

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Renan Santana Silveira*

RESUMO

Trata-se de trabalho desenvolvido com o objetivo de realizar uma busca pormenorizada e estudo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), no tocante ao tema da execução provisória da pena, imposta em decisão condenatória. Ganha relevância a partir do momento em que expõe as posições divergentes, bem como a mudança do entendimento anteriormente firmado pela própria suprema corte. Ademais, correlaciona-se intimamente com o papel institucional do Ministério Público, tendo em vista ser este o titular da persecução penal e atuante nos processos de execução penal.

Palavras-chaves: Direito Processual Penal. Execução Penal. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar, sob a ótica dos Direitos Fundamentais, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e legislação pátria, a possibilidade da execução provisória da pena, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Trata-se de tema envolvente, atual e polêmico, sobretudo em razão do novo posicionamento adotado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, firmado em fevereiro de 2016.

Até então, o entendimento defendido no âmbito do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que a decisão penal condenatória, enquanto pendente de recurso, jamais poderia ser executada.

Com efeito, tal entendimento antes era possibilitado através da aplicação absoluta do Princípio da Não Culpabilidade (Presunção de inocência), em respeito ao que se entendia, em outros tempos, dos mandamentos constitucionais que vedava a execução provisória da pena enquanto não houvesse trânsito em julgado da decisão condenatória.

* Técnico do MPE/RN – Área Administrativa. Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal pelo Complexo de Ensino Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN

1 DOS PRINCIPAIS DIREITOS ENVOLVIDOS EM QUESTÃO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trata-se de princípio geral de Direito Constitucional, previsto de forma expressa na Constituição Federal. Dessa forma, apresenta-se com um cunho estrutural para a persecução penal estatal, sobretudo na ótica da aplicação da pena (execução).

A constituição Federal da República de 1988 (CF), em que pese as atuais 91 emendas, consta desde seu texto original a disposição acerca do Princípio da Presunção de Inocência.

Dispõe, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, notadamente em seu art. 5º, inciso LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Para se ter noção da relevância histórica e abrangência da matéria, a disciplina está esculpida, inclusive, em diplomas normativos jurídicos estrangeiros.

A propósito, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (DUDH), que se trata de um marco para os Direitos Humanos no âmbito mundial, consta passagem sobre o tema.

Proclamada na assembléia geral das nações unidas, realizada na capital da França, em Paris, e composta pelos mais diversos países, em 1948, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe, em seu artigo 11º, que:

Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpabilidade fique legalmente comprovada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas

Posição de destaque também é destinada pela doutrina jurídica ao lidar com o tema, conforme leciona MORAES (Direito Constitucional, p. 118, 2009) “... a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.”.

Leciona, também, sobre o assunto a professora Ana Flávia Messa, ao final referenciada, ao dispor pontualmente o seguinte:

É uma garantia processual penal – prevista no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVII, que dispõe que uma pessoa somente será considerada culpada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória –, que pode ser violada nas seguintes situações:

- a) decretação de prisão cautelar sem amparo em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais (não basta a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade nem a mera alusão à gravidade genérica do delito);
- b) inquéritos e processos em andamento considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base;

- c) caracterização, como de má personalidade, de inquéritos ou ações penais que ainda estejam em andamento ou que tenham transitado em julgado em data posterior aos fatos expostos na exordial acusatória;
- d) reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal e ofensa à individualização da pena.

Percebe-se que há uma série de restrições à atuação estatal. A presença de comandos ideológicos a serem perseguidos, sobretudo pelo poder público, de modo que se revela uma garantia individual para preservar um julgamento justo, com recursos.

Em uma ótica garantista, a aplicação do referido postulado constitucional deveria perquirir de forma intensa todo o trâmite processual ao ponto de que, com base neste, a aplicação da pena estipulada no decreto segregatório deveria aguardar o exame da matéria por todas as instâncias.

Após a análise por todos os órgãos do judiciário, conforme os recursos que fossem manejados, só então, quando chegasse o instante do trânsito em julgado para a acusação, é que a reprimenda poderia cumprida.

1.1 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Não menos importante do que o Princípio da Presunção de Inocência e, altamente relacionado ao princípio esposado no tópico anterior, o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, também encontra amparo no âmbito constitucional.

Todavia, revela-se como um postulado de forma implícita, sendo possível aferir a sua existência, bem como seu significado, a partir da intelecção de diversos dispositivos constitucionais.

A Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, inciso LV, dispõe o seguinte comando normativo: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Percebe-se, pois, da exegese da suprema norma que não há previsão expressa no sentido de ser assegurado, irrestritamente, o chamado Duplo Grau de Jurisdição, mas sim, a possibilidade de recurso.

Essa possibilidade de defesa visa, sobretudo, harmonizar-se com o Direito à Ampla Defesa¹.

