

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

JULIANE OGIBOSKI EDUARDO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

CURITIBA

2018

JULIANE OGIBOSKI EDUARDO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Alexandre Knopfholz

CURITIBA

2018

JULIANE OGIBOSKI EDUARDO

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Ao dar um dos últimos passos da trajetória que iniciei em 2014, fica um sentimento de eterna gratidão a todos que passaram pela minha vida, pois sei que sem as lições e a ajuda que sempre recebi, não teria realizado nem metade de tudo que consegui até hoje.

Alexandre Knopfholz, que ao aceitar ser meu orientador me levou às lágrimas e sequer sabia deste fato, aquele que além de grande professor, se revelou um porto seguro ao qual eu recorria nos momentos de dificuldade, tendo me direcionado da melhor forma e me transmitido um ânimo extra para continuar. Impossível esquecer sua empolgação quanto ao tema, descrito como sensacional, e do sentimento que tive ao ler que seria uma honra me orientar.

Aos meus pais Reni e Rosicleia e aos familiares, por tudo que fizeram e fazem por mim, por me apoiarem mesmo com o cansaço e mau-humor, me motivando sempre a querer ser melhor e almejar coisas grandes. Espero que eu consiga retribuir todo o esforço e confiança de vocês para que eu realizasse os meus sonhos e tivesse tudo o que tenho.

Às minhas chefes Lara e Thais, por entenderem minha ausência nos prazos de entrega, pelos conselhos e ensinamentos ao longo do tempo juntas e por compartilhar o sentimento de realização de mais uma etapa. Bem como ao Juiz, Dr. Roberto Tavarnaro, que me apresentou ao tema quando solicitou uma pesquisa de jurisprudência, sem saber da importância daquele momento para a conclusão deste ciclo.

Aos meus amigos, Guilherme de Oliveira, Maria Cecília Prestes e Ramon Santiago pelas palavras de incentivo e por todo o apoio nos momentos de insegurança que tive no decorrer não somente dessa etapa final, mas até mesmo do curso.

Todos aqueles que de alguma forma possibilitaram que eu chegasse ao final dessa etapa, que trouxe junto uma sensação indescritível, merecem o meu mais sincero muito obrigada e saber que devo muito dessa conquista a vocês!

RESUMO

O presente estudo trata da execução provisória da pena, de suma importância por o Supremo Tribunal Federal ter mudado seu posicionamento recentemente, retornando ao entendimento de que é possível o início da execução independente do efetivo trânsito em julgado da decisão condenatória. A análise dos pontos de vista existentes acerca da constitucionalidade ou não do procedimento em questão é o objetivo principal, tendo como consequência a possibilidade de criação de eventual posicionamento pessoal da sociedade, acabando com a ideia de que apenas os julgadores possam opinar sobre determinados temas relevantes. Para chegar ao resultado desejado, que é o conhecimento de argumentos favoráveis ao procedimento, bem como de argumentos contrários, o método utilizado foi o de pesquisas bibliográficas correlacionadas com a jurisprudência em estudo, do Habeas Corpus de procedência do Supremo. Conclui-se que, existem fundamentações tanto aos que venham a entender o procedimento como constitucional e defender sua aplicação aos casos concretos, bem como aos que entendam pela inconstitucionalidade do procedimento antes do trânsito em julgado da decisão, conforme previsão constitucional.

Palavras-chave: presunção de inocência; Supremo Tribunal Federal; execução provisória da pena.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DOS PRINCÍPIOS E PREVISÕES LEGAIS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL.....	9
2.1 DO PROCESSO PENAL NO BRASIL	9
2.2 DA INFLUÊNCIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL	11
2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO OBRIGATÓRIO NO ÂMBITO PENAL DO PROCESSO	13
2.4 A LEGISLAÇÃO VIGENTE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	15
2.5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, O PRINCÍPIO NA DOCTRINA BRASILEIRA	17
3. DA EXECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
3.1 O PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PENAL	22
3.2 DA EXECUÇÃO DA PENA VIA DE REGRA	27
3.3 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	33
4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SEUS ASPECTOS RELEVANTES	41
4.1 HISTÓRICO DO ENTENDIMENTO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA	42
4.2 O POSICIONAMENTO ATUAL DO STF	46
4.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO PROCEDIMENTO PROVISÓRIO	52
4.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PROCEDIMENTO PROVISÓRIO	54
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará o tema da execução provisória da pena no âmbito do direito processual penal brasileiro, uma vez que houve uma problematização do mesmo em virtude da alteração do posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pela existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse sentido, faz-se necessário salientar que o Supremo já adotou o posicionamento atual anteriormente, possibilitando a aplicação da execução penal de forma provisória.

Também já foi adotado o entendimento de que a execução da pena deveria ser fundamentada de forma convergente com as disposições legais e o entendimento jurisprudencial, no sentido de o procedimento ter início apenas após o efetivo trânsito em julgado da decisão condenatória.

Diante do julgamento do Habeas Corpus nº 126292 ocorreu a fixação do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, fato que desencadeou as dúvidas existentes no que se refere à aplicação da legislação conjuntamente com os princípios constitucionais. Isto se deve ao fato de o entendimento ter passado a ser no sentido da possibilidade de início da execução após o mero cumprimento do duplo grau de jurisdição.

Da incerteza sobre a constitucionalidade ou não do procedimento de forma provisória é que decorre o caráter necessário do presente estudo, bem como do problema a ser resolvido, que nada mais é do que entender o procedimento executório penal brasileiro e adotar uma postura favorável à ele, ou não.

Os objetivos a serem alcançados abrangem a análise de todos os aspectos envolvidos no procedimento da execução, constatando também os efeitos da aplicação, ou não, das duas formas do procedimento em si. Importante realizar a verificação dos princípios e previsões legais que incidem na execução em teoria e em casos concretos, sem deixar de lado os elementos regulamentadores do procedimento para que sejam abordados todos os pontos necessários para o entendimento do tema e a possibilidade de adoção de um posicionamento.

O referencial teórico e os procedimentos metodológicos encontram-se ao redor do material bibliográfico existente – desde os doutrinadores constitucionalistas, até os penalistas e processualistas penais –, das jurisprudências dos mais diversos órgãos

e julgadores, e, por fim, das legislações que influenciam a área e o procedimento executório.

No primeiro capítulo a abordagem terá como foco os princípios e previsões legais que norteiam o processo penal. Passando pela visão histórica do processo penal brasileiro e suas leis, ainda tratando da influência constitucional no processo penal e, por fim, do princípio da presunção de inocência, como de aplicação obrigatória, levando em consideração a legislação vigente e analisando os posicionamentos doutrinários acerca do tema.

Em seguida, necessário um enfoque na execução penal no ordenamento jurídico do país, para que se tenha a visão completa do tema em enfoque. Analisando-se o procedimento da execução penal, além de uma abordagem aprofundada nos pontos específicos da execução via de regra, com início após o trânsito em julgado, e da execução provisória da pena, que se inicia após o simples cumprimento do duplo grau de jurisdição.

Antes ainda das conclusões finais sobre o tema, imprescindível realizar uma análise aprofundada dos aspectos relevantes envolvidos no tema. Abordagem do histórico do entendimento acerca da constitucionalidade, ou não, pelo Supremo Tribunal Federal, passando pelo entendimento atual do órgão e finalizando com os argumentos doutrinários em sentido favorável ao procedimento e em sentido contrário também.

Justificadas todas as análises e abordagens para o fim de possibilitar o completo entendimento de toda a matéria existente por trás do tema da execução penal, provisória ou não, no Brasil. Isso se faz necessário, no decorrer do presente estudo, para que se torne possível a elaboração de um posicionamento pela constitucionalidade ou não do procedimento.

2 DOS PRINCÍPIOS E PREVISÕES LEGAIS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Para que seja possível o pleno entendimento da execução provisória da pena no sistema jurídico brasileiro, uma vez que será realizada sua interpretação e aplicação aos casos concretos, é necessário partir, inicialmente, das leis que regem o procedimento e do contexto histórico no qual as mesmas foram criadas, pontos estes que influenciaram a formação do processo penal brasileiro como é atualmente aplicado.

