

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

MARINA BORGES DE FREITAS

O STF e a possibilidade da execução provisória da pena:
considerações histórico-jurisprudenciais

Juiz de Fora

2018

MARINA BORGES DE FREITAS

O STF e a possibilidade da execução provisória da pena:
considerações histórico-jurisprudenciais

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na área de processo constitucional-penal, sob a orientação do Prof. João Beccon de Almeida Neto.

Juiz de Fora

2018

MARINA BORGES DE FREITAS

O STF e a possibilidade da execução provisória da pena:
considerações histórico-jurisprudenciais

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na área de processo constitucional-penal, sob a orientação do Prof. João Becon de Almeida Neto.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. João Becon de Almeida Neto

Orientador

Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Luiz Antônio Barrosos Rodrigues

Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Felipe Fayer Mansoldo

Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Parecer: () APROVADA () REPROVADA

Juiz de Fora, 2018

RESUMO:

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo analisar uma aparente inconstitucionalidade da atual posição do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena. Para tanto, há uma análise sistêmica do nosso próprio ordenamento jurídico, de outras decisões do próprio Supremo Tribunal Federal e também de tratados e convenções internacionais. Deste modo, com a possibilidade da execução provisória da pena, o princípio constitucional da presunção de inocência estaria sendo suprimido, aniquilando um dos direitos mais caros à manutenção do nosso regime democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória; trânsito em julgado; direitos fundamentais; presunção de inocência; não-culpabilidade; democracia.

ABSTRACT:

The objective of this academic paper is to analyze an apparent unconstitutionality of the current position of the Federal Supreme Court regarding the provisional execution of the sentence. Therefore, there is a systemic analysis of our own legal system, other decisions of the Federal Supreme Court itself and also international treaties and conventions. Thus, with the possibility of provisional execution of the sentence, the constitutional principle of the presumption of innocence would be abolished, annihilating one of the most expensive rights to the maintenance of our democratic regime.

KEY WORDS: Provisional execution; res judicata; fundamental rights; presumption of innocence; non-guilt; democracy.

SUMÁRIO:

1 Introdução.....	1
2 Histórico	1
3 Princípio constitucional da presunção de inocência	3
4 Da presunção de inocência na jurisprudência brasileira	7
4.1 A virada jurisprudência com o Habeas Corpus n. 84.078 de fevereiro 2009	7
4.2. Habeas Corpus n. 152.752 de abril de 2018	9
5 Conclusão.....	15
6 Referências bibliográficas	16

1. Introdução:

O presente trabalho acadêmico pretender analisar, a partir do nosso próprio ordenamento jurídico e também ante a ordem internacional, a possível inconstitucionalidade da atual posição do Supremo Tribunal Federal em declarar, por meio de decisões de Habeas Corpus, a legalidade da condenação antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com a possibilidade da execução provisória da pena, o princípio constitucional da presunção de inocência tenderia a ser corrompido, privando assim o indivíduo de dois de seus direitos mais caros: a própria liberdade e o direito de presumir-se inocente até que seja comprovado o contrário.

Para tanto, trabalho primeiramente a forma como surgiu o princípio da não culpabilidade em nosso país. Por meio do histórico, tem-se como o desenvolvimento da nossa democracia influenciou e, ao mesmo tempo, foi influenciada pela consolidação deste princípio.

Posteriormente, aponto como nosso ordenamento jurídico se esforçou em garantir a presunção de inocência, trazendo-a não só no bojo da nossa própria Constituição, bem como tratando-a por clausula pétrea. E ainda, aponto que este princípio não se encontra de maneira avulsa no nosso sistema jurídico, sendo intensamente tutelado também no âmbito internacional, por tratados e convenções, demonstrando todo o aparato que a presunção de inocência recebe.

Por fim, analiso a constitucionalidade da jurisprudência do STF que vem a autorizar a execução provisória da pena. O último Habeas Corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal que envolve o tema, o HC n. 152.752 de abril de 2018, reforçou o entendimento já demonstrado pela Suprema Corte em 2016, e remonta às decisões tomadas nos primeiros anos da vigência de nossa Democracia, fortemente influenciados pelo regime ditatorial.

2. Histórico:

Na construção do histórico que circunda este tema faz-se suma importância iniciá-lo às origens do sistema constitucional democrático do direito brasileiro. A Constituição promulgada em outubro de 1988 foi antecedida por um regime ditatorial e, portanto, a herança recebida, como em toda democracia recém-gerada, ainda guardava, principalmente, nos

primeiros anos de sua trajetória, marcantes traços do período não democrático que a antecedia.

