relação ao acusado, sendo uma de tratamento e outra de fundo probatório. A primeira diz respeito ao fato de que o acusado precisa ser tratado como inocente, até que seja provado o contrário, ou seja, não pode sofrer nenhuma restrição por conta da possível condenação, já que presume-se que este é inocente. Nicolitt (2010, p. 61) argumenta que, embora o imputado seja supostamente criminoso, “no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”.

A segunda regra que decorre da presunção da inocência condiciona que o ônus probatório em relação ao delito e à autoria, deve ser exclusivo da acusação, enquanto à defesa cabe demonstrar excludentes de ilicitude e de culpabilidade (OLIVEIRA, 2008). Partindo da presunção de inocência, sendo o ônus da prova atribuído à acusação, é necessário para que haja uma sentença condenatória, que seja provada a culpa do acusado, sem restar qualquer dúvida. Caso persista a dúvida, resta a absolvição do réu, visto que sem a prova da culpa, prevalece a inocência presumida.

A partir desse desdobramento, origina-se o *in dubio pro reo* (BADARÓ, 2008). O *in dubio pro reo*, com fundamento na fórmula *nulla poena sine culpa*, está diretamente relacionado ao princípio da presunção da inocência, e busca garantir que ninguém seja considerado culpado e cumpra pena por um delito sem que haja provas suficientes (MONTEIRO, 1997).

Mirabete (2003, p. 42) conclui a partir do princípio da presunção da inocência que:

a) a restrição a liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*In dubio pro reo*). Com a adesão do

Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 6-11-92, vige no País a regra de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art.8º, 2 da Convenção).

Pode-se concluir que a partir do princípio da presunção da inocência, no ordenamento jurídico brasileiro a liberdade é a regra e a prisão é exceção. O autor de uma infração penal, por regra, só pode ser preso após o transcurso do devido processo legal, onde haja sentença condenatória com imposição de uma pena privativa de liberdade, da qual não se possa mais recorrer. Seria necessário, portanto, que o processo tramitasse em todas as possíveis instâncias, e ao final, quando já não cabe mais recurso, comprovada a culpa o autor poderia ser condenado.

No entanto, a prisão provisória acontece antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, está prevista também na Constituição, no mesmo artigo 5º, inciso 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” (BRASIL, 1988).

Desta forma, surge uma contradição, pois ao passo que se presume a inocência do acusado até que seja provado o contrário no processo penal, a prisão provisória pressupõe que há de fato a culpa, e o acusado estaria cumprindo uma pena de um crime que ainda não foi sentenciado como culpado.

4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA X PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A execução provisória da pena tem o objetivo de dar início ao cumprimento da pena pelo acusado. Entretanto, por se tratar de uma medida cautelar, onde não há ainda uma sentença condenatória definitiva decorrente de uma ação penal transitada em julgado. Como medida cautelar, a prisão provisória ocorre por diversos motivos, dentre os quais destacam-se: prevenção da obstrução da justiça; periculosidade do indivíduo para a sociedade; prevenir que a sentença condenatória, após trânsito em julgado, seja realmente cumprida.

Segundo Marcão (2008, p. 106) “a execução provisória tem cabimento quando, transitando em julgado a sentença para a acusação, estando preso o réu,

ainda pender de apreciação recurso seu”. Avena (2015, p. 197) afirma que a “execução provisória da pena privativa de liberdade ocorre na hipótese de prisão do indivíduo já sentenciado, porém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Entretanto, o texto constitucional assegura que a prisão só pode ter início após o trânsito em julgado. O artigo 233 do Código de Processo Civil deixa isso claro afirmando: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado (...)”. Portanto, há uma proibição na constituição de que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado.

Apesar da clareza do texto constitucional, há divergências quanto à violação do princípio da presunção da inocência pela execução provisória da pena. É importante frisar que a execução provisória tem valor apenas de cautela, não de culpabilidade. Cordeiro Júnior (2016) entende que não há violação do princípio em questão:

Não é cabível falar-se em violação do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que na execução provisória da pena e na progressão de regime não está contida a afirmação de culpabilidade, mas de certo modo, pode ser considerada como um meio de execução e progressão da pena, sem que seja necessário se aguardar o demorado trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em havendo recursos a serem analisados pelos tribunais. O objetivo da execução provisória e da progressão de regime de pena é garantir ao preso provisório a possibilidade de progredir para um regime menos rigoroso de pena. Não é de bom alvitre, e nem juridicamente plausível, que o preso condenado, embora ainda preso provisório, por força de prisão preventiva, cuja sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado, aguarde toda a delonga do trâmite recursal, para que só depois venha pleitear a progressão de regime.

