

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SUA COMPATIBILIDADE COM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

SILVA, Tainara Miranda¹
SANTOS, José Eduardo Lourenço²
Artigo Científico³

RESUMO

O tema proposto para este trabalho encontra-se articulado com a questão da flexibilização do princípio jurídico da presunção de inocência, que vem sendo debatido no Supremo Tribunal Federal, que decidiu que é possível aplicar a execução provisória da pena em decisão de condenação a partir da segunda instância. Com o objetivo de mostrar no decorrer deste artigo que esse princípio não é um princípio absoluto, e que não viola os direitos garantidos pelo acusado, tendo ele suas garantias à disposição da mesma forma. Para desenvolver esta pesquisa, será necessário utilizar procedimentos metodológicos como análise doutrinária, jurisprudencial e artigos que desenvolvem sobre este assunto. Por meio deste artigo, se pretende sustentar que a posição do Supremo Tribunal Federal não é inconstitucional, que a execução provisória da pena em condenação de segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência e muito menos viola direitos do apripionado.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Presunção de Inocência. Projeto de Lei Anticrime

INTRODUÇÃO

No presente artigo apresenta-se um estudo que vem sendo alvo de debates jurídicos no que diz respeito a aplicação do princípio da presunção de inocência na execução da pena, jurisprudências e as doutrinas vêm questionando a sua aplicação na esfera penal, tendo em vista que em 2009 o Supremo Tribunal Federal - STF em julgamento de um “habeas corpus” decidiu, em votação unânime dos ministros que um acusado só poderia ser preso após o Trânsito em Julgado de sentença penal condenatória e que a execução provisória da pena não poderia ser aplicada, violando o princípio da presunção de inocência, sedimentando este entendimento da Corte Suprema.

¹ Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Professor . Dr. José Eduardo Lourenço Santos

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Nesse sentido, um julgado semelhante, “habeas corpus” 126.292 do ano de 2016 impetrado para julgamento do STF com o mesmo assunto a ser discutido e neste momento o STF muda o seu entendimento, passando admitir a execução provisória da pena, após condenação em segunda instância no Tribunal, por sete votos a quatro, defendendo que tal ação não ofende o princípio da presunção de inocência.

Dessa atitude do STF, houve uma enorme repercussão e posições divergentes a respeito do assunto começaram a surgir, por ser um tribunal que deve manter a uniformização do direito, o plenário acaba mudando entendimento para dar ao processo penal uma efetiva concretização na sua aplicação.

Nesse cenário esse trabalho tem como objetivo geral, apresentar uma ampla discussão fundamentada em legislação, jurisprudências e entendimentos que pretendem evidenciar que o princípio da presunção de inocência é um fator relevante no contexto jurídico penal.

A problemática desse estudo gira em torno do desígnio de favorecer a execução provisória da pena em condenação de segunda instância mostrando que esta decisão não ofende a Constituição Federal de 1988 em relação ao Princípio da Presunção de Inocência, elencado no artigo 5º, LIV. Tendo este debate uma enorme relevância no âmbito jurídico e tendo de um lado a ideia de uma valorização maior em relação aos princípios em nosso ordenamento jurídico e de outro lado a ideia de que o princípio não está acima da lei, pois deve haver uma ponderação e não os princípios se sobrepuserem sobre toda e qualquer circunstância.

A metodologia adotada para o desenvolvimento deste artigo será doutrinária, jurisprudencial e literal que desenvolvem sobre este assunto, buscando um raciocínio do geral para o específico. Para isso são citadas legislações, julgados, concepções e ideias de um modo geral que possibilitam o esclarecimento do tema, assim como, colocam o leitor/pesquisador de um lado do cenário.

O estudo é uma coletânea de conteúdos que podem ser ainda mais explorados e assim agregados mais conhecimentos sobre essa temática que tem um amplo espaço para debates e entendimentos, haja vista que o contexto é atual e relevante no cenário jurídico atual que tem inúmeras ações agindo nesse contexto.

1 DOS PRINCÍPIOS

Os princípios têm um papel muito importante no nosso ordenamento jurídico brasileiro, porém muitos vêm interpretando de forma equivocada a finalidade dos princípios. Intérpretes do direito acabam nesta discussão da violação ao princípio da presunção de inocência e a prisão em segunda instância, colocando os princípios acima das normas e isto não deve ocorrer, sendo que as leis são completamente rígidas, de difícil interpretação diversa, ela não é flexível, diferentemente dos princípios.

O primeiro pensamento para conter os conflitos sociais foi elaborar regras de caráter punitivo a sociedade, que ao praticar determinadas condutas que não condiziam com as culturas e o respeito ao coletivo seriam responsabilizadas por este ato.