A Constituição Federal de 1969, que antecedeu a nossa atual Constituição, foi outorgada ainda durante a Ditadura Militar, e, tendo em vista seu próprio contexto, ela ainda não dispunha de diversas garantias hoje atribuídas a todos os cidadãos, como por exemplo, ela não trazia a previsão expressa da garantia ao princípio da não culpabilidade.

No contexto dessa Constituição, houve um julgamento do Superior Tribunal Eleitoral que tentou atribuir, ao teor do seu art. 153, §36 (“A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”), caráter de disposição, ainda que tácita, do princípio da presunção de inocência. Neste julgamento, o STE, portanto, a partir de uma possível disposição tácita do princípio da presunção de inocência, declarou a inconstitucionalidade de norma que dispunha acerca da inexigibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime, porém essa decisão foi reformada pelo STF. (MENDES, 2014, pag. 534). O que demonstrava ainda uma certa resistência a aplicação dessas garantias ao sistema pelo próprio contexto histórico que se encontrava.

Desse modo, em 1991, apenas três anos após a instauração do regime democrático de direito no país, o Habeas Corpus nº 68.726 foi o primeiro a deliberar sobre o tema da execução provisória da pena no STF, e foi decidido, por unanimidade de 8 votos, pela legalidade da prisão definitiva decretada após a segunda instância. Esta decisão demonstrava, portanto, como a herança do período ditatorial antecedente foi presente na construção da jurisprudência do assunto à época. No relatório, o ministro Neri da Silva, expõe que não deveria o réu ser posto em “posição de intangibilidade” e que, segundo ele, estaria perfeitamente de acordo com a Constituição a decretação da prisão definitiva, tendo em vista que a prisão já fora consolidada em juízo recursal.

Pautava-se também, o indeferimento desse Habeas Corpus, no art. 637 do Código de Processo Penal que dispõe na ausência de efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário e, portanto, pela possibilidade de prisão de caráter definitivo, mesmo que o acusado tivesse interposto algum destes recursos.

Este entendimento só se alterou no ano de 2009 com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, com ele a possibilidade de prisão definitiva passou a existir apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na ementa do HC, há a disposição de que, antes do trânsito em julgado, a condenação só poderia ser decretada de forma cautelar, reforçando, nesse sentido, a importância da garantia da ampla defesa em todas as fases

processuais e, portanto, inclusive na fase recursal extraordinária. Além disso, há a manifestação pela incompatibilidade da execução provisória da pena com o texto da própria Constituição Federal. E, por fim, tratou da exclusão social que poderia gerar a execução provisória da pena, nesse sentido:

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 (Habeas Corpus nº 84.078/2009. Relator ministro Neri Silva).

Em 2016, o assunto retornou em debate no Supremo Tribunal Federal com o HC 126.292, que entendeu pela possibilidade da prisão definitiva com a confirmação da sentença em segunda instância. Para o ministro Teori Zavascki, relator do HC, a segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autorizaria o início da execução da pena. Ainda no mesmo ano, mais duas vezes o assunto foi pauta das discussões do STF. Em outubro, com o julgamento das ADCs 43 e 44 e, em novembro, com o julgamento da ARE 964.246. Em 2018, o assunto retornou com o Habeas Corpus impetrado pelo ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva e, em todos, o entendimento do HC 126.292 foi mantido.

3. Princípio constitucional da presunção de inocência:

O nosso Ordenamento Jurídico é norteado por princípios fundamentais, sejam eles elencados na Constituição Federal da República ou não, que são os mandamentos nucleares do nosso sistema (MELO, 2011).

No Processo Penal, a sistemática não é diferente, os princípios fundamentais do direito processual penal dão o sustentáculo para que este ramo da ciência do Direito exerça sua função na sociedade.

O princípio em estudo recebeu duas nomenclaturas: presunção de inocência e não culpabilidade. Essas duas nomenclaturas diferentes se justificam, pois alguns estudiosos estabelecem como sendo dois princípios distintos. Como maior expoente da adoção da diferenciação desses dois princípios, temos Manzini, que foi quem propôs a substituição de um princípio pelo outro, pois, segundo ele, o juiz não pode, em seu julgamento, presumir que

o réu seja inocente, mas apenas afastar a pretensão de acusação de declará-lo culpado. Para ele, caberia à Defesa rebater os argumentos de acusação, pois a incerteza levaria a declaração da não culpabilidade, porém não levaria a presunção da inocência (VICENZO, 1951).