Por outro lado, pela forma como estão organizados hierarquicamente os órgãos do poder judiciário, denotam que nos casos de recursos –ressalvados os

¹ Constituição Federal/88, Art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

casos de competência penal originária do STF²- há remessa para um órgão superior incumbido de reexame da matéria fático-jurídica.

Tratando-se de processo penal iniciado por magistrado de primeira instância e, havendo recurso em face da decisão proferida e sendo este admitido, será proferido julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado respectivo ou Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Após esse julgamento, caso seja, novamente interposto recurso, estes seguirão para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, em Brasília.

Logicamente, vai depender do caso concreto e do recurso que fora manejado, mas, em síntese o fluxo recursal do sistema processual penal Brasileiro é esse.

Infere-se, pois, que ocorre a materialização do princípio do duplo grau de jurisdição quando nos casos em que a matéria é analisada por dois órgãos distintos de julgamento.

Por fim, convém ressaltar que essa garantia processual penal não deixa de lado a imposição, para ambas as partes (acusação e defesa), da necessidade de observar previamente os pressupostos de admissibilidade recursais por ocasião da interposição de algum recurso.

Devem ser verificadas, pelos recorrentes, as hipóteses gerais de cabimento (casos em que são permitidos os recursos) tais como; a tempestividade (respeito ao prazo legalmente estipulado para o protocolo da petição recursal) e forma (exigências específicas estipuladas em lei).

De igual maneira também deve ser observado o interesse recursal do recorrente, ou seja, o recurso não pode ser manejado como forma eminentemente protelatória, sem que haja irresignação com o *decisum in totum* ou parte deste a ser impugnado e, por fim, legitimidade do recorrente (ser parte na demanda).

Por fim, feita a análise dos pressupostos gerais de admissibilidade dos recursos, bem como dos pressupostos específicos, é que se pode levar o feito à diante para ser submetido ao julgamento, pelo próprio órgão que proferiu a decisão ou para uma segunda instância (duplo grau de jurisdição).

1.2 DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) [...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Acerca da execução da pena, há a Lei nº 7.210/1994 (LEP), que é a Lei de Execuções Penais, sendo responsável por regular as hipóteses de cumprimento da pena, benefícios, Direitos dos apenados, deveres destes e do poder público, dentre outras questões.

Trata-se de diploma normativo emanado antes da vigência da Constituição Federal de 1988. Por tratar-se de um ato normativo em vigência antes na nova ordem jurídica não há que se falar em inconstitucionalidade dos seus dispositivos, frente a CF.

Nessa situação, portanto, há que ser verificado se houve o fenômeno jurídico da recepção constitucional, ou seja, se a nova ordem jurídica, lastreada na nova Constituição, se harmoniza com os preceitos legais praticados antes de sua vigência.

A respeito do início da execução da reprimenda penal imposta pelo Estrado, através do exercício do *jus puniendi* dispõe a Lei de Execuções Penais que:

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.

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

[...]Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.[...]

Da leitura dos dispositivos legais acima, percebe-se que a aplicação da pena privativa de liberdade deveria, em regra, ocorrer apenas após a ocorrência do devido trânsito em julgado.

A partir deste momento processual, caberá ao magistrado determinar a expedição de guia de recolhimento (também chamada de guia de execução penal) para que seja promovida a execução.

A lei é taxativa ao dispor que é necessária a expedição da guia de execução e que esta só deve ser ordenada sua expedição após o trânsito em julgado da decisão proferida.

Por outro lado, se porventura o réu estiver preso cautelarmente (por força de uma prisão preventiva ou temporária) e, enquanto aguarda o desfecho do processo penal, viesse a atingir o tempo para progressão de regime, este deveria ser operacionalizado.

A não progressão de regime do preso provisório caracterizar-se-ia uma forma de constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção, em razão de permanecer no cárcere e em regime mais severo por um tempo superior ao que deveria.

Diante de tais casos caberia o manejo do instituto jurídico-processual adequado, qual seja *habeas corpus* ou petição autônoma, requerendo a progressão para o regime mais benéfico de cumprimento da pena em razão de ter atingido

o critério objetivo temporal, o que não afasta a análise dos demais requisitos subjetivos.

Pensando nessa possibilidade, há tempos o pretório excelso Supremo Tribunal Federal já editou a Súmula nº 716 que dispõe o seguinte: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em uma análise dos julgados da suprema corte, verifica-se que a mesma decorreu de um julgamento de um caso em concreto, cuja ementa pode ser constatada nos seguintes termos:

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 arrazoado 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 subsequentes 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 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, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLICAÇÃO 26-02-2010)

A partir do julgado acima exposto, percebe-se que o entendimento jurisprudencial da suprema corte, em meados de 2009, era no sentido da impossibilidade da execução provisória da reprimenda estatal.