Sendo assim, no bojo da nossa legislação, os princípios sempre aparecem de forma à ajudar e garantir as pessoas, as relações jurídicas um “plus” a mais em conjunto com a lei, não que apenas um princípio por si só irá resolver situações que são apresentadas e irá sempre se sobressair nas relações jurídicas discutidas. Porém podemos entender que os princípios não são absolutos, que se devem prevalecer em qualquer ocasião e absorver a lei.

1.1 Origem Histórica Dos Princípios

A luta de todos os povos, no decorrer dos anos para que conseguissem conquistar garantias fundamentais vem desde a antiguidade, onde haviam sanções bárbaras, que violavam a qualidade de seres humanos, como a época em que a vingança era realizada pelas próprias mãos de toda população, que ficou denominada como a lei de talião, onde não havia total desproporção muita das vezes entre as condutas que levavam a morte das pessoas, perda de membros do corpo, atrocidades cruéis.

No Brasil, a primeira Constituição que passou a trazer direitos e garantias fundamentais foi a de 1824, denominada Constituição Política do Império do Brasil, mesmo que estabelecia um governo monárquico unitário e hereditário, aboliu todas as penas cruéis, que violavam a dignidade das pessoas e introduziu em um capítulo da constituição os direitos e garantias fundamentais, caracterizando um grande avanço. Ea partir desta constituição, o rol

de direitos e garantias foi se ampliando a cada revolução e a cada nova Constituição. (GOMES; ZAMARIAN, 2012).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1891, adotou a forma de governo República Federativa, e a partir desta, trouxe a previsão expressa do “habeas corpus”, que até hoje tem uma prioridade, e uma função muito importante no ordenamento jurídico atual, que discute a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir, garantido até hoje pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em seu bojo um grande viés garantista de todos os direitos humanos. (GOMES; ZAMARIAN, 2012).

O princípio constitucional da presunção de inocência, de acordo com estudiosos do direito, foi introduzido desde a época do direito romano. Porém no Brasil, o princípio foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela nossa atual Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, no bojo do artigo 5º, inciso LVII que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Porém o debate sobre este princípio no meio jurídico é ainda extremamente constante. Com essa questão, podemos questionar se ao esperar a condenação do trânsito em julgado de uma sentença para que o acusado seja considerado realmente o culpado pela violação da lei acaba trazendo uma ineficácia do instituto penal, de acordo com Pacelli (2013, p.25), podemos olhar a Constituição Federal de 1988 e vemos claramente o seu viés garantista em um processo, visto que assegura o contraditório, a ampla defesa, de forma a limitar o abuso de poder, porém estas garantias não podem ser aplicadas indistintamente, devemos também observar os direitos coletivos e sociais que estão em volta e não apenas os direitos individuais estabelecidos na Constituição, pois o direito penal é o instrumento de controle social.

1.2 Conceito Dos Princípios

Para Robert Alexy:

“Os princípios são normas que impõe que algo seja realizado na maior medida do possível, respeitadas as possibilidades reais e jurídicas existentes, são mandamentos de otimização, posto que podem ser cumpridos em diversos graus a depender das referidas possibilidades fático- jurídicas”. (apud, LEITE , 2008 , p.26)

Com isso, podemos concluir que nem sempre um princípio irá prevalecer sobre qualquer situação, tudo deve ser visto com um olhar crítico de acordo com o fato, de forma seletiva e não sobrepor em qualquer situação, os princípios passam por uma avaliação de ponderação quando se colidem com outros princípios, e eles foram incluídos como forma de garantir determinadas idealizações, de forma para orientar, complementar o ordenamento jurídico e em muitos casos os doutrinadores passam a interpretá – los de forma que eles devem absorver a lei, se sobrepor a lei, que na visão dos positivistas a lei tem um caráter rígido, o que se deve ser respeitado é a lei que foi feita pelo legislador, que tentou prever o máximo de situações possíveis que possam ocorrer na sociedade de forma a trazer segurança jurídica as pessoas que tiverem seus direitos violados e não seria possível dar aos princípios esta supremacia máxima em relação a lei.

Por conta do elevado grau de generalidade e abstração, os princípios não são inteiramente capazes de subsunção e , conseqüentemente, não podem ser aplicados de forma imediata. (ALEXY: 2002, p. 101)

Ávila (2014, p.71-72) entende que há casos em que as regras podem ser aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas, como na hipótese da aplicação analógica, bem como nos casos em que as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas, como na possibilidade de cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores pelo aplicador diante do caso concreto.

Por isso foi criada a teoria da ponderação, para ajudar os intérpretes a solucionar um caso quando houver um conflito entre normas e princípios, nem sempre um principio vai se sobressair em relação a lei e vice e versa, nada é absoluto assim como alguns tem esta visão em relação aos princípios.

1.3 Princípios constitucionais processuais

De acordo com a Constituição, os processos em geral devem ser amparados pelo princípio do devido processo legal, também denominado na Constituição Federativa da República do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV.