Porém, no meu trabalho, irei adotá-los como sinônimos, como muitos doutrinadores também preferem trabalhar em suas obras. Badaró, por exemplo, afirma que não há diferença entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade e, segundo ele, diferenciá-los seria inútil e contraproducente, sendo necessário, portanto reconhecer a equivalência das duas fórmulas. (BADARÓ, P. 283, 2003).

Deste modo, a presunção da inocência é um princípio constitucional e está disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal da República de 1988: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O poder constituinte originário estabeleceu mecanismos de manutenção e de edição do próprio corpo constitucional, determinando, no entanto, pontos que seriam intocáveis ao poder constituinte derivado, chamando esses pontos de cláusulas pétreas e tornando-os expressos no art. 59 da nossa Constituição, estão, dentre eles, os direitos e garantias individuais. Deste modo, o direito à liberdade, também salvaguardado pelo princípio da não culpabilidade, não pode ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional.

Assim tem-se a presunção de inocência não só como um mandamento constitucional, mas, além disso, como uma garantia intocável, enquanto perdurar a ordem constitucional vigente, tendo em vista que é ele uma cláusula pétrea no nosso ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal trata, da mesma forma, tal garantia constitucional, trazendo em seu bojo a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para que haja a decretação da prisão definitiva.

Art. 283, CPP: Ninguém poderá senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Este dispositivo não deixa dúvidas acerca de como o direito processual penal tutela a presunção de inocência do indivíduo. A prisão é claramente colocada condicionada à natureza de prisão provisória ou ao trânsito em julgado, não abrindo oportunidade assim para qualquer determinação ou decisão diversa desta.

O direito do indivíduo de não ter sua culpa presumida antes que se esgote todas as instâncias do julgamento, é tutelado, também por diversos diplomas internacionais.

A tutela dos direitos fundamentais se dá de maneira intensa nos mais diversos diplomas, pois é prerrogativa básica para constituição de um regime democrático. E é a partir do Iluminismo que se começa a intensificar a defesa da intrínseca relação entre os direitos humanos e a forma democrática de governo. A liberdade aliada aos direitos fundamentais é essencial, a partir do discurso iluminista, para a possibilidade da manutenção da democracia (SANTOS, 2013). Nesse sentido:

Dessa forma, apenas em uma democracia os direitos humanos poderiam ser inteiramente encontrados. Apenas naquela sociedade em que ao indivíduo é franqueada sua autodeterminação os direitos humanos poderiam se desenvolver com a amplitude pretendida pelos iluministas. Se a democracia, para ser efetiva, exige o respeito aos direitos humanos, estes só estão integralmente garantidos em uma sociedade democrática (SANTOS, 2013).

Essa preocupação em se tutelar o princípio da não culpabilidade, fortemente debatida durante o Iluminismo, foi substancialmente resgatada, após a Segunda Guerra Mundial, se materializando em diversos diplomas internacionais que tutelam o tema, almejando assim caráter universal (BOTTINI, 2013).

Dentre eles, podemos elencar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que reforça em seu art. 9º a importância de se tutelar a presunção de inocência: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. E a Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seu art. 11.1 dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também trata do tema e foi incorporada ao ordenamento pátrio. Alguns defensores da legalidade da prisão definitiva em segunda instância utilizam a própria convenção em sua argumentação, como é o caso de Brüning ao afirmar que essa permissão estaria expressamente prevista na Convenção. Essa linha de raciocínio, no entanto, acaba não gozando de fundamentação adequada. A CADH assegura, em seu artigo 8º, §2º, a presunção de inocência quando dispõe:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito,

em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. Direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

De maneira alguma, essa disposição contraria o princípio da não culpabilidade do nosso ordenamento jurídico, apenas o complementa, tendo em vista, que ela trabalha com o conceito de culpa comprovada legalmente. Ela dispõe da necessidade de presumir a inocência até que legalmente se prove culpa. E, no nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, a culpa é comprovada apenas com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

E, ainda que a Convenção garantisse a presunção de inocência apenas até o julgamento em segunda instância, o que não é caso, não seria este ponto, então aplicado ao nosso ordenamento, tendo em vista, que a própria Convenção em seu art. 29, b, é muito clara em reforçar que a Convenção não pode ser usada, de maneira alguma, para limitar o gozo de alguma liberdade ou direito individual já garantido com a lei de algum dos Estados Partes, como é o caso do Brasil em sua Constituição Federal. Desta maneira, fica evidente que a convenção só reforça o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todos esses dispositivos internacionais tiveram origem no pensamento iluminista do século XVIII com o famoso postulado: “*innocens praesumir cujus nocentia non probatur*”, que contrapôs ao pensamento absolutista do Antigo Regime.

