

Opinião: O cumprimento da pena antes do trânsito em julgado

Por um lado, a presunção da inocência é uma garantia individual que alberga o suposto autor de um ilícito penal. Só é permitido considerá-lo culpado depois do trânsito julgado. Por outro lado, as vultosas quantidades de recursos postergam o fim do processo e em razão disso parece não promover efetividade



Essa problemática foi recentemente enfrentada pelo supremo.

Todavia, parece também estar distante do consenso. Analisar os posicionamentos antagônicos dos senhores ministros mostra-se imperioso para uma reflexão sobre a temática. Desta forma, serão trazidos os principais argumentos dos senhores Ministros do supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

O Supremo tribunal Federal posicionou-se favorável à execução provisória da pena^[2]. Esse entendimento vem gerando grande controvérsia jurisprudencial. Em que pese não tenha força vinculante a decisão incentivou os tribunais de todo o país a passarem a adotar idêntico posicionamento: mitigar o princípio constitucional da presunção de inocência e ignorar o disposto no artigo 283 do CPP.

A pena de prisão, dada a sua severidade, deve ser utilizada como último recurso para a punição do condenado. Todavia, extraordinariamente a prisão precautelar e a cautelar podem se mostrar necessárias desde que presentes certos pressupostos tais como: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, nos termos do artigo 312 do código de processo penal.

Mesmos aqueles que são condenados o encarceramento deve a última medida. Isto é, como bem preconiza a teoria do “Direito Penal Mínimo”, também denominada de Teoria da Intervenção Mínima, as penas alternativas ou restritivas de direito mostram-se mais eficazes em crimes tidos como de menor ofensividade. Desta forma, o cárcere somente deve ser destinado aos indivíduos de alta periculosidade e que representam uma ameaça à paz pública e à integridade física dos cidadãos.

Valiosa pesquisa empírica^[3] nos autoriza a reconhecer que a Justiça, a Polícia Judiciária e o próprio Ministério Público são instituições que respondem amplamente pelo atraso do procedimento criminal e com o prolongamento por demais as prisões pré-processuais.

Outro ponto importante a ser destacado é a fragilidade das fundamentações que buscam sustentar a necessidade das prisões provisórias. Estudos mais detalhados demonstram que a grande maioria das impetrações de HC atacam a deficiência ou falta da fundamentação da prisão cautelar[4]. Desta forma, a mera referência ao art. 312 do CPP. Não tem o condão de justificar uma medida tão radical como a prisão pré processual.

Pesquisas indicam também que 41% da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios.[5]. Esses suportam traumas irreparáveis. O fato é que esses números podem aumentar mais ainda em razão do recente entendimento do STF que autoriza a antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado.

Outras pesquisas no Rio de Janeiro[6] apontam a triste trajetória dos presos até o final do processo. Ela relata como a prisão provisória é utilizada não apenas de forma abusiva, mas também ilegal. Para mais de 50% dos casos os juízes mantiveram os réus presos durante o processo e no final essas pessoas foram colocadas em liberdade, ou foram absolvidas.

Na prática, prolongar a prisão provisória por um período demasiado é na melhor das hipóteses uma forma disfarçada de antecipar a execução da pena se o réu chegar a ser condenado ou pior ainda, uma medida irreparável de se promover a injustiça se no final do processo o réu restar absolvido.

Desta forma, é preciso promover o diálogo sobre a possibilidade de se promover a execução antecipada da pena, mas também sobre os efeitos deletérios de uma prisão provisória excessivamente prolongada.

Todavia, a partir desse momento passaremos a promover considerações apenas acerca dos votos dos ministros do supremo que entendem ser descabida a antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado. Assim é o entendimento dos seguintes ministros:

Ministra Rosa Weber, Ministro Dias Toffoli , Ministro Lewandowski, Ministro Celso de Mello.[7]

Rosa Weber, não vê como não promover uma interpretação conforme a constituição e consagrar o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência. Desta forma, não há como se promover a execução antecipada da pena. Neste sentido, André Estefam [8] lembra que o ministro Celso de Melo esclareceu que : “Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita”

Dias Toffoli por sua vez entende que a Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade. Segundo Fernando Capez[9] todos se presumem inocentes, cabe ao Estado provar sua culpa primeiramente, só então, exercer seu *jus puniendi*.

Ministro Lewandowski também faz o apelo à norma constitucional e assevera : “Não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo” o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é muito claro quando estabelece que a presunção de inocência permanece até trânsito em julgado.