O seu entendimento geral é de que os processos há de estar de acordo com o direito como um todo, sendo um norteador dos demais princípios que decorre deste, desde o início,

com todas as garantias e deveres também instituídos no decorrer do processo, o que engloba neste sistema um juiz natural, promotor natural, duração razoável do processo, acesso a justiça, ampla defesa e contraditório entre outros mais elencados pela Constituição Federal de 1988.

O princípio da presunção de inocência em sua aplicabilidade tem o papel de que o acusado deva ser tratado com uma presunção que muitos enxergam com um viés absoluto de que ele é inocente até que se prove o contrário. Com isso, no processo penal o ônus da prova é totalmente invertido, se a vítima relata que foi roubada, por exemplo, ela que irá ter que provar o fato, o acusado não tem de provar que ele é culpado nesse fato, pois a ele é imputado uma presunção de inocência, esta situação gera muitos problemas no decorrer do processo.

Sob a ótica de Martins (2014, p.421):

Como constitucionalista, entendo que só após o trânsito em julgado pode ser alguém preso, se condenado. Como cidadão, gostaria que já fosse possível a partir da condenação em segunda instância, por haver, de rigor, em matéria penal, quatro instâncias no país e, quase sempre, há prescrição da pena até o trânsito em julgado da decisão.

De acordo com a Constituição Federativa do Brasil e em nosso código de processo civil de 2015, apenas os recursos ordinários que são passíveis de possível revisão de matéria fática, probatória e de direito, quais sejam os recursos de segunda instância, sujeitos a apreciação aos Tribunais de Justiça dos estados, portanto recursos feitos ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é tratado em matéria apenas de direito, sendo um rol de possibilidade de recurso muito restrito, nem sempre é possível chegar a estas instancias extraordinárias e mesmo assim ter de esperar o trânsito em julgado para poder dizer que um autor de uma infração penal possa ser de fato considerado culpado.

Para Dallari (2019, p.124):

O princípio da presunção da inocência é praticamente universal e expresso na Constituição brasileira. Pelo artigo 5º, presume-se a inocência até o trânsito em julgado. Em respeito ao texto constitucional e também aos direitos de todos os brasileiros, deve ser aplicado o princípio da presunção de inocência. A regra não se aplica só ao Lula, aplica-se a todos nós. O que se esta pretendendo é inverter o princípio constitucional e aplicar o princípio da culpabilidade.

Vejam bem, a partir do momento que o acusado descumpre uma regra social imposta pela lei, há uma fase muito bem apurada de investigação, uma persecução criminal muito eficiente para apurar sobre o ocorrido, e para que seja instaurado um inquérito é necessário que se tenha a materialidade do crime, autoria ou indícios de autoria e na maioria das vezes realmente o indiciado é quem realmente será o culpado após a apreciação de todas as provas, testemunhas, concluindo que raramente a pessoa acusada é alguém que não teve praticamente nada a ver com o crime praticado, não seria uma pessoa totalmente incerta e que não tenha nenhuma relação com o fato, e sim alguém que já foi passível de uma rigorosa investigação policial. E assim são assegurados ao acusado em fase processual todas as garantias constitucionais do devido processo legal.

3 DA EXECUÇÃO PENAL

A execução penal vem após toda persecução penal, com todas as fases pré processuais e processuais, após o trânsito em julgado da decisão, caso o acusado seja condenado, sendo punido pelo juiz, leva-se a sentença ao juízo da execução criminal para começar seu cumprimento de pena, ela não é cumprida de forma voluntária, o apenado passa a cumprir de forma coercitiva a devida punição do seu mau comportamento em sociedade, está é a execução da pena que temos em nosso ordenamento jurídico.

Bedaque (2011) tem uma visão integrada do processo e do direito material, numa unidade funcional e harmônica, apta a explicar os institutos e fenômenos daquele em face da utilidade que possam ter para a satisfação dos valores deste. Partindo da premissa instrumentalista do direito e do processo como um todo, examina os pontos mais relevantes e específicos que determinam a vida do processo e de seus institutos.

Trazendo através de Bedaque, civilista renomado, a relação do processo civil com o processo penal, fazendo ela ligação com as informações entre as matérias e este diálogo para mostrar que no processo civil tanto quanto no processo penal há valores importantes que são respeitados.

Em face de execução penal em nosso ordenamento jurídico, os princípios e garantias dos presos são ainda mais protegidos pelo fato de que o que deve prevalecer via de regra é a liberdade, e ao ser privado este direito, busca-se na execução da pena preservar os direitos

humanos do condenado da melhor maneira possível, garantindo ao condenado sua integridade física, além de diversos direitos que os indivíduos possui além de deveres também, elencados no bojo do artigo da lei de execução penal 7.210/ 84, sendo alguns deles o direito de visita, ao tratamento médico, direito ao ensino, direito a liberdade de culto, a assistência jurídica, entre outros elencados, com isto busca a o que muitos chamam de “humanização da execução penal”, em que uma preocupação em tratar os condenados da forma mais digna possível, para eles não se sintam apesar de ter cometido infrações, pessoas desvalorizadas, pelo contrario, coloca a disposição deles todos os mecanismos possíveis para que possam melhorar de vida, como estudos e também é oferecido emprego a eles. (OLIVEIRA, 2013).