A prisão como sendo a privação do direito fundamental à Liberdade, só deve ser imposta quando expressamente autorizada pela lei. E a execução provisória da pena não encontra amparo na nossa legislação, tendo em vista que o nosso mandamento constitucional imposto pelo art. 5º, LVII, é claro ao condicionar o fim da presunção de inocência apenas com o trânsito em julgado.

Nas palavras de Bitencourt, a pena deve se manter dentro dos limites do Direito Penal e da proporcionalidade, somente podendo ser imposta após um procedimento cerceado pelas garantias jurídico-constitucionais. O direito penal deve ser formalizado em respeito aos direitos individuais do cidadão. A invasão na esfera dos direitos individuais, por parte do Direito Penal, é característico dos regimes totalitários. (BITENCOURT, 2014, pags. 47 e 48).

A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os inviolável direito fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um estado pluralista e democrático. (BITENCOURT, 2014, p. 48).

Esse preceito, no entanto, não é inovador; há mais de 200 anos, Beccaria em sua celebre obra “Dos Delitos e das penas” já anuncia a necessidade de previsão expressa em lei para a execução da pena.

Embora a prisão difira das outras penas, por dever necessariamente preceder a declaração jurídica do delito, nem por isto deixa de ter, como todos os outros gêneros de castigos, o caráter essencial de que só a lei deve determinar o caso em que é preciso emprega-la. (Beccaria, 1764, Edição 2015, p. 31).

Deste modo, tem-se o principio da não culpabilidade como peça fundamental para manutenção dos regimes democráticos, garantida, não só por nosso ordenamento jurídico, mas também assegurada no âmbito internacional por meio de tratados e convenções, fortemente inspiradas pelo período iluminista.

4. Da presunção de inocência na jurisprudência brasileira:

4.1. A virada jurisprudência com o Habeas Corpus n. 84.078 de fevereiro 2009:

Em fevereiro de 2009, houve a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal do HC de nº 84.078-7, o que chamamos de virada jurisprudencial acerca do entendimento sobre a legalidade ou não da aplicação da pena, antes do trânsito em julgado, apenas com a condenação em segunda instancia. E, com um placar de votos de 7 a 4, venceu a posição do Supremo pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

O entendimento firmado, neste Habeas Corpus, conforme já foi mostrado no histórico, perdurou até o ano de 2016 com a recente mudança jurisprudencial acerca do tema.

Ainda, na ementa do Habeas Corpus, a prisão a titulo cautelar foi tratada, como a única maneira de privar o individuo da sua liberdade antes do trânsito em julgado. Deste modo, a antecipação da execução penal, tratada como incompatível com o texto constitucional, só poderia, então ter lugar, se fosse, em função da conveniência do magistrado, com a decretação, deste modo, pela prisão cautelar.

Não foi negligenciado, ainda na ementa, o dispositivo do artigo 637 do Código de Processo Penal que estabelece a ausência de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Pra justifica-lo, ele foi contraposto a Lei de Execução Penal que condiciona, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a imposição da pena privativa de liberdade. Deste modo, estaria o disposto na LEP sobreposto ao que dispõe o Código de Processo Penal, tanto

por àquele estar de acordo com o que dispõe na nossa Constituição, tanto por ser posterior a este.

Decisão anterior da própria corte foi utilizada para fundamentar a posição acolhida pelo tribunal na ocasião daquele julgamento, demonstrando que a suprema corte com base no disposto no art. 5, LVII, da Constituição Federal, o utilizou para proteger o indivíduo, em seu direito à propriedade, e então não teria porque não o fazer, quando a esfera a ser tutelada é o direito à liberdade do indivíduo.

No RE 482.006, relator o ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto do 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 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 1988, afirmando de modo unanime a impossibilidade de antecipação 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. (EMENTA, 2016).

Em seu voto, neste mesmo HC, o ministro Celso de Melo afirma que não é a condição de pessoa submetida a atos de persecução penal, que afeta a sua posição de detentor de direitos e garantias indisponíveis. Traz, além disso, o brocardo pena do qual dispõe que, ninguém poderá ser considerado culpado, antes que recaia sobre ele sentença condenatória penal transitada em julgado, conforme disposto na nossa Constituição Federal. Nas palavras do ministro em seu voto: “A necessária observância de clausula constitucional inerente ao ‘*due proces of law*’ representa, de um lado, como já foi assinalado, fator de proteção aos direitos daquele que sofre a persecução penal (...)”.

