Sistema Adotado pelo Brasil

No que tange a execuções penais, o Brasil passou por duas fases, adotando diferentes sistemas. O primeiro deles, praticado antes do advento da Lei das Execuções Penais (LEP), era o chamado sistema vicariante.

O sistema vicariante consistia na possibilidade de aplicação de simultâneas medidas de segurança e penas privativas de liberdade a um mesmo réu, em um mesmo processo.

Após a promulgação da LEP passou-se a adotar no Brasil o sistema duplo binário, que desautorizou a simultaneidade de penas, sendo possível condenar o acusado a cumprir medida de segurança ou pena privativa de liberdade, nunca as duas ao mesmo tempo.

Momento Processual

Após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria em que o juiz do processo de conhecimento impor pena privativa de liberdade, delimitando o tempo de cumprimento e fixando o regime de início de cumprimento da pena, o processo é encaminhado ao juiz da Vara de Execuções Criminais, que cuidará de assuntos como remissão e progressão de regime.

Início do Cumprimento da Pena

Primeiramente, cumpre esclarecer que trataremos de pena decorrente de sentença condenatória ou absolutória imprópria, e não de prisões cautelares, que não se relacionam a culpa do réu.

Até 02/2009, o Supremo Tribunal Federal seguia o paradigma estabelecido no julgamento do HC 68.726, que determinou que o recurso especial e recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, apenas o devolutivo. Assim sendo, a condenação fixada em acórdão exarado em sede de apelação poderia surtir seus efeitos desde já.

Entretanto, entre 02/2009 e 02/2016, vigorou no STF o entendimento firmado no HC 84.078, o qual estabeleceu que o princípio da presunção da inocência, positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, impedia a execução de penas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória:

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

> liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Isto é, a execução de penas antes do exaurimento de todos os recursos do réu e/ou do trânsito em julgado de seu caso seria inconstitucional. Deste modo, estabeleceu-se a impossibilidade de decretação de prisão antes do fim do processo criminal, com exceção das prisões preventivas.

O acima exposto foi mais uma vez alterado quando, entre os meses de 02/2016 e 11/2019, exarado do julgamento do HC 126.292 pelo STF, vigorou o entendimento de que o recurso especial e o recurso extraordinário não analisam a culpa do sujeito, mas apenas aspectos formais de Direito no processo que não alteraram a culpabilidade do réu, sendo possível, então, a execução de pena em segunda instância.

Por fim, em 11/2019, houve mais uma alteração no entendimento do STF utilizando como paradigma o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, bem como no 283 do Código de Processo Penal, que diz:

> **Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Nesta análise, em julgamento aglutinado das ADCs 43, 44 e 54, o STF chegou à conclusão de que o artigo 283 do CPP é perfeitamente compatível com o princípio da presunção de inocência previsto no inciso art. 5º, LVII da CRFB, tornando impossível a execução de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que só ocorre com o esgotamento dos recursos do réu.

Essa decisão tem efeito vinculante, assim como todas as decisões do Supremo em sede de Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), e está vigente ainda hoje.

Execução Provisória de Pena

Em que pese o entendimento mais recente do STF, a execução provisória de pena ainda é possível no Brasil, desde que ela seja favorável ao réu, nos termos do artigo 2º, parágrafo único da Lei das Execuções Penais (LEP), que dispõe:

> **Art. 2º** A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

> Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Nesse mesmo sentido, temos a Súmula 716 do STF:

> 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, caso, por exemplo, o indivíduo for condenado a 10 anos de reclusão, mas já tiver cumprido 5 anos de prisão preventiva, seu advogado poderá pleitear a progressão do regime posto que, se já tivesse havido o trânsito em julgado e ele estivesse cumprindo pena definitiva, ele já estaria apto a esse benefício.

Logo, a chamada execução provisória pró-defesa é possível, pois entende-se que, apesar do réu não estar preso em decorrência de uma condenação definitiva, seu encarceramento de fato enseja direito a progressão de regime, prevenindo também que, ao aguardar o trânsito em julgado de seu processo, o acusado corra ao risco de cumprir sua pena inteiramente em regime fechado, o que é proibido no Brasil.