Porém também em nosso ordenamento jurídico, admite-se a execução provisória da pena, ao condenado, mesmo que a nossa Constituição Federal de 1988 preveja que somente será possível a execução da pena após o trânsito em julgado, encontramos em leis específicas, em súmulas da Suprema Corte, e até em regimento interno de Tribunais de competência criminal que é possível que o condenado passe a cumprir sua pena, caso seja condenado antes mesmo do trânsito em julgado.

Além disso, há também a discussão a respeito das prisões que são decretadas no decorrer do processo, antes do trânsito em julgado que são as denominadas prisões cautelares, porém ao viés que proponho com este artigo, a execução da pena antes do trânsito em julgado de condenação em segunda instancia traz o mesmo sentido. Muitos doutrinadores também criticam, como uma pessoa pode ter sua liberdade cerceada, com fundamento de resguardar a ordem econômica, a investigação do caso e muita das vezes eles ficam presos por anos, para depois na dosimetria da pena vem a ser descontado estes anos em sua pena. Isto é muito pior, pois sequer começou o seu julgamento, porém com a execução provisória da pena não, o processo já esta em fase de julgamento, sendo reapreciado por um órgão colegiado, respeitando sempre o contraditório e ampla defesa, o que constantemente nem chega a ocorrer na fase investigatória, que se tem um caráter inquisitivo. (GOMES FILHO, 1991)

3.2 Análise do “habeas corpus”

O STF, em seu atual entendimento após julgar o “habeas corpus” 126.292 impetrado em 2016, vem admitindo que a execução provisória da pena, a partir de condenação em segunda instância, decidiu por maioria dos ministros. O ministro presidente do julgamento

deste “habeas corpus” foi Ricardo Lewandowski, em 17 de Fevereiro de 2016, e a seguir passou a expor alguns votos de ministros que foram a favor da execução provisória da pena. No voto do Ministro Relator Teori Zavascki, a sua posição sobre o assunto foi a seguinte:

“Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do ST e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.

Para ele a clareza de que as instâncias extraordinárias são muito restritas, e como esclarecidas na Constituição Federal que essas instâncias não revisam matérias de fatos, provas e apenas de Direitos, onde as hipóteses legais para o ajuizamento do recurso estão elencadas em um rol taxativo, nem sempre será possível o manuseamento destes recursos.

Nesse mesmo sentido, Andreucci (2011, p.113) adverte que “dado o caráter vinculado dos recursos extraordinários (especial e extraordinário), com hipóteses legais pré-determinadas, seria possível sustentar a definitividade da decisão quanto ao aspecto fático já definido pela instância ordinária. Complementa tal raciocínio o fato de que o STF e o STJ, dentro da própria organização funcional estabelecida pela Constituição, não exercem papel de instâncias revisionais, haja vista que só conhecem de recursos em causas decididas, em única ou última instância, sendo requisito, portanto, o esgotamento das vias ordinárias. Assim, os recursos especial e extraordinário pressupõem uma decisão *definitiva* da justiça local”.

Sendo assim, chegou-se a conclusão no julgamento do “habeas corpus” que: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial e extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988”.

Segundo Bergovici (2008, p.177):

A rigor, no regime da Constituição de 1988 sequer se deveria falar de presunção de inocência. A inocência é certa, e não presumida, para todos os

cidadãos, até o trânsito em julgado da sentença condenatória em última instância, como explícito no artigo 5º, LVII da Constituição. Essa garantia constitucional não pode ser mitigada, sob qualquer pretexto, por nenhum órgão do Estado brasileiro, seja pelo STF, que deve zelar pela Constituição e não violá-la; seja pelo Congresso Nacional, que não pode modificar o dispositivo, haja vista tratar-se de cláusula pétrea, não sujeita a alteração por emenda constitucional.

O STF tem este entendimento já a um bom tempo, tanto que editou a Súmula 716 que diz: “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.”

Assim, antes mesmo da sentença condenatória transitada em julgado já é possível o acusado cumprir sua pena. Se olharmos bem, analisar de forma muito criteriosa e de acordo com a lei, esta execução provisória da pena passa a dar a sociedade uma visão de um sistema mais eficiente, de que realmente o Estado— juiz esta pronto para punir um indivíduo que causa mal a sociedade, que tira a paz das pessoas.

Mirabette (2011, p.40), declara que “é a proteção da sociedade, da paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação”.