Em seu voto, o ministro reforça ainda, que há limites impostos pela Constituição que não podem ser transpostos pela persecução penal, como é o caso da presunção de inocência, afirmando que o Supremo, ao afastar a possibilidade da execução provisória da pena, apenas confere ao cidadão um dos seus direitos mais básicos, que é a presunção de inocência até que recaia sobre ele a condenação de sentença irrecorrível pelo trânsito em julgado.

Deste modo, concluo que a virada jurisprudencial ocorrida no julgamento do Habeas Corpus de n. 84.078 em fevereiro 2009, foi responsável por dar ao tema da execução provisória da pena, finalmente, a interpretação coerente com as garantias e direitos individuais do nosso ordenamento, ao declarar inconstitucional o cumprimento de pena antes do estabelecimento do trânsito em julgado.

4.2. Habeas Corpus n. 152.752 de abril de 2018:

O tema voltou a ser debatido no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC de nº 152.752, impetrado pelo ex-presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva. A legalidade da decretação preventiva da pena voltou a tomar grades proporções no debate jurídico e fora dele, não só pela polêmica que envolve o tema, mas pelo fato do impetrante ser um ex-presidente da república.

A votação, mais uma vez, pela possibilidade de decretação da sua prisão, após a condenação em segunda instância, mantendo a decisão da suprema corte em 2016, ressuscitou o debate do tema. Em que pese toda a discussão política acerca deste julgamento, detenho-me à análise dos aspectos jurídicos concernentes a legalidade ou não da decretação provisória da prisão e, portanto passo a analisar a inconstitucionalidade da posição adotada pelo Supremo Federal ao se posicionar, mais uma vez, pela possibilidade da execução provisória da pena.

Um ponto essencial, nessa análise, é entender a função que o Supremo Tribunal Federal exerce no poder judiciário do nosso ordenamento. Delegada pelo poder constituinte originário, o STF é o guardião da Constituição Federal, não devendo perder de vista que a presunção de inocência está disposta na nossa Carta Magna, não só como garantia fundamental, mas como direito essencial, na medida, que é clausula pétrea no nosso sistema.

A nossa Constituição permite ser alterada, desde que respeitada alguns fundamentos intocáveis, as cláusulas pétreas, dentre elas estão os direitos individuais. O princípio da presunção de inocência como cláusula pétrea em nossa constituição, cria um

primado de que ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado. Perder esse direito é arrancar do cidadão o direito de presumir-se inocente. Permitir que réus, ainda não comprovadamente culpados, sejam presos, é admitir sua culpa e ignorar e presunção de inocência que estes gozam.

Nas palavras de Branco:

O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT) – é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, e lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem seguidas.

Há, afinal, as limitações materiais ao poder de reforma. O poder constituinte originário pode estabelecer que certas opções que tomou são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina cláusulas pétreas (BRANCO, p.118/120. 2014).

Para defender a possibilidade da execução provisória da pena, muitas vezes se resgata ordenamentos jurídicos de outros países que não condicionam a aplicação da pena aos recursos extraordinários, como também fez o ministro Edson Fachin em seu voto (FACHIN, Edson. STF. HC 152.752/2018). Diferentemente de alguns países, porém semelhantes a outros, como Itália e Portugal, a nossa escolha constitucional foi por condicionar o trânsito em julgado ao esgotamento de todas as vias recursais, inclusive aos recursos especial e extraordinário. Permitir, portanto, a prisão do réu, antes do esgotamento das vias recursais ao tomar como referência o regramento de outros países, é negligenciar alguns dos principais direitos fundamentais constitucionais que nos é garantido.

Nas palavras de Brasileiro de Lima:

Logo, o caráter ‘extraordinário’ dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter ‘extraordinário’ desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução da pena. (LIMA, 2017, p. 49).

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, assim como o de outros países, é construído a partir de legislações e regramentos próprios, baseados de acordo com a nossa cultura e realidade. Tentar importar regramentos de outros países de maneira avulsa ou simplesmente comparar nossa estrutura judiciária a de outros países, em um ou outro detalhe, é negligenciar toda a história e também toda a realidade daquele país. É certo, que há muitos países que não suspendem a execução pena até os recursos extraordinários, porém, nestes países, o trânsito

em julgado não depende das instâncias extraordinárias e, ainda que dependesse, a realidade brasileira não pode ser comparada em pontos avulsos sem antes haver um estudo sistêmico.