Quanto aos pontos que influenciaram o modelo adotado, torna-se necessário tratar também da influência e aplicação dos princípios constitucionais no processo penal, bem como, especificamente, do princípio da presunção de inocência, por ser primordial ao procedimento, diante das previsões tidas na legislação, do posicionamento doutrinário brasileiro e da influência ocasionada pelo mesmo no tocante às decisões jurídicas.

2.1 DO PROCESSO PENAL NO BRASIL

Para um completo entendimento acerca da execução provisória da pena, é de extrema importância observar as leis regulamentadoras e seus contextos históricos, uma vez que existe uma relação de interdependência entre tais pontos, os quais são imprescindíveis à compreensão de todos os aspectos envolvidos no processo e no procedimento em questão.

Nos anos 40, cujo contexto histórico da época resumia-se na ocorrência da segunda guerra mundial e nos reflexos que a mesma gerou ao mundo, nascia o Código de Processo Penal Brasileiro.

Em outubro de 1941 foi sancionado o Decreto Lei de nº 3.689, o qual deu início ao direito processual penal, da forma como é aplicado desde então.

Na área específica da execução penal, tem-se previsões legais imprescindíveis à concretização do tema em estudo, as quais surgiram após a promulgação da Lei nº 7.210 em julho do ano de 1984.

O momento vivido pelo país era o de mobilização social pelas manifestações por eleições diretas, restando clara a grande mudança ocorrida na mentalidade da sociedade brasileira como um todo.

Diante das previsões contidas em ambas as leis, tem-se conteúdo suficiente para estudar e entender o processo penal e sua conseqüente execução dentro da sociedade brasileira. Pois as mesmas possuem previsões acerca do início e do decorrer do processo, bem como do sentenciamento do acusado e da execução de eventual condenação à ele imposta.

Apesar de conter em sua extensão a matéria necessária para sua efetiva aplicação aos casos concretos, vê-se a imposição clara da aplicação das mesmas apenas após analisadas conjuntamente com as disposições constitucionais. Surgindo então o papel de suma importância da autoridade competente para decidir em cada uma das etapas existentes no processo.

Tal imposição se deve aos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal, sendo justificável a subordinação de quaisquer outras leis a ela. Tal aplicação é que deve ser realizada pela autoridade competente envolvida no caso, ao analisar os fatos e proferir uma sentença, bem como no momento de determinar o início da execução penal.

O posicionamento de Knopfholz¹ é no sentido de tal aplicação conjunta, de leis específicas, sem deixar de lado a base de todo o ordenamento jurídico, o direito constitucional:

É possível afirmar, portanto, que o Direito Processual Penal é verdadeiramente um *Direito Constitucional aplicado*, numa dupla dimensão: os seus fundamentos são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado e conformam a regulamentação processual penal de natureza infraconstitucional. Os direitos e garantias constitucionais são o alicerce para equilibrar – ou tentar equilibrar – a confrontação entre Estado e indivíduo.

Devem, o processo penal e a execução, submeterem-se às previsões constitucionais, por serem elas as que regulamentam o devido processo legal, as regras de tratamento ao acusado penal, os quesitos a serem analisados em caso de

¹ KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 115.

eventual condenação criminal e os demais cuidados a serem observados durante todo e qualquer procedimento que envolva o poder de punição do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, importante salientar o contexto histórico do ano de 1988, quando foi publicada a atual Constituição Federal brasileira, à época ocorria a redemocratização do país após um longo período de ditadura militar e de ausência de direitos e garantias, realidade totalmente divergente da existente nos dias de hoje no país.

Da análise de tais momentos históricos de criação do procedimento penal no Brasil, nota-se a importância da observação em conjunto das disposições trazidas por cada área do direito envolvida.

Percebível, também, a imprescindibilidade do direito constitucional para todos os outros ramos do direito brasileiro, a qual não é diferente do processo penal, conforme fundamentado no próximo tópico.

2.2 DA INFLUÊNCIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL

Diante da importância da matéria constitucional, deve-se, antes mesmo da análise do aspecto processual penal da execução provisória da pena, observar a previsão legal e os princípios constitucionais que regulamentam o procedimento em si.

Ao cogitar-se a realização de um procedimento penal contra um acusado da sociedade, surge a preocupação com o resguardo de suas garantias individuais. De tal forma de pensar é que emerge o nome do princípio primordial ao réu da ação penal: a presunção de inocência ou a não culpabilidade.

Gilmar Mendes e Paulo Branco², em sua obra curso de Direito Constitucional, citam o artigo abaixo transcrito como uma forma explícita de estabelecimento do princípio da não culpabilidade.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 551.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É a previsão legal trazida pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

No trecho acima identifica-se tal princípio, o qual é dotado de máxima importância para a análise da matéria em questão, ao fazer referência à execução provisória da pena.

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade do investigado criminal deve estar presente durante todo o procedimento penal, mais especificamente, até que se alcance o marco temporal do trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme disposição constitucional.

Deve-se observar a ocorrência do trânsito em julgado, pois, de acordo com o artigo transcrito anteriormente, é o marco que caracteriza o cumprimento efetivo da previsão acerca de tal princípio, o qual é de grande relevância para a condição do acusado penal no processo.

Sobre o tema, bem como sobre a influência que tal disposição constitucional gerou no processo penal, Eugênio Pacelli entende que:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5, LVII, CF). A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.³

Clara a importância e as consequências geradas pela previsão e aplicação de princípios constitucionais, não apenas com relação ao procedimento a ser adotado, mas, especialmente, no que diz respeito à pessoa do acusado e a forma como o mesmo deve ser tratado durante as investigações, o processo, a condenação e até mesmo no momento da execução de sua pena.

³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 8.

Uma vez contextualizada a criação das leis que regem a execução penal, bem como o princípio de maior importância para que seja respeitado o devido processo legal, deve-se tratar deste princípio em específico, bem como de sua previsão legal e do entendimento doutrinário de autores conceituados no âmbito jurídico brasileiro.

Válido salientar a percepção tida por Mendes e Branco, a qual indica o motivo de realização do presente estudo, diante das divergências jurisprudenciais, por exemplo:

Tem sido rico o debate sobre o significado da garantia de presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.⁴

Essa riqueza de debate, citada pelo doutrinador, ocasionou a situação atual do ordenamento jurídico concreto brasileiro, acerca da relação entre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena, bem como das divergências de entendimento e posicionamento existentes.

2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO OBRIGATÓRIO NO ÂMBITO PENAL DO PROCESSO

Diante da previsão constitucional existente, tem-se a relação de obrigatoriedade da aplicação do princípio da presunção de inocência, como direito e garantia fundamental de qualquer indivíduo, no decorrer de quaisquer procedimentos, incluindo o penal.

Alexandre Knopfholz, em sua obra “A denúncia genérica nos crimes econômicos”, afirma que: “o direito processual penal deve caminhar, cada vez mais, para uma perspectiva garantista em um sistema acusatório alicerçado em direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados”⁵.

⁴ MENDES; BRANCO, 2016, p. 553.

⁵ KNOPFHOLZ, 2013, p. 85.

Desta forma, torna-se necessário o estudo do significado do princípio, ou seja, entender a sua definição padrão, conforme tratada na legislação e na doutrina brasileira.

A presunção de inocência nada mais é do que sua tradução literal, ou seja, o entendimento e o tratamento do acusado sob a ótica de que o mesmo não deve ocupar a posição de culpado ou de condenado, até que se prove concretamente tal situação e, conseqüentemente, seja reconhecida por meio de decisão judicial, a qual deve alcançar a condição de transitada em julgado.