Nucci (2013, p. 1053) corrobora com essa opinião, afirmando que:

Atualmente, permite-se a denominada execução provisória da pena. Pode o condenado à pena privativa de liberdade, desde que esteja preso cautelarmente, executá-la provisoriamente, em especial quando pretende a progressão de regime, pleiteando a passagem do fechado para o semiaberto.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) narra, no caput de seu artigo 102 que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”. Deste modo, a afirmação deixa claro que o Supremo Tribunal Federal é o

Guardião da Constituição pois pertence a ele o dever de guarda da Carta Magna. Deste modo, deve garantir a sua precisa aplicação. No entanto, no decorrer do tempo o STF mudou o seu direcionamento.

Em 5 de fevereiro de 2009, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o HC n 84.078-7/MG e fez triunfar o art. 5º, LVII da Constituição, assim dispôs: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Mas em 2016 houve um extraordinário redirecionamento. Em 17 de fevereiro o STF negou o Habeas Corpus (HC) 126292, por placar apertado, de 6x5, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Houve divergência, 5 ministros, incluindo o presidente da Corte ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que determina o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do habeas corpus (STF.JUS, 2016).

A reviravolta jurisprudencial repercutiu em todos os cantos do país, as reações foram diversas e a opinião pública foi induzida a acreditar que isso se tratava de uma medida contra o combate a corrupção (MACEDO, 2017). No imaginário popular, essa medida foi assumida como o prelúdio do fim da impunidade, ou seja, o acusado por corrupção seria preso imediatamente e com poucas chances de alterar a sua condição de culpado nas instâncias superiores.

Um caso de ainda maior repercussão foi a negativa que o STF deu ao Habeas Corpus (HC) 152752, por maioria simples, 6x5, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (STF.JUS, 2016). A nova votação apertada deixa claro que os ministros estão distantes de alcançar uma unanimidade. Há uma confusão entre posicionamentos do STF, bem como entre os doutrinadores, o que acarreta uma série de prejuízos tanto para os acusados, como para o próprio sistema jurídico brasileiro.

É uma questão de alta complexidade que causou várias divergências entre os doutrinadores. Os que são a favor da manutenção da prisão preventiva ou até

mesmo da necessidade de se recolher à prisão para recorrer, independentemente de fundamentação, alegavam o princípio da verdade real norteadora do processo penal, encarando a ideia de que seu alcance pressupõe uma persecução penal e judicial afastados de qualquer empecilho que possa vir a ocorrer, e, para estes, a presença nas ruas de um réu com antecedentes ruins e com reputação notoriamente libada caracterizariam uma afronta à busca de justiça, e um facilitador para que a real verdade fosse desvirtuada. (ALMEIDA, 2009). Pacelli (2013, p. 607) argumenta a favor da execução provisória da pena:

Excepcionalmente, então, e como ocorre em relação a todo o Direito, até seria possível se admitir a execução provisória, se – e somente se – dúvidas não pairarem sobre o conteúdo da decisão ainda pendente do trânsito em julgado na instância extraordinária. Exemplo: qual seria o risco de uma execução fundada em condenação proferida em primeiro e segundo grau, com ampla produção probatória, incluindo a prova arrolada pela defesa e acrescida da voluntária confissão do acusado? Somem-se a tudo isso: a gravidade do crime, a quantidade da pena aplicada e a inexistência de argumentação recursal minimamente ponderável, tal como ocorre com a insistente oposição de embargos declaratórios, com a única finalidade de prorrogação do momento consumativo do julgado.

De outro lado, em desacordo com esse raciocínio e alegando a total necessidade de um recrutamento da ordem jurídica e social a fim que a Constituição Federal (CF) seja respeitada, e junto com ela seus princípios, inclusive o da presunção da inocência. Lopes Junior e Badaró (2016, p. 40), em seu parecer “Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória” asseguram que há incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência determinar que o acusado seja preso para iniciar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado:

Durante o prazo recursal em que é possível a interposição de recurso especial ou extraordinário, ou mesmo após a interposição de tais recursos, mas antes do seu julgamento final, ainda não houve o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, vigorando a regra de tratamento do acusado, decorrente da presunção de inocência, que veda equipará-lo ao condenado por sentença definitiva, sendo inconstitucional anteciper o seu cumprimento de pena.