O julgamento encetado a partir do *Habeas Corpus* (HC) 84078/MG serviu de estopim para o surgimento da Súmula 716, firmando jurisprudência orientadora da execução pena.

Entendeu-se que a prisão, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, apenas poderia ser de natureza cautelar (aquela que tem por objetivo assegurar a utilidade do processo).

Em uma interpretação garantista, foi asseverado que o Princípio da Legítima Defesa não poderia ser entendido de forma restrita, de modo que deve abarcar todas as fases processuais, inclusive os recursos extraordinário e especial, sob pena de configurar desequilíbrio nos meios de defesa.

Defendeu-se, ainda, que a execução provisória da pena não poderia se fundamentar na comodidade dos magistrados, pelo fato de que haveria exasperação no número de recursos a serem julgados pelas instâncias superiores, além de outros argumentos para ensejar a redação do verbete sumular.

Dessa forma, o entendimento de que não caberia execução provisória da pena, no âmbito do processo penal, vigorou até meados de 2016, quando então houve mudança de entendimento jurisprudencial do STF, conforme se verá adiante.

2 A MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A PARTIR DO JULGAMENTO, NO STF, DO *HABEAS CORPUS* Nº 126292/2016.

Conforme exposto no tópico anterior, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade jurídica da execução provisória da pena, quando o processo ainda não houvesse sido encerrado (trânsito em julgado).

Ocorre que de 2009 até a nova decisão, ocorrida em 2016, a suprema corte passou por uma oxigenação intelectual capaz de reaver o entendimento anteriormente firmado.

Nesse período em questão, houve a chegada dos Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Rosa Maria Weber e Teori Zavascki.

Por outro lado, deixaram a o egrégio tribunal os seguintes intelectuais: Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Cezar Peluso.

A partir dessa nova mentalidade do Supremo Tribunal Federal, veio à tona o julgamento do *habeas corpus* nº 126292/2016.

O caso em comento, a relatoria do processo foi do ministro Teori Zavascki, que proferiu inicialmente decisão monocrática nos seguintes termos:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP.

Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada:

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).

Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega, em suma, que o Tribunal de Justiça local decretou a prisão preventiva do paciente sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, mormente porque o magistrado sentenciante permitiu que o réu recorresse em liberdade. Requer, liminarmente, “seja sobrestado o mandado de prisão expedido contra o Paciente até o julgamento final deste writ, quando espera ver reconhecido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória (...)”. 2. À vista da Súmula 691 do STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida supressão de instância. Sabe-se, porém, que a jurisprudência desta Corte admite seu abrandamento em casos excepcionais (v.g., entre outros, HC 118.066 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 25-09-2013; HC 95.913, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 06-02-2009), quando manifesta a ilegalidade. 3. É o caso dos autos. A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, da seguinte forma: “Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva”. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o seguinte: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”.

Vê-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por algum motivo não estiver preso, ou contramandado de prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República. Intime-se. Publique-se. Brasília, 5 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente.

(HC 126292 MC, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 05/02/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015)

O caso em questão foi o julgamento paradigma para mudança de entendimento da corte.

Em síntese, o paciente fora condenado em primeira instância, onde houve reconhecimento do direito de recorrer em liberdade. Posteriormente, em recurso exclusivo da defesa, o tribunal de justiça local negou provimento e, sem fundamentação, determinou a prisão do paciente.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário -o que não cabe- razão pela qual foi indeferido o pedido liminar por parte do STJ.

Apesar disso, em casos excepcionais o tribunal superior pode conceder a ordem de ofício, quando patente a violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Logo em seguida ocorreu a renovação do *habeas corpus*, com pedido liminar, só que agora, no Supremo Tribunal Federal.

Distribuído, os autos, para o relator Ministro Teori Zavascki, o magistrado, deferiu a liminar, em 2015, pelas razões acima expostas e, em que pese a incidência do caso para aplicação literal da súmula 691³ do próprio STF, o relator entendeu que em casos excepcionais poderia haver a flexibilização do referido postulado.

Posteriormente, em 2016, o processo foi posto em pauta para julgamento pelo plenário (11 ministros), cuja decisão proferida foi inovadora e de encontro ao entendimento anteriormente firmado.

Em 17 de fevereiro de 2016, o plenário decidiu que é possível a execução provisória da pena após a interpretação constitucional de ponderação de interesse dos princípios jurídicos que estavam sendo debatidos.

Na sessão, participou o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot que, em parecer, ressaltou que proferida decisão no âmbito de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional, eventual recurso apenas será analisado no âmbito jurídico. Definida está, portanto, a materialidade e autoria do delito, aptas a ensejar a execução desde já.