O princípio é o pressuposto tido de alguma situação existente, no caso processual penal se trata de consideração em relação à pessoa do réu, de que o mesmo não possui responsabilidade, nem mesmo culpa pelo fato ocorrido, até que reste devidamente provado o contrário.

Uma vez compreendida a presunção, parte inicial e imprescindível, resta analisar o significado das demais palavras envolvidas na conceituação do princípio que rege a dinâmica existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Já no ponto da inocência se relaciona à ideia de pureza e pode-se dizer que caracteriza a ausência de culpa no âmbito do estudo em questão, sendo tal conceito resumido na ausência de relação de eventual conduta do acusado com o fato ocorrido. Desta forma, a imputação de inocência a alguém tem relação direta com o modo como a mesma deve ser tratada pela sociedade e principalmente no decorrer do processo.

Significa dizer que o acusado nunca poderá ser tratado de modo diferente por suposto crime por ele cometido, antes de provada sua autoria e da conseqüente existência de condenação concreta por autoridade capacitada para tal.

A importância da decisão judicial tem como fundamento a análise realizada pelo juiz de todas as alegações e provas constantes nos autos e da relação dos fatos com o conhecimento que o magistrado possui sobre os crimes, suas características e suas conseqüências.

A simples função do juiz de julgador imparcial revela a necessidade de decisão por ele proferida, a qual é o único meio capaz de alterar a situação do acusado.

Por fim, a necessidade de ocorrência do trânsito em julgado deve-se ao fato de que tal condição só será atingida quando não restarem mais recursos a serem interpostos, para nenhuma instância do Poder Judiciário. Tal condição possui caráter obrigatório em decorrência de outros princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, os quais asseguram ao acusado a possibilidade de se defender de

todas as alegações e fatos existentes, bem como de recorrer das decisões proferidas até a última instância do Poder Judiciário brasileiro.

Sendo assim, a decisão judicial só alcança plenos efeitos após assegurados todos os direitos das partes, não podendo alterar a realidade do mundo jurídico antes do trânsito em julgado.

Da mera significação do princípio resta nítida sua relevância no procedimento brasileiro, como afirmado por Alexandre Knopfholz:

Os direitos fundamentais seriam, pois, “[...] declarações da imprescindibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem.” Justamente em razão de sua importância, são *inalienáveis, imprescindíveis e irrenunciáveis*. São ainda, *universais*, pois todos os homens os têm na mesma medida.⁶

Além da inquestionável relevância da aplicação dos direitos fundamentais, especificamente do princípio da presunção de inocência, importante salientar os termos usados no trecho acima, os quais caracterizam o princípio e sua aplicação, são eles: necessários, essenciais, fundamentais, inalienáveis, imprescindíveis, irrenunciáveis e universais.

Destes termos é possível perceber nitidamente a importância da aplicação de todos os direitos e garantias fundamentais assegurados não apenas ao acusado penal, mas a todo e qualquer indivíduo, motivo pelo qual se encontra entre os deveres do julgador a função de resguardar e assegurar tais garantias de qualquer pessoa que ocupe o papel de réu em um processo judicial.

2.4 A LEGISLAÇÃO VIGENTE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No tocante à legislação vigente no Brasil e às disposições expressas do princípio tem-se o teor da Constituição Federal em seu artigo 5º, LVII, o qual dispõe que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é o marco para que o

⁶ KNOPFHOLZ, 2013, p. 98.

acusado possa ser considerado e tratado como culpado pela prática do fato em questão.

Paulo Rangel entende que:

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é certeza de culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. O juiz, ao apreciar um processo e verificar, pelas provas dos autos, que a condenação é a aplicação correta e justa da lei, faz uma operação mental, concluindo pela culpa do réu e, por isso, condena-o. Do contrário, se entende, pela análise dos autos, que a Lei somente seria aplicada corretamente se o réu fosse absolvido, a presunção seria de inocência. Assim, estamos no campo da presunção (operação mental que liga um fato a outro) e, portanto, de um fato indicado em decorrência das provas que foram carregadas para os autos.⁷

Da simples previsão constitucional impõe-se a aplicação de tal princípio nos mais diversos ramos do ordenamento jurídico do país, sob o argumento de que se tratam de disposições gerais e aplicáveis não apenas em determinados casos, mas, sempre que no âmbito jurídico se depreenda com uma situação de acusação por cometimento de ato ilícito, por exemplo.

Se não bastasse o enquadramento da presunção de inocência como princípio constitucional a ser seguido em todos os casos concretos, o Código de Processo Penal também cita a não culpabilidade, outro nome para o mesmo princípio, como garantia processual do acusado.

Há previsão legal especialmente a respeito de sua prisão, sendo aplicada em sua extensão à todo o processo, quando analisado em conjunto com a Constituição Federal.

No artigo 283 do referido Código, encontra-se a seguinte disposição:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente, ou em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁸

⁷ RANGEL, 2017, p. 23.

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 27 fev.2018.

Ao adentrar nas disposições da Lei de Execução Penal brasileira, mesmo que tal lei não possua expressamente a previsão da incidência da presunção de inocência – uma vez que se aplica na fase executória, ou seja, apenas após o efetivo trânsito em julgado da sentença –, pode-se perceber a incidência e a importância do princípio constitucional, mesmo que de forma indireta.

Alexandre Knopfholtz traz à tona o entendimento de que a democracia tem íntima relação com o ordenamento jurídico brasileiro e o Estado em si, pois os direitos fundamentais ocupam uma posição de requisitos prévios ao procedimento, sendo desta forma concretizado e legitimado o sistema político-democrático, o qual é adotado e aplicado pelo Brasil⁹.

Afirma também, não ser possível a aplicação de princípios sem os devidos direitos fundamentais, bem como que a não garantia dos direitos do homem torna o Estado algo inconcebível.

Forçoso concluir que da mera disposição constitucional, acerca do reconhecimento de culpa do acusado após o trânsito em julgado, tem-se ou deveria ter uma aplicação até natural de tal premissa, especificamente na área processual penal do direito brasileiro.

Veza que, no trato de um acusado penal, o juiz da causa deve sempre buscar adotar todas as medidas necessárias e cabíveis para que sua decisão não seja passível de impugnação, especificamente no que diz respeito aos princípios e garantias fundamentais das partes envolvidas no processo.

Além da importância do papel exercido pelo juiz do processo, tem-se grande importância nas criações e posições doutrinárias, veza que as mesmas são utilizadas em conjunto com as disposições legais para fundamentação das decisões tomadas com relação ao fato ocorrido.

2.5 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, O PRINCÍPIO NA DOUTRINA BRASILEIRA

⁹ KNOPFHOLTZ, 2013, p. 114.

Por se tratar de um princípio constitucional de grande influência no procedimento penal, necessário realizar a análise do entendimento doutrinário apresentado por constitucionalistas, penalistas e processualistas penais sobre o tema.

Importante abordar tais argumentações diante da utilização das mesmas como embasamento para as decisões tomadas pelo Judiciário no Brasil, conjuntamente com o conteúdo legal e jurisprudências acerca do conteúdo em questão na ação, conforme já citado anteriormente.

Aury Lopes Jr. ao iniciar suas considerações, acerca do princípio da presunção de inocência, faz menção ao momento histórico em que surgiu tal determinação: “A presunção de inocência e o princípio da jurisdicionalidade foram, como explica Ferrajoli, finalmente, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789”¹⁰.

O doutrinador também dá ao princípio a qualificação de reitor do processo penal, uma vez que o mesmo se encontra fortemente assegurado pela disposição constante da Constituição Federal. Afirmando quanto à presunção de inocência que “[...] podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”¹¹, devido a sua importância.

Trata também o princípio como pressuposto da condição humana, visto esta que deve existir de maneira natural ao iniciar um procedimento de acusação e investigação criminal, vez que, até o proferimento da sentença, estarão as partes diante de uma mera investigação, portanto, não existem culpados, apenas suspeitos da autoria do crime.