Nas palavras de Breda:

Façamos uma concessão: é verdadeiro o argumento utilizado pelos que defendem a execução antecipada de que se trata de uma regra específica do nosso sistema, dificilmente encontrada nos países de semelhante desenvolvimento, mas esquecem que é tão ou mais difícil achar outro país com aproximadamente trezentos mil presos preventivamente, antes até de uma decisão de primeira instância, matéria que não está em discussão.

As comparações entre sistemas processuais de diferentes países, culturas e realidades servem apenas para confundir e lançar uma névoa sobre o verdadeiro debate que interessa: quais os sentidos e limites das regras que a Assembleia Nacional Constituinte e o Congresso Nacional aprovaram, no legítimo exercício do poder que o povo brasileiro lhes outorgou? (BREDA, 2018).

Outro ponto sustentado por alguns ministros foi o de que, caso o Habeas Corpus fosse recebido, seria negligenciado a natureza jurídica de princípio da presunção da inocência. O Barroso, por exemplo, em seu voto, argumenta a necessidade de aplicação de pesos aos princípios para que não se produza um direito penal desmoralizado que não serve a ninguém. (BARROSO. STF. HC 152.752/2018).

Porém, a possibilidade de prisão cautelar nas suas espécies e também da prisão em flagrante já demonstra que a presunção de inocência não seria, de maneira alguma, encarada como uma regra-norma, pelo simples fato de ser proibida a prisão após a condenação em segunda instância.

Nas palavras do ministro Celso de Melo neste HC:

São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo real trânsito em julgado da sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria constituição da republica (CF, art. 5 °, LVII). O STF, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza, como anteriormente enfatizado, a decretação de prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou de réus, pois expressamente reconhece uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a perseverar e proteger os interesses da investigação criminal e do processo penal (STF. HC 152.752/2018. Relator: Néri Silva. 05 de abril de 2018)..

Neste sentido, confirmando que a prisão provisória é sim compatível com o princípio da presunção de inocência, os processualistas penais, Rodrigues e Leal Neto, afirmam:

No campo da prisão provisória, o princípio do estado de inocência também desempenha um papel decisivo. Desde logo, advirta-se que o instituto da prisão provisória não é incompatível com o princípio do estado de inocência. Posto de outra forma: o princípio em questão não é absoluto. Atente-se que a própria Constituição previu a possibilidade de prisão provisória, por exemplo, no art. 5º, LXI – além do que, há na Magna Carta o princípio da segurança pública, que também torna possível falar em prisão decretada antes do trânsito em julgado. O referido princípio, ao propor que ‘ninguém será preso considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, força-nos encara a prisão provisória como medida extrema excepcional. (RODRIGUES e NETO, 2016, p. 341/342).

Ainda nessa toada, não há como sustentar que o nosso ordenamento jurídico defenda uma diminuição presunção de inocência à medida que se vence as instâncias jurisdicionais, como faz, por exemplo, o ministro Edson Fachin ao proferir em seu voto que: “Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão é necessária”.. Afirmar isso seria o mesmo que dizer que o réu, em segunda instância, é mais culpado que o réu ainda na primeira instância. Esse raciocínio não merece prosperar pelo simples fato que a presunção de inocência o igualmente acompanha até o trânsito em julgado, conforme disposto em nossa própria legislação

O trânsito em julgado é o único momento, determinado pela nossa Constituição, que a presunção de inocência não subsiste mais ao apenado. A presunção de culpabilidade só recai ao indivíduo a partir da irrecorribilidade da sentença penal condenatória atribuída a ele.

Não é por outro motivo que o supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões jurídicas. (MELLO, 2018)

Nesse sentido, Lopes Jr defende:

O Brasil recepcionou, sim, a presunção de inocência e, como ‘presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. É a presunção de inocência um ‘dever de tratamento’ no terreno das

prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado. (LOPES, Jr 2016).

Além da necessidade de garantir os direitos fundamentais e a dignidade humana aos indivíduos, uma ruptura constitucional de tal modo também implica em uma insegurança jurídica, tendo em vista que não se pode garantir aos cidadãos o respeito a seus direitos quando inclusive as cláusulas pétreas são violadas. A sensação gerada é maléfica não só pra quem tem seus direitos individuais violados, bem como para a sociedade que sofre da iminência de tê-los, pois abala a legitimidade da execução das sanções penais.