É nesse contexto que se passa analisar a execução provisória da pena de forma compatível com o princípio da presunção de inocência, pois a mera interpretação literal da norma não traz a eficácia que o direito penal necessita, pois deve-se observar todo um contexto, o princípio ele tem como característica ser dinâmico, o seu valor varia conforme o transcurso do feito.

Assim, essa mudança de paradigma valoriza a celeridade processual, a efetividade da jurisdição criminal e o mais importante, valoriza as decisões dadas pelos juízes de primeiro e segundo graus, pois estes foram os que tiveram contato direto sobre a matéria fática e de provas, pois a execução provisória também não é aplicável de forma indistintamente, apenas será aplicada após a decisão de segundo grau e após o esgotamento da análise probatória.

Sendo assim, os princípios passam por uma avaliação de ponderação quando se colidem com outros princípios, contudo, podemos observar que em segunda instância já se tem uma noção geral do fato, com todas as provas possíveis que já foram discutidas e para dar uma garantia de que a responsabilidade do acusado não irá passar impune, prevalecerá a efetividade da lei penal, para garantia de todos e até mesmo do acusado, pois não foi

restringido ao indivíduo o duplo grau de jurisdição, ainda sim ele poderá recorrer da decisão proferida em segunda instância e ter um devido processo legal garantido.

Compreende-se por duplo grau de jurisdição, de acordo com Tourinho Filho (2013, p.75), é uma garantia dada a ambas as partes a um reexame, uma revisão da sentença por órgão jurisdicional superior, ficando assim, mais uma vez, que as partes poderão recorrer das sentenças prolatadas.

Diante o exposto, pode-se entender que a execução provisória da pena não viola nenhum principio garantido pela Constituição Federal de 1988, e sim é um momento revolucionário para o século XXI, muitos posicionamentos contrários a respeito, porém há mais pontos positivos do que negativos, o Brasil era o único país em que esperava até que todos os recursos fossem exauridos para aplicar a execução da pena, e com isso muitos julgados acabavam se perdendo pelo decurso do tempo, e o Estado perdia o seu direito de punir a conduta do acusado.

Reiteradamente a interposição dos recursos serve para retardar a execução provisória da pena, muitos usam desta garantia de má-fé e com a possibilidade de já começar a executar a pena a partir da decisão de segundo grau, e passa-se tanto tempo para que o acusado seja condenado, que acaba incidindo a prescrição sobre o caso, e o Estado perdendo seu direito de punir, e o acusado acaba impune sobre o delito praticado, não tendo uma repressão de sua conduta. Está possibilidade de execução provisória da pena em condenação a partir de segunda instância interrompa o obstáculo de dar maior efetividade ao processo penal em aplicar a pena imposta ao acusado. E além disso, a execução provisória da pena veio com um viés de igualdade, também discutido pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, pessoas mais abastadas, com uma condição financeira mais elevada não tem a preocupação em conseguir chegar ao STJ e ao STF, já as pessoas mais vulneráveis, e hipossuficientes não tem condições financeiras de recorrer a todas as instâncias superiores.

Trazendo assim uma equiparação entre todos os cidadãos independentemente de sua classe social, tendo ou não recursos financeiros para recorrer a decisão judicial, começarão a cumprir a execução da pena privativa de liberdade, e este foi um dos principais motivos da votação da decisão deste “habeas corpus” e da ação declaratória de constitucionalidade proposta.

O caos penitenciário que estamos vivenciando também foi um dos pontos debatidos, porém não se trata da questão de o acusado começar a cumprir pena a partir de decisão de segundo grau, pois antes este entendimento não vigorava e o problema já existia, portanto isto se trata de um viés mais administrativo, e do poder executivo, o Estado deve se atentar a estas situações também para dar melhores condições a todos de forma igual, e pode ter sido ocasionado com a banalização da prisão provisória cautelar (preventiva) que é usada como exceção para garantir que o direito venha ser aplicado, garantindo a ordem pública e a eficácia da pretensão punitiva do Estado.

Podemos chegar a conclusão de que a execução provisória da pena privativa de liberdade é ponderada, não está classificada ao extremo de impunidade e tampouco ao extremo de que um inocente será condenado sem provas, ela será aplicável quando uma segunda decisão sobre o caso for definida, não obstante ao acusado ainda sim continuar recorrendo, e por outro lado o Estado estará cumprindo sua missão de aplicar a punição a quem viola a norma penal, que acaba por descumprir com o dever de conviver em harmonia com a sociedade.