Por fim, Aury Lopes Jr. sintetiza o princípio nas expressões “dever de tratamento” e “regra de julgamento”, as quais devem nortear o procedimento penal. Uma vez seguidas as expressões acima, restará resguardado o direito fundamental do acusado, de sofrer os efeitos de condenação por autoria de crime apenas após exauridas todas as instâncias e os meios capazes de provar sua inocência ou efetiva culpa¹².

No âmbito dos doutrinadores constitucionalistas, a ideia de presunção de inocência trazida por Guilherme Peña de Moraes em sua obra, se resume na visão do princípio como:

¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

¹¹ *Ibid.*, p. 96.

¹² *Ibid.*, p. 94.

Princípio da presunção de inocência: norma de prova e norma de tratamento, uma vez que o ônus de demonstrar a real ocorrência dos fatos constitutivos do direito de punir do Estado cabe integralmente à acusação, sob pena de absolvição, assim como o acusado não pode ser tratado como culpado, sendo manifesta a diferenciação entre indiciado (pessoa contra a qual foi instaurado inquérito policial), acusado (pessoa contra a qual foi deduzida pretensão punitiva em juízo ou tribunal), condenado (pessoa contra a qual foi proferida sentença penal condenatória recorrível) e culpado (pessoa contra a qual foi pronunciada sentença penal condenatória revestida pela coisa julgada material), respectivamente. O princípio não tem o condão de obstar a execução provisória de pena privativa de liberdade que houver sido aplicada por decisão proveniente de órgão colegiado e, depois, impugnada por recurso extraordinário ou recurso especial ainda não ultimado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. A fortiori, a presunção de inocência encerra duas orientações: uma é correlativa aos ônus da prova, de forma que o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa é imposto ao Ministério Público ou querelante, enquanto a outra é correlata à prisão provisória, ou mesmo execução provisória de pena privativa de liberdade, de modo que a restrição da liberdade de locomoção do imputado, durante a persecução criminal, é medida excepcional.¹³

Diante das exposições acima, é possível perceber que o entendimento doutrinário de constitucionalistas e processualistas penais são convergentes no sentido de o princípio ser de aplicação primordial, bem como da imposição natural de sua aplicação para que o investigado seja tratado como mero acusado, nunca como culpado, e no sentido de caber aos autores da ação o ônus probatório.

Existe, portanto, a figura do juiz e de sua decisão como um divisor de águas quanto ao princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, por ser ele o responsável pela ocorrência de qualquer mudança na situação concreta do ordenamento jurídico, bem como na vida social do investigado penal.

Pacelli, após convergir com os demais doutrinadores aqui já citados no tocante à conceituação e aplicação do princípio, chega ao ponto principal, o qual influenciou a existência de situações jurídicas capazes de possibilitar a discussão e execução do presente estudo.

Exceções ao princípio, é claro, até poderão ocorrer, sem qualquer mácula ao pensamento garantista, como, de resto, comprova-o direito comparado, mundo afora. Em situações e contexto absolutamente excepcionais. O Direito é regra, mas é, também exceção.¹⁴

¹³ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 133.

¹⁴ PACELLI, 2017, p. 49.

O doutrinador cita a importância de o direito ser a regra no momento de aplicação aos casos concretos, porém, também cita a existência de exceções e a possibilidade de incidência das mesmas. De tal entendimento é que se possibilitou a chegada ao momento atual brasileiro, no qual se questiona a constitucionalidade, ou não, do tema em questão.

As exceções ao princípio e os entendimentos divergentes dos julgadores brasileiros ocasionaram a situação inconstante que o Brasil enfrenta atualmente, a respeito da execução provisória da pena, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Possibilitando que, ao fim deste capítulo inicial, reste devidamente identificado o motivo da problematização do tema.

Desta iniciação constitucional acerca do tema, resta uma única dúvida. A execução provisória da pena fere ou não o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade?

3 DA EXECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma vez que o ponto principal acerca do tema da execução provisória trata-se da constitucionalidade, ou não, da adoção de tal procedimento, faz-se necessário um estudo acerca da execução penal em sua totalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Para que se torne possível alcançar a resposta ao questionamento acerca da execução provisória, sendo necessário, inicialmente, realizar a contextualização de tal forma de execução, com a devida conceituação dos pontos envolvidos na questão.

Ou seja, demonstrar as possíveis formas de execução de penas conforme as disposições do ordenamento jurídico e diferenciar a ocorrência de uma execução da pena via de regra e de uma execução provisória da pena, para que se obtenha uma visão geral da concretização do procedimento em questão.

Do conhecimento de todas as questões e dos mínimos pontos envolvidos em tal divergência, é que se tornará possível adotar um posicionamento pessoal acerca das decisões concedendo a execução de forma diferenciada e das decisões que optam por manter a execução padrão.

Tratando, especificamente, da execução penal, tem-se a noção de que tal fase processual decorre do normal andamento do processo, ou seja, é subsequente ao proferimento de uma sentença condenatória ou decisão criminal pela autoridade competente.

Tal ideia define perfeitamente a execução penal brasileira em sua forma padrão, porém, como toda regra admite exceção, tem-se a possibilidade da execução provisória da pena, a qual é o objeto a ser aprofundado no decorrer do presente estudo.

Importante salientar que, no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a incidência não apenas das previsões legais acerca do procedimento, mas também grande influência das decisões proferidas por julgadores, bem como dos posicionamentos doutrinários, os quais são utilizados frequentemente para embasar tais decisões.

Partindo de tal noção acerca dos pontos que influenciam a tomada da decisão necessária para que se inicie a execução, serão objeto de análise não só as jurisprudências existentes, mas também as doutrinas e o texto legal, com a finalidade

de alcançar uma visão completa do ordenamento jurídico nos casos concretos de execuções penais.

3.1 O PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PENAL

Como já explicitado, a execução penal se dá após o proferimento de sentença ou decisão pela autoridade responsável no processo em questão, impondo ao réu da ação penal uma condenação.

A execução da pena, como aplicada atualmente, teve origem da necessidade de regulamentação do prosseguimento da ação penal após a ocorrência de eventual condenação do réu na mesma. Uma vez que os demais ramos do direito não abrangem tal momento processual, nem mesmo dispõem ou possuem previsões específicas acerca do tema que possibilitem a sua ocorrência nos eventuais casos concretos.

O procedimento executório é guiado pelas disposições trazidas pela Lei de Execução Penal, de nº 7.210 do ano de 1984, na qual se têm as regulamentações referentes ao tema. As previsões abordadas em seus artigos, devem ser seguidas em caso de necessidade de aplicação concreta de uma execução penal contra o réu da ação penal.

Guilherme de Souza Nucci¹⁵, ao iniciar suas considerações acerca do tema, traz em sua obra disposições acerca da natureza de tal procedimento, bem como aborda as correlações materiais existentes entre a execução penal, tema em questão, e os demais ramos do direito existentes no Brasil:

É, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda atividade administrativa. [...] Por outro lado, é impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal, enquanto o segundo estabelece os princípios e as formas fundamentais de se regular o procedimento da execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 958.

De tal afirmação, percebe-se a imprescindibilidade do capítulo anterior, no tocante à influência do direito penal e do processo penal em todas as fases processuais, especificamente, ao se tratar da execução da pena, além das imperiosas disposições constitucionais.

Nesse sentido, com a justificativa de que, para a ocorrência do correto e justo desenvolvimento de todo e qualquer procedimento processual, bem como do executório, é de extrema importância a conexão entre as matérias e suas previsões legais e até doutrinárias.

Há até certa dependência das regulamentações trazidas por cada um dos âmbitos da matéria prevista pelo Direito Penal, uma vez que o procedimento é uma sequência de atos, os quais dependem das especificidades trazidas pela regulamentação e pelas formas concretamente adotadas pelo julgador brasileiro quando se depara com um caso concreto.

Tais regulamentações estão presentes desde as disposições do Código Penal, cuja abrangência é majoritária com relação ao tema, até a Lei de Execução Penal, de abrangência especificada com relação ao processo executório.