Deste modo, presunção de inocência até o transito em julgado não só é reproduzido em outros diplomas infraconstitucionais, tais com o Código de Processo Penal a Lei de Execução Penal, como é também tutelada nas próprias decisões da suprema corte, duas delas foram mencionadas pelo ministro Celso de Melo a fim de fundamentar seu voto (MELO. STF. HC 152.752/2018).

A primeira delas foi a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 48 do decreto 314/67 que impunha ao réu como efeito automático da prisão em flagrante delito do mero recebimento da denuncia a suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, exatamente com o propósito de tutelar o principio da presunção de inocência.

No mesmo sentido, ele traz a revogação do artigo 393 do Código Processual Penal, que dispunha: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”. A revogação de tal dispositivo se deu exatamente por afrontar o principio da presunção da inocência, na medida que impunha a condenação antes da confirmação da culpabilidade com o transito em julgado.

(...) não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o “*status poenalis*” do condenado.

Ao trazer, como exemplo, esses dois julgados da própria corte suprema em que o princípio da não culpabilidade foi usado ora para proteger o exercício da profissão, ora para proteger o nome do réu ao rol dos condenados, o ministro demonstra que não pode a garantia fundamental da presunção de inocência ser negligenciada quando se trata de um direito muito mais caro ao indivíduo, sua própria liberdade.

Não merece, portanto, prosperar um entendimento que negligencie ao indivíduo justamente o seu direito a liberdade. Estaria permitindo, deste modo, que um valores mais caros à dignidade humana fosse suprimido, tendo em vista que a presunção se inverteria, colocando previamente o sujeito na posição de culpado.

O mesmo argumento é trabalhado por outros processualistas, no sentido da impossibilidade de atingir um direito muito mais caro ao cidadão como a liberdade, quando outros direitos são protegidos do trânsito em julgado. Nas palavras de Cunha:

(...) não há dúvida de que não há o menor sentido lógico em admitir que o condenado seja encarcerado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória mas não possa ser submetido a medida muito menos restritiva como, por exemplo, a prestação de serviços a uma entidade pública (CUNHA, 2018).

Nesse mesmo sentido, ao fundamentar seu voto, o ministro Celso de Melo, trouxe alguns dispositivos infraconstitucionais que reforçam a importância e a necessidade da aplicação do princípio da presunção da inocência.

A Lei de Execução Penal, em seus artigos 105 e 147, bem como o Código de Processo Penal Militar, em seus artigos 592, 594 e 604, demonstram que a execução provisória da condenação criminal recorrível, é salvaguardada também na legislação ordinária, dada sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

LEP, art. 105: Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

LEP, art. 147: Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

CPPM, art. 592: Somente depois de passada em julgado, será exequível a sentença.

CPPM, art. 594.: Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.

CPPM, art. 604: O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença transitada em julgado, que impuser a pena de reforma ou suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de posto, patente ou função, ou a exclusão das forças armadas.

Em todos estes diplomas processuais penais, as consequências atribuídas àquele que é culpado só se aplicam depois do trânsito em julgado, garantindo assim que a inocência do réu seja presumida até o momento que ele perde a qualidade de réu e só aí passa ser condenado.

De maneira ainda mais derradeira, os dispositivos dos artigos 50, do Código Penal, e 164 da Lei de Execução Penal, demonstram a importância de presumir que todo indivíduo é inocente, até que se prove o contrário com a sentença penal condenatória transitada em julgado. Nestes dispositivos não se admite a condenação, nem pela pena de multa daquele que ainda não recebeu da jurisdição, o status de culpado. A pena de multa, que atinge o sujeito única e exclusivamente na esfera econômica, não pode ser aplicada antes do ato de proferir a sentença penal irrecorrível. Demonstrando, mais uma vez, como nosso ordenamento jurídico todo se fundamenta na presunção de inocência do indivíduo.

5. Conclusão:

O presente artigo científico analisou como a atual posição do STF, em relação a execução provisória da pena, se mostra inconstitucional. A partir de uma análise dos julgados e de toda a estrutura do nosso ordenamento jurídico, pondera-se como o princípio constitucional da presunção de inocência é violado ao permitir que a pena seja cumprida pelo réu ainda no curso do processo. Violar o princípio da presunção de inocência é declarar que aquele indivíduo, ainda não comprovadamente culpado, vai ter que cumprir a pena privativa de liberdade.