3.3 Projeto de Lei Anticrime

O ministro da justiça Sergio Moro nomeado pelo novo Presidente da República eleito em 2019, Jair Bolsonaro, criou um projeto de lei denominado de Anticrime, tratou em seu bojo o assunto referente a execução provisória da pena. Alterando o Código de Processo Penal:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. § 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação. § 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.” (NR)

Nesse sentido a mudanças da Lei de Execução Penal:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (NR) “Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, 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.” (NR)

Assim, caso aprovado esse projeto, haverá as alterações da lei para que fiquem em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, acabando com a divergência entre a inconstitucionalidade desta decisão a respeito do princípio da presunção de inocência. Porém, já estando no processo de votação do projeto, ao Grupo de Trabalho do congresso nacional, que é um órgão consultivo opinou por retirar este tópico de discussão do projeto de lei, visto que para eles é mais viável esta discussão por meio de PEC (projeto de emenda constitucional), mas ainda esta passando por diversas comissões e após o relator que dará o parecer final do projeto de lei, recomendando a Comissão de Constituição e Justiça a retomar o debate sobre uma PEC já proposta sobre este intrincado tema.

De acordo com Moro (2019) o propósito do projeto anticrime consiste no seguinte:

A melhor forma de resolvermos os anseios da sociedade e comunidade por um país mais seguro, pelo direito de sair à rua sem ser vítima de um crime ou de não assistir à prática de crimes no âmbito da administração pública é unirmos nossos esforços. Nós queremos ajudar, pois, sabemos que o seu sucesso [dos estados] o nosso sucesso, é a felicidade e a segurança do cidadão comum. Todas as medidas visam melhorar o cenário da segurança pública, deixar o sistema de justiça criminal, não só do Judiciário, mas da Polícia e do Ministério Público mais eficiente para que o cidadão tenha uma resposta em relação ao crime; (MORO, 2019)

Trata-se de um projeto inovador que pretende fazer ajustes no Código Penal de forma que os anseios da sociedade sejam atendidos, nesse sentido, o Quadro 1, apresenta os 13 pontos que o projeto pretende atualizar.

Decreto-Lei 2.848/1940 — Código Penal	O juiz pode reduzir a pena até a metade ou até deixar de aplicá-la se o “excesso” cometido pelo agente “decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”. O projeto também reconhece a situação de legítima defesa ao policial que, em conflito armado, previne agressão contra ele ou terceiros. O agente não precisaria mais “aguardar a ameaça
--	---

	concreta ou o início da execução do crime” para agir.
Decreto-Lei 3.689/1941 — Código de Processo Penal	Pelo projeto, os condenados em segunda instância também estão sujeitos a prisão, mesmo com a hipótese de recursos pendentes em tribunais superiores.
Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal	Pela proposta, não será mais necessário aguardar o trânsito em julgado para que o preso tenha o perfil genético identificado mediante a extração do seu DNA. Quem já estiver cumprindo pena fica sujeito ao exame.
Lei 12.037/2009 – Identificação Criminal	O texto permite a exclusão dos perfis genéticos no caso de absolvição do acusado ou passados 20 anos do cumprimento da pena.
Lei 8.072/1990 — Lei dos Crimes Hediondos	Dificultar a progressão de regime e as saídas temporárias em determinadas situações. Isso vai depender da gravidade do crime cometido. Caso tenha ocorrido morte da vítima, por exemplo, a progressão depende do cumprimento de três quintos da pena.
Lei 9.296/1996 — Lei da Escuta Telefônica	O texto alarga a possibilidade de interceptação de comunicações, podendo incluir mensagens e arquivos eletrônicos armazenados em caixas postais eletrônicas.
Lei 9.613/1998 — Lei da Lavagem de Dinheiro	De acordo com o texto, a participação do agente em qualquer fase da atividade de lavagem de dinheiro não exclui o crime, desde que haja elementos probatórios de conduta irregular anterior.
Lei 11.343/2006 — Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas	O projeto considera traficante quem vende ou entrega drogas ou matéria-prima para a preparação de entorpecentes a policial disfarçado, desde que haja elementos probatórios de conduta criminal anterior. O objetivo da mudança é deixar claro que essa conduta é considerada criminosa.
Lei 10.826/2003 — Sistema Nacional de Armas	O texto aumenta em 50% a pena para os crimes de posse, porte, disparo, comércio e tráfico de armas, se cometidos por integrantes de forças policiais, empresas de segurança privada e clubes de tiro. O texto também disciplina a coleta de perfis balísticos em um banco nacional de perícia.
Lei 11.671/2008 — Presídios Federais de Segurança Máxima	O projeto prevê o isolamento de lideranças criminosas para impedir que, mesmo cumprindo pena, continuem no comando das organizações. O texto também abre a possibilidade de inclusão de presos em estabelecimentos federais por até três anos (em lugar de um ano).
Lei 12.850/2013 — Organizações Criminosas	Pelo projeto, integrantes dessas organizações não podem progredir de regime.
Lei 13.608/2018 — Recebimento de Denúncias	O projeto introduz a figura do “denunciante do bem”, um cidadão que não está envolvido com o crime e deseja auxiliar o Poder Público.
Lei 8.429/1992 — Lei de Improbidade Administrativa	A mudança elimina um dispositivo que proibia a possibilidade de acordo ou conciliação nas ações de sequestro de bens do agente público que tenha enriquecido

Todas essas alterações propostas dependem da aprovação dos órgãos legisladores que podem propor alterações que abrandem a aplicação do contexto, contudo, é promissor que a legislação brasileira seja atualizada frente às mudanças sociais inerentes ao passar dos anos em uma sociedade em constante mutação. Nesse sentido, a presunção da pena recebe acréscimos que podem representar mudanças nos padrões dos julgados e alterar o desfecho de processos.