Ministro Celso de Mello esclarece que a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado. Trata-se de valor fundamental que tem estreita relação com o princípio da dignidade humana.

Quando ocorre um crime nasce para o Estado o direito de punir. O Direito Penal tem a pena como uma resposta proporcional a conduta delituosa do agente. As Teorias da pena, que são opiniões científicas sobre a pena, buscam justificá-las.

A pena se justifica, ora pela retribuição, ora pela prevenção: um estímulo negativo para que as pessoas se sintam desestimuladas a delinquir. Nesse sentido, a pena tem como uma das finalidades o firme propósito de lembrar a lei[10]. É deixar claro que existe um regramento. Assim a pena seria uma garantia pública[11] uma maneira de garantir a lei. O direito penal faz previsão de condutas proibitivas [12] e a pena serve para trazer uma forma de proteção para a vítima.

É inegável que a possibilidade de interposição de uma infinidade de recursos pode levar a uma sensação de impunidade. O fato é que o crime ocorreu, todavia o processo se estende quase que ad eterno e aquele que dispõe de recursos não apenas como um meio de defesa e inconformismo, mas um instrumento meramente protelatório.

O Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso, o Ministro Teori Zavascki, o Ministro Luiz Fux, o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia. Firmam o entendimento que é possível o cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado.

O Ministro Edson Fachin entende que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

O Ministro Roberto Barroso entende como legítima a execução provisória da pena, entretanto após a decisão do segundo grau. Esclarece: “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”. Para ele a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios.

O Ministro Teori Zavascki entende por sua vez que o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena. Ele assevera: “a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país” Ele também destaca que

se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias individuais, do outro há a necessidade de não se esvaziar o sentido público de justiça. Asseverou ainda: “O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”

O Ministro Luiz Fux entende que há necessidade de se dar efetividade à Justiça: “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”

O Ministro Gilmar Mendes entende que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência. Ele esclarece que: “Há diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau”. Assim, o condenado em segundo grau pode cumprir a pena antecipadamente.

A Ministra Cármen Lúcia por sua banda entende que a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Ela esclarece que “A comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo” Para ela de um lado há a presunção de inocência, mas do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade..

Quando o presente artigo foi concluído, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendia que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impediria o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Com a inovação interpretativa a prisão pena que por definição seria aquela em que o condenado deve suportar depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deveria ter um novo conceito.

Na nossa singela opinião lamentável tal retrocesso. Em um Estado democrático os direitos e garantias constitucionais não gozam de imutabilidade.

Todavia, no momento da revisão do presente texto constatamos que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADC 54 voltou atrás e mudou o entendimento acerca do que configuraria uma presunção de inocência mitigada.

Concluimos que a mudança de entendimento foi uma atitude institucional acertada, posto que seja na literalidade do texto constitucional, seja na interpretação devem caminhar para um alargamento de proteção e não para uma restrição.

Por derradeiro e oportuno, é importante consignar que a prisão em flagrante delito, a prisão temporária e a prisão preventiva continuam sendo espécies de prisão cautelar ou precautelar. Nada mudaram acerca das suas necessidades e conveniências.

[\[2\]](#) Habeas Corpus (HC) 126292

[\[3\]](#) SANTOS, Rogério Dutra (coord.). Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Série Pensando o Direito nº 54. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, IPEA, 2015, p. 57 (Capítulo 2).

[\[4\]](#) Panaceia ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores. Série Pensando o

Direito nº 55,pag.55

[5] Presos provisórios, danos permanentes. <http://danospermanentes.org/index.html>

[6] INSTITUTO SOU DA PAZ. Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2014 Disponível em:<http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf>.

[7] Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

[8] Estefam, André

Direito penal esquematizado®: parte geral / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo:

Saraiva, 2016. – (Coleção esquematizado®)

[9] Capez, Fernando Direito penal simplificado: parte geral / Fernando Capez – 15. ed. — SãoPaulo : Saraiva, 2012

[10] GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. Capítulo 1. Punir é recordar a lei. In: GARAPON, Antoine. GROS, Frédéric. PECH, Thierry. Punir em democracia. E a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.pág. 33

[11] GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. Capítulo 2. Punir é defender a lei. In: GARAPON, Antoine. GROS, Frédéric. PECH, Thierry. Punir em democracia. E a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.pág.22

[12] GARAPON, Antoine. A justiça reconstitutiva. Capítulo 1. Uma justiça para a vítima. In: GARAPON, Antoine. GROS, Frédéric. PECH, Thierry. Punir em democracia. E a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

Date Created

17/05/2020