Daí surge a relação de sequência lógica entre o início e o fim do processo penal como um todo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo, em cada uma de suas fases ou etapas, uma lei regulamentadora como base e diversas doutrinas e jurisprudências nos mais variados casos concretos existentes.

Renato Marcão, em seu curso, aborda o tema da execução penal no Brasil conjuntamente com a incidência dos princípios e garantias constitucionais existentes, assegurados a todos os indivíduos aos quais a lei abrange, salientando também a importância dessa análise interdisciplinar, em termos de áreas do direito, acerca do tema:

Afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sua sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes. Bem por isso o acerto das observações de Paulo Lúcio Nogueira, quando diz que “é indispensável a existência de um *processo*, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da *humanização da pena*, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de *direitos e deveres*, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a

punição desprovida da sua finalidade”. De fundamental relevância, ainda, o *princípio da personalidade*, também denominado *princípio da intranscendência*, segundo o qual o processo e a pena, bem como a medida de segurança, não podem ir além da pessoa do autor da infração (art. 5º, XLV, da CF).¹⁶

Do entendimento trazido pelo autor, também é possível perceber tal relação de interdependência entre as matérias envolvidas no decorrer do processo criminal e da execução da pena por si só. Restando clara a incidência das mais diversas áreas do direito mesmo ao tratar-se de um tema especificamente penal, pois o mesmo não existe sozinho no mundo jurídico.

Tal fato ocorre em decorrência da ordem seguida nos procedimentos jurídicos no Brasil, nos quais a análise dos fatos e a dosimetria da pena, no caso do processo penal, precedem a efetiva execução da condenação criminal determinada ao réu da ação.

Seguindo a lógica processual e a regra procedimental trazida pela Lei executória brasileira, o início do procedimento de execução da pena ocorrerá após o sentenciamento da ação ou pelo proferimento de decisão criminal, afirmação que se torna até óbvia.

Via de regra, adota-se o marco do trânsito em julgado de tais decisões condenatórias para que se dê início ao procedimento da execução, uma vez que existe a possibilidade de a decisão ser impugnada e eventualmente modificada mediante a interposição de recursos e reanálise do caso concreto.

Tem-se, portanto, como requisito imprescindível à execução da pena, a existência de uma sentença que a determine, relativamente ao tempo, meio e forma de cumprimento da penalidade. Vez que a autoridade competente pelo procedimento executório apenas determinará sua execução, sem alterar ou discutir os pontos da condenação em si.

Surge tal relação por serem diversos os tipos penais e a possível quantidade de pena à eles cominadas, bem como as possibilidades de sua modificação no decorrer da análise das circunstâncias penais existentes e da realização da dosimetria pelo julgador competente.

¹⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

A abordagem acerca do procedimento a ser adotado em caso de necessidade de execução penal está amplamente fundamentada e, pode-se dizer que, majoritariamente prevista na Lei de Execução Penal, a qual é sua principal regulamentadora.

Renato Marcão também trata das disposições da Lei de Execução Penal considerando sua aplicação em casos concretos, mais especificamente com relação ao objetivo da referida lei:

Considerando a pretensão expressa no art. 1º da Lei de Execução Penal, a execução deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.¹⁷

A lei, além de definir inicialmente seu objeto e aplicação, aborda também – de forma genérica, por incidir nos casos enquadrados no procedimento via de regra, quanto na execução provisória, de forma excepcional – os órgãos envolvidos no procedimento executório em seu artigo 61, bem como o juízo competente em seu artigo 65 e no artigo 66 os deveres a serem cumpridos pelo juiz da execução.

Conjuntamente com o procedimento previsto em lei, existe também a esfera em que estão inseridos os julgadores, na qual ocorre a aplicação do previsto ao caso concreto e, portanto, o início da concretização do procedimento da execução.

Nesta esfera, da aplicação efetiva do procedimento da execução da pena, é onde se encontra a bifurcação existente atualmente no Judiciário brasileiro, a qual possui como base as jurisprudências acerca do tema, bem como as diversas doutrinas existentes em ambos os sentidos.

Tal fato decorre da existência de divergências de posicionamentos entre os julgadores brasileiros, vez que alguns entendem como possível apenas a execução da pena via de regra, enquanto outros entendem como constitucional a execução provisória da pena.

A execução, via de regra, diferencia-se da execução provisória da pena basicamente em um aspecto, qual seja, o momento de sua ocorrência.

¹⁷ MARCÃO, 2016, p. 32.

A afirmação acima, acerca da diferenciação pelo momento do início do procedimento, parece ser redundante ao deparar-se com o termo execução provisória, porém, é o ponto específico que coloca cada um dos meios de execução em um caminho diferente à ser escolhido. Justificada no fato de que a regra exige a ocorrência do efetivo trânsito em julgado, enquanto a provisória não encara tal marco como um requisito de caráter obrigatório para que se inicie efetivamente o procedimento em questão.

Renato Marcão traz o entendimento e as mudanças que ocorreram para alcançar a realidade atual no Brasil:

[...] Só se afigurava viável execução provisória quando pendente de julgamento Recurso Especial (STJ) ou Extraordinário (STF), se o acusado recorrente estivesse preso em razão de prisão preventiva, acertada e fundamentadamente decretada. Essa maneira de pensar é compatível com o vigente Estado de Direito, e encontra amparo no art. 5º, LVII da CF, de onde se extrai que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado definitivo de sentença ou acórdão penal condenatório proferido em seu desfavor. Se a presunção de inocência só é destruída pela trânsito em julgado de condenação criminal, não há como admitir prisão ara execução provisória da pena enquanto pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário, salvo quando decretada prisão preventiva, e a razão é simples: não ocorreu o trânsito em julgado e, portanto, persiste a presunção de inocência. É o que também se extrai do art. 105 da LEI e do art. 283, caput, do CPP, que não foram e não podem ser declarados inconstitucionais, por se encontrarem em absoluta consonância com o art. 5º, LVII, da CF. Mesmo assim, no dia 17 de fevereiro de 2016, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, o Plenário da Suprema Corte retomou seu anterior entendimento, e novamente passou a admitir a execução provisória da pena na pendência de recurso especial ou extraordinário. De acordo com o posicionamento expostos, decretada ou mantida a condenação criminal em Segunda Instância, é cabível a execução da pena, ainda que pendentes de apreciação recurso especial ou extraordinário.¹⁸

Dos argumentos trazidos pelo doutrinador restou clara a mudança ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o ponto específico de diferenciação entre a execução via de regra e a execução provisória da pena, fato a ser analisado e aprofundado no decorrer do presente estudo.

Após tais exposições, necessária a realização da definição e análise da constitucionalidade da execução da pena de forma padrão, bem como da definição e do posicionamento acerca da execução provisória da pena. Uma vez que o enfoque

¹⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 657.

existente entre tais matérias se encontra na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do procedimento a ser adotado nos casos concretos existentes no Brasil.

3.2 DA EXECUÇÃO DA PENA VIA DE REGRA

Trata-se de execução da pena via de regra, de acordo com as disposições legais existentes na Lei de Execução Penal brasileira, aquela que tem início após o proferimento de sentença ou de decisão criminal. Tal determinação tem como objetivo efetivar as disposições realizadas pelo julgador, no tocante à pena e ao meio de cumprimento da mesma, salvaguardando ao condenado os direitos não atingidos.

Tal procedimento entende como obrigatório o marco do trânsito em julgado da decisão condenatória em questão para que tenha início efetivamente a execução, restando configurado o procedimento padrão nestes casos.

Vê-se concretizada tal afirmação e o próprio procedimento, da leitura do artigo 105 da Lei, no momento em que faz referência às penas privativas de liberdade, onde prevê: “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”¹⁹.

E no artigo 147 da mesma Lei, caracterizada a referida forma de execução, quando trata sobre as penas restritivas de direitos, dispondo da seguinte forma:

Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.²⁰

Guilherme de Souza Nucci, em sua obra, trata acerca do desenvolvimento do procedimento da execução penal:

¹⁹ BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

²⁰ Ibid., idem.