Para chegar a este ponto foi demonstrado não só a importância da presunção de inocência para o nosso Ordenamento Jurídico e como ele tutela este princípio, mas também como ele é tutelado inclusive no âmbito internacional. Ao remontar ao Iluminismo

percebemos que o respeito aos direitos individuais, como a presunção do status de inocência, é essencial para manutenção do próprio regime democrático.

A análise da atual jurisprudência do STF, acerca do tema, no que tange os julgados de Habeas Corpus, mostrou um contrassenso não só com o disposto, em forma de cláusula pétrea na nossa Constituição Federal, bem como com o que o próprio STF já decidiu em outros julgados. Resgatando, dessa forma, o entendimento da suprema corte na época em que suas decisões ainda eram fortemente influenciadas pelas ideias do regime não democrático recém-extinto.

O STF tutela outros direitos, tais como o do exercício regular da profissão ou o econômico com a condenação de multa, determinando que eles só podem ser atingidos após o trânsito em julgado. Não respeitar a presunção de não culpabilidade, logo quando se trata da liberdade do indivíduo com a condenação de penas privativas de liberdade, seria um verdadeiro atropelo aos direitos e garantias básicas dos cidadãos.

Outro ponto importante é o princípio da legalidade. A imposição da pena deve ocorrer quando amparada por previsão expressa em lei, e determina-la antes do trânsito em julgado é atribuir sentido diverso daquele disposto no próprio texto constitucional, violando também, portanto, o princípio da legalidade.

Deste modo, o trabalho de conclusão de curso então apresentado tem por fim, utilizar nosso próprio ordenamento jurídico, estruturado a partir da nossa Constituição Federal, para demonstrar que a posição do STF, nos julgamentos dos anos de 2016 e de 2018, relacionados ao tema, não cumprem o papel de tutelar a garantia constitucional dos indivíduos da sua presunção de inocência. Portanto, a partir das análises feitas durante este trabalho, concluo que é inconstitucional, a postura do STF de permitir a execução provisória da pena.

6. Referências bibliográficas:

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 283.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro. 2015. P. 31.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito penal – parte geral 1*. São Paulo: Editora Saraiva. 2014. P. 47 e 48.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz o princípio da presunção de inocência. **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Acesso em: 04/06/2018, disponível em: https://googleweblight.com/i?u=https://www.conjur.com.br/2013-jan-08/direito-defesa-deixem-paz-principio-presuncao-inocencia&hl=pt-BR#a_ftnref2.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva. 9ª edição. 2014. P. 118/120;

BRASIL. STF. HC 84.078/2009. Relator: Edson Fachin. 05 de abril de 2009. Último acesso em 05/06/2018.

BRASIL. STF. HC 152.752/2018. Relator: Néri Silva. 05 de abril de 2018. Último acesso em 05/06/2018.

BRASIL. STF. RE 482.006/2016. Relator: Lewandowski. Último acesso em 05/06/2018.

BRASIL. STF. HC 68.726/1991. Relator: Néri Silva. 28 de junho de 1991. Último acesso em 05/06/2018.

BRÜNING, Rafael. Prisão em segunda instância é coerente com a CF. 10 de abril de 2018. O portal da Justiça e do Direito em Santa Catarina – JusCatarina. Último acesso em 07/06/2018, disponível em:

CUNHA, Rogério Sanches. STF nega seguimento a HC que pretendia obstar execução provisória de pena restritiva de direitos. **Meusitejurídico.com**. Acesso em 18/05/2018, disponível: <http://meusitejuridico.com.br/2018/05/18/stf-nega-seguimento-hc-que-pretendia-obstar-execucao-provisoria-de-pena-estritiva-de-direitos/>

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm. 2017. P. 49.

BREDA, Juliano. A constituinte rejeitou a execução da pena antes do trânsito em julgado. **Estadão**. Acesso em 23/05/2018, disponível em: <http://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/a-constituente-rejeitou-a-execucao-da-pena-antes-do-transito-em-julgado>. 2018.

LOPES Jr. O fim da presunção de inocência é nosso 7 a 1. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Acesso em: 13/05/2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho penal. Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1951.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva. 9ª edição. 2014. P. 534;

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. Iluminismo político: a libertação do homem pelo Direito. **Jus.com.br**. 2013. Acesso em: 04/06/2018. disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23331/iluminismo-politico-a-libertacao-do-homem-pelo-direito>

RODRIGUES, Márcio e NETO, Fernando Leal. Super-revisão para concursos jurídicos. Indaiatuba/SP: Editora Foco. 2016, p. 341.