3.4 Países que adotam a execução provisória da pena

De acordo com o julgamento do “habeas corpus” 126.292, os ministros em seus votos observaram que a maioria dos países atualmente seguem o modelo de ser iniciada a execução da pena em condenação de segundo grau.

Sendo assim, o ministro Teori Zavascki citou em seu voto a citação da Ministra Ellen Gracie, em que já havia sido discutido em pauta o mesmo assunto em que ela diz: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Continuando em seu voto, ele expõe um estudo feito por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que observaram a respeito desta questão em relação a outros países, que não se fala em esperar o trânsito em julgado para que uma pessoa comece a cumprir pena, todavia não há em nenhum momento em todos os países objeto da pesquisa o cerceamento de defesa, de garantias aos acusados, cada um de acordo com suas próprias convicções e culturas.

Começando com a Inglaterra, as penas lá impostas aos acusados podem sim ser cumpridas antes de esgotadas todas as instâncias, podendo ser concedida a liberdade durante os recursos nos casos em que a lei possibilita o pagamento de fiança para que os presos responda em liberdade. Sendo que atualmente a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

Nos Estados Unidos grande potência e referência mundial, também não há espera do julgamento da última corte para que se possa prender o acusado, sequer há expressamente em seu texto constitucional o princípio da presunção de inocência, porém foi também introduzido de acordo com os estudos nas emendas 5º, 6º e 14º do ordenamento jurídico do próprio país.

Para eles “não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente, o sistema legal norte americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.

Já no Canadá, a possibilidade de execução antes de concluir todo o processo é ainda mais rigorosa, sendo a condenação desde que já provada a autoria do crime a partir da condenação de decisão proferida em primeiro grau. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no Criminal Code, válido em todo território canadense.

Sobre o mesmo tema, na Alemanha os recursos não são revestidos de efeito suspensivo, o Tribunal ao tomar decisão passa a observar uma maior eficácia das decisões proferidas.

Na França, apesar de ter absorvido em seu ordenamento jurídico a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789, ainda assim tem admitido a expedição de mandados de prisão, ainda no curso do processo.

Em Portugal, país que tem muitas semelhanças com o Brasil, também tem restringido o princípio da presunção de inocência. De acordo com os estudos caso não fosse possível esta aplicação de pena, acabaria por obstar a aplicação da lei ao caso concreto de forma eficaz.

Na Espanha, além de ser importante preservar seus princípios, suas normas de acordo com a sua cultura, com seus costumes, muito mais relevante é a efetividade das decisões dadas pelo poder judiciário, pois do que adianta se ter uma máxima proteção aos princípios se ao fim não é concretizado um direito muito mais importante, dar resposta a população de que o judiciário está arcando com seu papel de forma correta, eficaz, assim como se determina a lei. A Espanha, embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias.

E por fim, aos estudos exposto no voto do “habeas corpus” em análise, foi objeto do estudo a Argentina, que também adota o princípio da presunção de inocência, mas, tem

expressamente em seu ordenamento jurídico a possibilidade do cumprimento de pena antes de encerrado todo processo.

A execução imediata de sentença é expressamente prevista no artigo 495 do código de processo penal, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida.

Com esses pontos expostos em cada um dos países, um pouco do que eles entendem a respeito do tema, ficou demonstrado que a maioria dos países atualmente adotam este sistema, países de grandes potências mundiais, cada um com suas peculiaridades a respeito, porém pode-se observar que a maioria deles adotam o princípio da presunção de inocência de forma expressa na legislação e, nem por isso, a possibilidade da execução da pena de forma antecipada, antes do trânsito em julgado é instituído como uma norma que viola uma premissa maior, caso possa assim dizer, pois além de mais importante que os princípios, a efetividade, a celeridade da justiça deve sempre prevalecer, de modo que possa passar para sociedade uma segurança, uma proteção, pois este é o papel do Judiciário, a jurisdição foi a ele partilhada e tem o poder de dizer o direito, para solucionar conflitos da melhor maneira possível.