Como regra, a execução penal tem início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impondo pena privativa de liberdade, se o réu estiver preso ou vier a ser preso, expedindo o juiz da condenação a guia de recolhimento (art. 105, LEI). O conteúdo da guia de recolhimento é o seguinte: o nome do condenado; a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; a data da terminação da pena; outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário (art. 106, LEI). Cada vez que houver modificação quanto à pena imposta, retifica-se a guia de recolhimento (art. 106, §2º, LEI). Sob outro aspecto, vale ressaltar que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária (art. 107, caput, LEI). O cumprimento da pena deve ser concretizado em forma progressiva, passando-se do regime mais severo (fechado) aos mais brandos (semiaberto e aberto). A progressão deve contar dois fatores fundamentais: o cumprimento de pelo menos um sexto no regime anterior (requisito objetivo) e merecimento (requisito subjetivo). Este último deve ser analisado em visão globalizadas, envolvendo todos os aspectos possíveis da execução da pena. Por isso, o ideal é contar com a participação de profissionais do presídio, componentes da Comissão Técnica de Classificação, que podem emitir um parecer, recomendando ou não a passagem do regime mais severo (fechado ou semiaberto) ao de menor rigorismo (semiaberto ou aberto). A progressão, em casos de condenações por crimes hediondos e equiparados, dar-se-á após o cumprimento inicial de dois quintos (para condenados primários) ou de três quintos (para os reincidentes) da pena, conforme dispõe o art. 2º, §2º, da Lei 8.072/90 (com redação dada pela Lei 11.464/2007).²¹

Da simples análise do trecho inicial da explicação do doutrinador acerca do procedimento da execução penal, percebe-se que existe um grande enfoque no trânsito em julgado da decisão condenatória.

Tal enfoque ocorre uma vez que é o momento em que a referida decisão condenatória se torna imutável, ou seja, não persistem mais recursos ou outras medidas a serem tomadas que tragam como consequência a modificação de qualquer um dos pontos abordados na decisão.

Dessa imutabilidade é que surge a segurança jurídica no que se refere ao réu da ação penal, uma vez que, teoricamente, lhe foram assegurados todos os direitos e garantias previstos. Bem como lhe foi dada a oportunidade de se defender amplamente e interpor todos os recursos possíveis para uma reanálise de sua efetiva situação.

Importante salientar que uma das máximas do processo penal brasileiro é o cumprimento dos princípios constitucionais e das garantias e direitos fundamentais,

²¹ NUCCI, 2017, p. 990.

motivo que justifica o fato de ser uma das grandes preocupações do julgador da ação penal e do próprio juízo da execução.

Ao tratar do cumprimento de princípios constitucionais, em especial, ressalta-se o da presunção de inocência, descrito anteriormente. Sob o argumento de que se trata de um dos mais importantes princípios dentro do âmbito penal, não podendo ser suprimido do acusado penal.

De tal importância é que surge a divergência doutrinária e jurisprudencial brasileira, pois o trânsito em julgado seria o efetivador do princípio da presunção de inocência para alguns, enquanto para outros, não seria necessária a concretização do trânsito em julgado para que o princípio não fosse ferido.

Sob o enfoque dos doutrinadores que defendem a execução via de regra, a argumentação encontra-se embasada no princípio constitucional da presunção de inocência, o qual seria violado com eventual execução provisória da pena, vez que seria uma condenação iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Afirma-se que a própria disposição do Código de Processo Penal afasta a possibilidade de execução provisória da pena em seu artigo 283, uma vez que o mesmo prevê que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Renato Marcão compactua com tal entendimento e posicionamento acerca da primazia constitucional em relação aos demais pontos envolvidos, relativamente à execução penal, conforme se vê:

Essa maneira de pensar é compatível com o vigente Estado de Direito, e encontra amparo no art. 5º, LVII, da CF, de onde se extrai que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado definitivo de sentença ou acórdão penal condenatório proferido em seu desfavor. Se a presunção de inocência só é destruída pelo trânsito em julgado de condenação criminal, não há como admitir execução provisória da pena enquanto pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário, salvo quando decretada prisão preventiva, e a razão é simples: não ocorreu o trânsito em julgado e, portanto, persiste a presunção de inocência. É o que também se lê no art. 105 da LEI, que não foi e não pode ser declarado inconstitucional, por se encontrar em absoluta consonância com o art. 5º, LVII, da CF.²²

²² MARCÃO, 2016, p. 41.

Similar a tal previsão e, conforme citado pelo doutrinador Renato Marcão, em sua obra acerca da execução penal, embasa-se também no artigo 5º, LVI da Constituição Federal brasileira.

De sua leitura, tem-se como perceptível a profunda conexão existente entre o princípio da presunção de inocência e o trânsito em julgado da decisão condenatória, por ser adotado expressamente no texto legal, o marco do trânsito em julgado como caracterizador do cumprimento do princípio constitucional.

Analisados os fatores caracterizadores da execução via de regra da pena, passa-se a análise do procedimento a ser adotado quando da aplicação em casos concretos, bem como da importância do papel exercido pelo juiz da execução.

A doutrina de Norberto Avena aborda o procedimento regulamentado pela LEP – Lei de Execução Penal Brasileira:

Dispõe o art. 195 da Lei de Execução Penal que “o procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa”. A possibilidade de iniciativa do procedimento judicial pelo juiz ex officio decorre da necessidade de assegurar o regular desenvolvimento do processo de execução, permitindo-se a ele, independentemente de prévia manifestação de vontade dos demais órgãos da execução penal e do próprio sentenciado, praticar atos relacionados à solução das várias questões e incidentes que podem surgir durante o cumprimento da pena ou da sujeição à medida de segurança. Veja-se, a propósito, que a própria execução da sanção penal, em regra, inicia-se de ofício pelo juiz da execução, a partir do recebimento da guia de recolhimento (ou de internamento, quando for o caso de medida de segurança) expedida pelo juiz da condenação. Já a fase executória é regida por princípios próprios, destinando-se não apenas à repressão, mas também à recuperação e ressocialização do condenado. Por essa razão impõe-se, nessa seara, que o juiz passe a atuar de modo mais efetivo, mesmo porque tem a incumbência de zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (art. 66, VI, da LEP), não implicando, de modo algum, a iniciativa conferida pelo art. 195 da LEP ao juiz da execução ofensa ao princípio da imparcialidade. Sem embargo da faculdade de atuação oficiosa pelo juiz da execução, prevê a lei também a hipótese de o procedimento judicial ser instaurado por requerimento do Ministério Público, do interessado (condenado, internado ou submetido a tratamento ambulatorial), de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente e, ainda, mediante proposta do Conselho Penitenciário e da autoridade administrativa (o diretor do estabelecimento prisional, por exemplo).²³

²³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 416.

Do conteúdo do livro do autor tem-se, em parte, a transcrição da letra da lei, porém, sem deixar de lado a questão argumentativa e de posicionamento autoral, vez que além de citar os legitimados para dar início ao procedimento executório, correlaciona tais hipóteses com os já citados princípios constitucionais e com a garantia de todos os direitos inerentes ao condenado penal.

Os fatores citados são determinantes para a ocorrência do procedimento em sua forma legal e livre de vícios processuais, eis que possui completa regulamentação constitucional e infra legal. Desta forma, diante do cumprimento exato das previsões dadas pelo ordenador jurídico brasileiro, concretiza-se a segurança jurídica em relação aos direitos do acusado.