Por conseguinte, há um conflito de interesses onde de um lado, busca-se a execução penal, e do outro a proteção de uma garantia constitucional. De ambos os

lados existem aguamentos embasados tanto em texto constitucional, como em jurisprudências, o que têm dificultado que se chegue a um consenso. Além disso, diferentes processos, no decorrer do tempo, estão sendo avaliados com base em interpretações diferentes do texto constitucional, o que pode trazer consequências desconhecidas para o sistema jurídico brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo analisar a execução provisória da pena em confronto ao princípio da presunção da inocência. Com a realização desse trabalho pode-se perceber que a jurisprudência existente sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena em relação ao princípio da presunção de inocência e um assunto que ainda não se encontra bem definido.

Essa falta de consenso prejudica o trabalho do judiciário, pois ao se basear em um entendimento, sua decisão pode ser contestada com base em outro entendimento, já que existem essas duas correntes, uma que considera constitucional a execução provisória da pena, e outra que a considera inconstitucional. Seria interessante que houvesse uma alteração no texto constitucional, a fim de disciplinar essa questão de modo a não deixar dúvidas quanto à sua aplicação. No entanto, essa polêmica aparenta estar longe do seu fim.

Nesse conflito de interesses que foi apresentado por esse trabalho, é necessário que haja um ponderamento, sem deixar de lado as garantias constitucionais, mas também sem atrapalhar o trabalho do judiciário. Por um lado, privar da liberdade um indivíduo cuja sentença condenatória penal ainda não transitou em julgado pode ser considerado inconstitucional, já que está expresso na constituição que ninguém pode ser preso sem sentença condenatória penal transitada em julgado. Por outro lado, esperar que o processo penal tramite em todas as instâncias possíveis, para a partir de então começar a execução da pena não é viável, devido ao tempo que se leva, por conta da morosidade da justiça brasileira, além de que após esse tempo, o crime já poderia ter prescrito, o que provocaria um sentimento de impunidade na sociedade.

Deste modo, espera-se que o STF e doutrinadores consigam encontrar um caminho em que sejam levados em consideração os direitos e garantias

constitucionais do acusado, bem como o direito da sociedade de ver a justiça sendo feita, chegando a um consenso em decisões, que possam criar um entendimento consolidado e que seja reproduzido em outros casos similares. Assim, o sistema brasileiro poderá atingir sua maturidade e funcionar adequadamente, garantindo a tutela dos bens jurídicos que se propõe a resguardar o Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Caio Victor Castilho Maia de. A prisão preventiva e a execução provisória da pena à luz do princípio da presunção de inocência, 2009. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5466/A-prisao-preventiva-e-a-execucao-provisoria-da-pena-a-luz-do-principio-da-presuncao-de-inocencia> Acesso em: 03 nov. 2018.

AVENA, Norberto. Execução Penal esquematizado. 2ª Ed., São Paulo: Editora Método 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal, 1984.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

CÂMARA.GOV. 30 anos da Constituição, 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html> Acesso em: 03 nov. 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. A prisão. São Paulo, Publifolha, 2002.

CORDEIRO JÚNIOR, Adalberto de Oliveira. A execução provisória da pena e a progressão de regime prisional. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 06 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56880&seo=1>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 16ª ed. Rio de Janeiro:

Impetus, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MACEDO, Fausto. A execução 'provisória' da pena após decisão em 2ª instância. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-execucao-provisoria-da-pena-apos-decisao-em-2a-instancia/> Acesso em: 03 nov. 2018.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997.

MONTEIRO, Cristina Líbano. Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

MORAES; Alexandre de. Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 14e d. São Paulo: Editora Atlas. 2003.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

PEREIRA, Fábio Martins; PEREIRA, Fernanda Simões Viotto. Breves apontamentos sobre as modalidades de prisão cautelar no sistema processual penal brasileiro. Revista de Direito Público, Londrina, v. 1, n. 1, p. 63-78, 2006.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

STF.JUS. Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide ST, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> Acesso em: 03 nov. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Jalovi, 1979.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 5. ed. São

Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 29 ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007.

REFLECTIONS ON THE PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PEN AND THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL SYSTEM

ABSTRACT

This work had as its objective the provisional execution of the sentence in comparison with the principle of presumption of innocence. For that, a qualitative research was conducted, characterized as descriptive and exploratory, and a bibliographic research to obtain the proposed objective. You were able to do research on doctrines that address a matter of law, as well as a jurisprudence, on a matter of respect. It was identified that there is a conflict of interests where a criminal task is found, and a protection of a constitutional guarantee is made. The two sides are considered based on constitutional text, as in jurisprudence, which is difficult that is consumed. In addition, the different stages of the decision-making process are being reviewed based on the interpretations of different constitutional forms, which can bring them to the Brazilian legal system.

Keywords: Principle of the Presumption of Innocence. Execution of the Penalty. Interim Prison. Brazilian Criminal System.