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, temos em nosso ordenamento jurídico o princípio da presunção de inocência, tendo sua importância em nosso ordenamento jurídico, sempre observado em face de conflitos que surgem no âmbito penal. O objetivo deste artigo, foi mostrar que emboratem-se vigorado atualmente no Brasil a possibilidade da execução provisória da pena assim decidida pela Corte Suprema, através do julgamento do “habeas corpus” 126.292, em 2016 não estão sendo violados quaisquer direitos já adquiridos e declarados pela Constituição Federal e tampouco obtendo quaisquer prejuízos para os acusados ou para o judiciário.

Os princípios não podem ser colocados como uma fonte superior, acima de todo ordenamento jurídico e se sobressair em todas as situações, tudo deve ser de forma equilibrada, até mesmo para não causar injustiças, pois se fossemos aplicar os princípios de forma incondicional, acabaríamos criando um sério problema, pois de acordo com o princípio

da presunção de inocência do indivíduo prevalece sobre quaisquer acusações, devendo esperar o trânsito em julgado para começar a cumprir sua pena, além de todos os problemas que vem enfrentando o sistema carcerário brasileiro, que não é o foco deste artigo, muitas condutas sairiam impune, todos sabemos que muitos advogados tem seus recursos para procrastinar o processo, além disso as demandas vêm aumentando cada vez mais e o judiciário sobrecarregado acaba por vezes prescrevendo ações, perdendo seu objeto e com isso deixa de efetivar o direito penal ao caso concreto punindo o indivíduo pela sua conduta reprovável, ficando evidente que dar caráter absoluto aos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, não traz muitos pontos positivos, tudo deve ser ponderado, relativizado, pois assim ao caso concreto podemos olhar as vertentes presente e resolver da melhor forma possível, não deixando que um princípio afaste a efetiva posição do judiciário ao aplicar o direito a um caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que assim daria ao sistema penal uma credibilidade maior em face da sociedade e, além disso, ao acusado também que não ficou a mercê, ainda assim é conferido às garantias constitucionais do processo, podendo ainda assim recorrer das decisões, tendo a possibilidade no caso de condenação a aplicação da detração da pena, assim como se tem as prisões cautelares que podem ocorrer na fase pré processual e na fase processual, e os condenados ficam presos por decisões cautelares por anos e isto nunca é discutido o que deveria ser o inverso, porém não se consideram inconstitucional por serem essenciais para investigação, para garantia da ordem econômica, instrução penal, vejam que é muito sutil sua diferença em relação á execução provisória, sendo esta última ao menos uma prisão durante um processo em andamento, especialmente em sede de recurso, dando a possibilidade de um órgão colegiado, com desembargadores, ministros de diversas opiniões e conhecimento jurídico, não correndo o risco de sua liberdade ficar ameaçada por uma decisão de apenas um único juiz.

Podemos observar ainda que de acordo com os estudos expostos pelos estudiosos que trouxeram os dados de diversos países, todos eles adeptos também ao princípio da presunção de inocência e ainda assim, há possibilidade de se adiantar o cumprimento de pena em grau recursal, isto não viola de forma alguma o princípio da presunção de inocência. Houve apenas a sua flexibilização de modo necessário.

É notório que a sociedade brasileira vive um momento de ebulição social, política e econômica que reflete-se no modo de vida das pessoas, com isso, faz-se necessário mudanças estruturais da legislação a fim de atender os anseios da sociedade, nesse cenário, o projeto anticrime propõe ajustes que são apresentados nesse trabalho e que possibilitam o entendimento do que se pretende mudar e dos resultados potenciais que espera-se obter.

Conclui-se assim, que é plenamente constitucional a execução provisória da pena, com relação ao princípio da presunção de inocência, ficando bem alicerçado de acordo com fundamentos jurídicos plausíveis para tal constatação, até porque já está sendo aplicado em relação às sentenças recorridas, que tem decisão condenatória em segunda instância, deixando bem assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa em todos os processos. O advogado tem um papel importante nesse contexto porque é justamente através dele que as mudanças são implementadas e é imprescindível que esse profissional esteja preparado para atuar nas causas que estiver participando com o fito de obter o melhor e mais justo desfecho.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**, 8 Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**. Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quarter Latin, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 16mai.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292**, do Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 10mai.2018..

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania # 2ª Edição Reformulada** 2019. São Paulo: Ed.Moderna, 2019

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

GOMES, Julio de Souza. ZAMARIAN, Livia Pitelli. **As Constituições do Brasil**. Ed. Boreal. Birigui- SP. 2012.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais**. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários a Constituição do Brasil**. 4º Volume. Ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 7. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. **Ministro pede “união de esforços” para enfrentar desafios da segurança pública**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550603986.32>> Acesso em 01out.2019.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Pena e Racionalidade**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PACELLI, Eugênio Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 17. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SENADO. **Projeto do pacote anticrime altera 13 leis da área penal e criminal**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/02/projeto-do-pacote-anticrime-altera-13-leis-da-area-penal-e-criminal>> Acesso em 01out.2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.