Sobre a supracitada garantia dos direitos do sentenciado, o autor afirma:

Independentemente da forma como iniciado o procedimento judicial (ex officio, por requerimento ou proposta dos legitimados), revela-se imprescindível que, no seu curso, esteja o sentenciado assistido por defensor, constituído ou nomeado, implicando a ausência dessa assistência em causa de nulidade. Para tanto, é irrelevante que o art. 196 da LEP tenha omitido a necessária intervenção da defesa técnica, pois tal exigência decorre diretamente dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Pois bem, tratando-se de instauração ex officio do procedimento judicial, caberá ao juiz baixar a competente portaria; sendo, por outro lado, hipótese de provocação, deverá esta ser realizada mediante petição. De acordo com o art. 196, caput, da LEP, a portaria ou a petição deverão ser autuadas, ouvindo-se, em seguida, no prazo de 3 (três) dias, o condenado (por seu defensor) e o Ministério Público, salvo, evidentemente, se forem eles os requerentes do procedimento. Não havendo a necessidade de realização de provas, caberá ao juiz decidir de plano em igual prazo (art. 196, § 1º, da LEP). Se, ao contrário, houver a necessidade de produção de provas no âmbito do procedimento judicial (art. 196, § 2º, da LEP), estas serão realizadas em fase instrutória.²⁴

Percebe-se, da leitura das mais diversas doutrinas acerca do tema, bem como da leitura da própria lei regulamentadora, que sem a efetiva segurança e concessão de todos os direitos concedidos por lei ao condenado, o processo como um todo cairia por terra.

Forçoso salientar, mais uma vez, a obrigatoriedade da constitucionalidade de todos e quaisquer procedimentos a serem praticados no âmbito jurídico no Brasil, ante

²⁴ AVENA, 2017, p. 417.

o histórico constitucionalista adotado pelos doutrinadores, ordenadores jurídicos e julgadores.

Por fim, ainda com grande enfoque na pessoa do condenado, o doutrinador discorre acerca do prazo legal:

Observe-se finalmente que, muito embora a LEP não estabeleça prazo para a conclusão do procedimento judicial, sua tramitação não pode perdurar mais tempo do que, pelo senso comum, seja considerado o razoável para a produção das provas necessárias e deliberação judicial sobre a questão que motivou sua instauração. Eventuais atrasos resultantes de desídia do juízo na tramitação de procedimentos relacionados à concessão de benefícios prisionais caracterizam constrangimento ilegal ao sentenciado, viabilizando, conforme o caso, o manejo de habeas corpus. Tratando-se, por outro lado, de delongas no andamento de procedimentos destinados à supressão ou perda desses benefícios, afigura-se possível a impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público. Em um e outro casos, ainda, não se descarta o cabimento da própria correição parcial sob o argumento do error in procedendo provocado pela paralisação injustificada do feito.²⁵

Possível perceber da leitura do trecho que, em eventuais casos de lacunas da lei, adota-se um posicionamento constitucionalista e garantista em benefício ao condenado penal, diante da ocorrência da abertura de um leque de possibilidades impugnatórias para o mesmo contra o procedimento, caso o mesmo não se desse desta forma.

Da mera leitura do procedimento a ser adotado em uma execução penal resta clara a incidência, não apenas de princípios, mas de todo um direcionamento do julgador para que o acusado seja minimamente prejudicado no decorrer da ação penal e até mesmo em uma eventual execução.

Como conclusão final, tem-se no procedimento executório a obrigatoriedade de um procedimento constitucional em sua totalidade como condição da simples existência e incidência concreta do mesmo. Sendo correta a afirmação de que, do cumprimento das previsões adotadas no Brasil, adota-se um posicionamento de assegurar o procedimento mais benéfico ao réu.

Uma vez analisada a execução da pena em sua forma padrão, além de devidamente compreendidos todos os aspectos relevantes envolvidos no procedimento via de regra, pode-se iniciar uma análise da execução penal provisória,

²⁵ AVENA, 2017, p. 418.

devendo ser adotado o mesmo método de estudo com relação ao procedimento provisório.

A adoção do mesmo método tem como fundamento a ideia de possibilitar a tomada de posicionamento com relação à divergência existente acerca da constitucionalidade e aplicabilidade ou não, da medida abordada no presente estudo. Vez que todos os aspectos envolvidos, bem como os pontos de vista de ambos os posicionamentos serão abordados, para que seja amplamente abordado o objeto de estudo.

3.3 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Já no tocante à exceção ao procedimento padrão de execução, surge o objeto de estudo do presente trabalho, a execução da pena aplicada ao condenado de maneira provisória. Denominada como exceção pelo momento em que o procedimento se inicia, sendo diferente do determinado por Lei como padrão, o qual utiliza-se do trânsito em julgado como alavanca.

Edilson Mougnot Bonfim trata da regra com relação ao contexto histórico existente e finaliza citando o posicionamento anterior tido pelo Supremo Tribunal Federal:

A regra, portanto é que a sentença condenatória não seja executada enquanto não transitar em julgado. A aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança deixou de existir com a reforma do Código Penal em 1984. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência entendendo que não há que se reconhecer a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, vez que esta orientação conflita, de modo frontal, com o princípio constitucional da presunção de inocência.²⁶

Tratado como posicionamento anterior por não ser mais convergente com o atualmente adotado, eis que reconhecida a possibilidade de aplicação do procedimento executório penal de forma provisória.

²⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 954.

O termo “provisória” é utilizado justamente pelo motivo que diferencia os modelos de execução existentes, vez que na exceção não se observa como marco obrigatório, para início do procedimento, o efetivo trânsito em julgado da decisão condenatória.

Desta forma, após o cumprimento do duplo grau de jurisdição e do proferimento de uma condenação ao réu da ação penal, pode-se dar início ao procedimento de execução da pena, ainda que pendentes de julgamentos eventuais recursos especiais e extraordinários.

A não observância de tal marco se dá sob a justificativa de que a ausência de imutabilidade da decisão condenatória não necessariamente infringe os direitos e garantias constitucionais que devem ser assegurados ao réu da ação penal, sendo este o argumento trazido inclusive pelos doutrinadores que entendem como constitucional tal procedimento.

No sentido de diferenciar a execução padrão e a execução provisória da pena, Adeildo Nunes afirma:

A execução será definitiva, portanto, quando a sentença condenatória transitar em julgado; será provisória, quando a decisão condenatória for objeto de apelação, intentada pela defesa ou pelo Ministério Público, sem efeito suspensivo, sendo certo, por isso, “que a pendência de recurso especial ou extraordinário não constitui obstáculo à execução provisória do julgado condenatório.”²⁷

Nota-se, mais uma vez, o enfoque no trânsito em julgado da decisão, porém, aborda-se outro ponto de vista, da ausência de impedimentos para a execução de forma provisória mediante a interposição de recurso especial ou extraordinário, sob o argumento de que tais recursos não são capazes de modificar a pena já estipulada pelo juiz.

Tal afirmação baseia-se também nas disposições trazidas pelas súmulas do STJ e do STF, as quais tratam da matéria a ser analisada em caso de interposição de tais recursos.

²⁷ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 181.

A súmula 7 do STJ prevê que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” e a súmula 279 do STF dispõe que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Edilson Bonfim correlaciona as disposições das súmulas acima citadas com o Código de Processo Penal e realiza sua conexão com a jurisprudência existente no país:

Não dotados os recursos especial e extraordinário de efeito suspensivo (art. 637 do CPP), a jurisprudência majoritária sempre se posicionou no sentido da viabilidade de execução da pena depois de exercido o duplo grau de jurisdição, com a prolação de acórdão condenatório ou confirmatório de condenação em segundo grau.²⁸

Da mera leitura, percebe-se um enfoque na ausência de reanálise do conteúdo fático e probatório existente no caso concreto quando da interposição dos referidos recursos, o que possibilitaria a execução da pena antes mesmo do julgamento dos mesmos, visto que a pena já estaria definida.

Não se vislumbra a possibilidade de alteração da pena no geral, uma vez que para que houvesse mudança quanto à quantia ou à forma de cumprimento seria necessária uma nova análise dos fatos e das provas constantes nos autos. Situação que não ocorre no momento da interposição de recursos especiais e/ou extraordinários.