Asseverou, ainda, que não há como desconstituir uma situação fática, de modo que em razão dos ardilosos recursos defensivos, com frequência ocorre prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por seu turno, o eminente relator ministro Teori asseverou que os recursos especial ou extraordinário não há análise fática, mas tão somente jurídica.

Foi destacado que as súmulas nº 716⁴ e 717⁵ já sinalizavam a mudança de entendimento da suprema corte, tendo em vista que era reconhecido o direito de o preso provisório progredir de regime, ainda que pendente de julgamento de recurso, sendo reconhecida, pois a possibilidade de execução provisória da pena.

Ressaltou, ainda, que o julgamento paradigma que vedou a execução provisória (HC 84078) foi de 2009, cuja votação não foi unânime (7x4), cabendo, então, uma reanálise do entendimento do STF.

O ministro relator destacou que, em decorrência da aplicação do princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade, deve-se presumir inocente,

³ Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

⁴ Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

⁵ Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

antes do trânsito em julgado, até mesmo o réu confesso e que cometeu suposto crime e foi filmado.

No âmbito do Tribunal de Justiça/Tribunal Regional se concretiza o duplo Grau de Jurisdição, encerrando a análise fática. Recurso Especial ou Extraordinário não são a instrumentalização do duplo grau.

Utilizou um trecho da fundamentação da ministra Elen Grace (HC 85886) ao dizer “Em país nenhum do mundo, depois de observado o Duplo Grau de Jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da suprema corte.”.

Pela pesquisa realizada pelo ministro Joaquim Barbosa, menos de 4% dos recursos em matéria criminal (excetuando os casos de competência originária), não logra êxito, possivelmente em razão da nítida intenção protelatória defensiva.

Quando não se executa provisoriamente, transcorre o prazo prescricional, facilitando a ocorrência da prescrição. Caso seja necessário, eventuais abusos poderão ser combatidos via *habeas corpus*.

Dessa forma, e com esses fundamentos e, por maioria de votos, denegou-se a ordem, com a consequente revogação da liminar, sendo vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski (presidente).

CONCLUSÃO

Pelo exposto, entende-se que a presente decisão⁶ do Supremo Tribunal Federal mostrou-se relevância, sobretudo em termos de política criminal.

Entre os julgados de 2009 e 2016 não houve inovação legislativa substancial para ensejar mudança de entendimento. A mutação que, de fato, houve, foi na composição do STF.

Na atualidade a população está saturada com a crescente onda de violência e proporcionalmente à elevada impunidade. Dessa maneira, executar, desde logo, uma decisão condenatória satisfaz o clamor social.

No mesmo esteio, também se entende que foi acertada a referida decisão, haja vista que não há princípio absoluto, razão pela qual a ponderação de interesses foi devidamente efetivada pelo STF, ao conceder a possibilidade da execução provisória da pena.

⁶ HC 126292, julgado em 17 de fevereiro de 2016.

PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY UNDER THE UNDERSTANDING OF HABEAS CORPUS No. 126292/2016 FROM THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT

This work aims to conduct a detailed search and study on the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court (STF), regarding the issue of provisional execution of the sentence imposed on conviction. It becomes relevant once it exposes the divergent positions and the change of the understanding previously signed by the Supreme Court. Moreover, it correlates closely with the institutional role of the Prosecution Department considering its function as the holder of the criminal prosecution and decisive player in criminal enforcement proceedings.

Keywords: Criminal Procedural Law . Penal execution. Jurisprudence. Federal Court of Justice

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 2. ed. 2010. São Paulo: Método, 2010.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BONAVIDES, Paulo. Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. São Paulo: Malheiros. 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot, Curso de Processo Penal 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Código de Processo Penal 1941. Brasília: Senado Federal, 1941.

_____. Código Penal 1940. Brasília: Senado Federal, 1940.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. v.3. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Sergio Sérulo, Dicionário Compacto do Direito. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2003.

CUNHA JR, Dirley e outro. Constituição Federal para concursos. Editora Jus Podivm. 2010.

DELMANTO, Dante. Defesas que fiz no júri. 7. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2009.

DIRCEU BARROS, Francisco. *Teoria e prática no júri*. Rio de Janeiro: Campos, 2009.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. Código Penal Compilado. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. Curso de Direito Penal Parte Geral – v. I. 12. ed. 2010. Editora Impetus – Rio de Janeiro.

_____. Direito Penal do Equilíbrio. 4. ed. 2009. Impetus – Rio de Janeiro.

JESUS, Damásio E. de. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, arts. 1º. a 120. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed 2012. Saraiva

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MESSA, Ana Flávia. Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal. v.1, parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 3. ed. Salvador: Jus Podvm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Manual de processo penal, 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2007

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

Sites consultados

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br