Acerca dos efeitos dos recursos e da conseqüente possibilidade ou não da ocorrência da execução provisória da pena em conformidade com as decisões proferidas pelo STF, Edilson Mougnot faz menção em sua obra Curso de Processo Penal:

O recurso extraordinário, portanto, não terá efeito suspensivo, não impedindo a expedição de mandado de prisão. Tal se depreende também da redação do art. 637 do CPP: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Todavia, sem embargo da inexistência do efeito suspensivo, há orientação da Corte Suprema no sentido da viabilidade da prestação de fiança. Todavia, mais uma vez rechaçando o entendimento firmado na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do pleno, inclinou-se no sentido da impossibilidade de

²⁸ BONFIM, 2017, p. 1027.

execução provisória da pena pelo simples esgotamento das vias ordinárias recursais. Para tanto, sustentou-se que, não havendo o trânsito em julgado da sentença, a prisão deverá ser decretada a título cautelar, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Isto porque qualquer modalidade de execução provisória de pena ofende diametralmente o princípio constitucional da presunção de inocência. Contudo, o posicionamento da Suprema Corte Brasileira foi alterado, permitindo-se a execução provisória da pena depois de exercido o duplo grau de jurisdição, com a prolação de acórdão condenatório ou confirmatório de condenação em segundo grau.²⁹

Analisando-se tais argumentos, resta clara uma das possíveis fundamentações existentes para que se defenda o início do cumprimento da pena antes mesmo do julgamento de eventuais recursos, vez que, via de regra a pena não estaria passível de modificações, ante a ausência de possibilidade de tais pontos figurarem como conteúdo de eventuais recursos.

Apesar dos questionamentos acerca da interposição dos referidos recursos, as doutrinas brasileiras tratam da execução de forma provisória e de suas consequências aos condenados penais.

Nucci trata da efetiva ocorrência da execução provisória da pena, citando a possibilidade de concretização de tal procedimento, bem como a previsão legal e os benefícios que possibilitaria, quando aplicada:

Atualmente, permite-se a denominada execução provisória da pena. Pode o condenado à pena privativa de liberdade, desde que esteja preso cautelarmente, executá-la provisoriamente, em especial quando pretende a progressão de regime, pleiteando a passagem do fechado para o semiaberto. A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, dessa forma, há um teto máximo para a sanção penal. A pretexto de se tratar de prisão provisória, cautelarmente decretada durante a instrução, não se pode obstar esse direito, uma vez que, existindo eventual triunfo da defesa, por ocasião do julgamento de seu recurso, o máximo que poderá ocorrer será a imediata liberação do réu – quando houver absolvição ou diminuição da pena. Lembremos que o tempo de prisão provisória será computado como se pena cumprida fosse, em virtude da detração (art. 42, CP), o que fortalece, ainda mais, a possibilidade de se conceder ao sentenciado algum benefício, caso tenha preenchido o requisito objetivo, concernente ao tempo de prisão. Aliás, o art. 2.º, parágrafo único, da LEI, prevê a possibilidade de se aplicar ao preso provisório o disposto na Lei de Execução Penal, o que permite supor estar incluída a progressão. Logicamente, esta não será automática, respeitando-se os demais requisitos para a concessão, como o merecimento.³⁰

²⁹ BONFIM, 2017, p. 1026.

³⁰ NUCCI, 2017, p. 991.

Da análise realizada pelo doutrinador percebe-se uma visão positiva da concretização de tal hipótese, uma vez que acarretaria em diversos benefícios ao condenado, argumento utilizado como fundamento pelos defensores da aplicação de tal procedimento.

Além da opinião tida pelo autor, há citação do texto legal regulamentador com previsão acerca da possibilidade de ocorrência de tal procedimento de maneira provisória.

Sabendo-se que existe uma visão positiva para o próprio condenado da incidência da execução penal de forma provisória contra o entendimento pela inconstitucionalidade de tal hipótese, chegamos ao ponto em que surgem dois possíveis caminhos, o da aceitação da execução provisória da pena ou não.

Na obra de Nucci, observa-se claramente a realidade brasileira, pautada em divergências por doutrinadores e até mesmo julgadores:

Na doutrina, colha-se o entendimento de José CARLOS DAUMAS SANTOS: “Negar a execução provisória ao acusado preso com sentença transitada em julgado para a acusação caracteriza constrangimento ilegal inaceitável que fere, indiscutivelmente, o princípio da legalidade” (Princípio da legalidade na execução penal, p. 43). Como argumento contrário à execução provisória da pena, invoca-se o princípio constitucional da presunção de inocência. Se o réu é inocente até que a decisão condenatória se torne definitiva, não seria possível fazê-lo cumprir antecipadamente a pena. Ocorre que os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, servem para a proteção do indivíduo, e não para prejudicá-lo, o que aconteceria caso fosse utilizado como causa impeditiva da execução provisória.³¹

Não se resume em apenas um motivo a contrariedade à concretização da execução penal provisória ao condenado, mas nas diversas consequências que acarretaria a efetivação de tal medida, bem como da possibilidade de modificação da pena e do argumento acerca de sua inconstitucionalidade, vez que há posicionamentos no sentido de que o procedimento em questão fere o princípio da presunção de inocência.

Da mesma forma, não existe apenas uma razão capaz de justificar o desejo de aplicação provisória ao condenado, para que lhe seja possibilitado o benefício trazido

³¹ NUCCI, 2017, p. 992.

pelo procedimento, ou por restar claro que não há violação de direitos e garantias do mesmo.

Tal divergência e incerteza quanto ao tema aumentaram, diante das diversas mudanças de entendimentos pelos maiores órgãos de jurisdição brasileiros, conforme vê-se da mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

Edilson Mougenot em seu curso trata do entendimento tido, anteriormente, pelo órgão:

Esse entendimento sofreu alteração a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. A Corte, em julgamento concluído em 5.2.2009, por sete votos a quatro, decidiu que a execução da pena, antes da condenação definitiva, salvo na hipótese de prisão cautelar, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5o, LVII, da CF). Nessa decisão, os Doutos Ministros argumentaram que a Lei de Execução Penal (arts. 105, 147 e 164) subordina a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, sendo que a Constituição Federal (art. 5o, LVII) estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; logo, os preceitos da Lei de Execução Penal, adequados à Lei Maior, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao que dispõe o art. 637 do CPP. Afirmaram ainda que a prisão, antes da condenação definitiva, só pode ser decretada cautelarmente, que a ampla defesa abrange todas as fases processuais, inclusive as recursais extraordinárias e que a conveniência dos magistrados, a melhor operacionalidade das Cortes Superiores e o temor de que “ninguém mais será preso” não constituem fundamentos para que sejam malferidas garantias constitucionais. Anota-se que esse posicionamento foi reforçado pela nova redação do art. 283, caput, do CPP, dada pela Lei n. 12.403/2011: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.³²

Ainda, o doutrinador Edilson Mougenot discorre, em sua obra, acerca do entendimento adotado atualmente, diante da mais recente decisão da Corte, que consolidou o entendimento de que dotado de constitucionalidade o procedimento executório provisório da pena no âmbito jurídico brasileiro, conforme se vê:

Todavia, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, em 17.2.2016, o Pleno do Pretório Excelso, também por sete votos a quatro, modificou esse posicionamento, tornando a reconhecer que não compromete o princípio da presunção de inocência a execução de acórdão condenatório ou confirmatório da condenação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Nesse sentido, afirmou a Egrégia Corte que no âmbito das

³² BONFIM, 2017, p. 1027.

instâncias ordinárias exaure-se a possibilidade de análise de fatos e provas, pelo que, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do réu, fundado em matéria fática probatória não sujeita a reexame pela instância extraordinária – no bojo da qual se discutem apenas questões de direito –, justificável a relativização e até mesmo a inversão, no caso concreto, do princípio da presunção de inocência que vinha sendo observado. Seria coerente, portanto, negar-se efeito suspensivo aos recursos extraordinários, nos termos do art. 637 do CPP e do art. 27, § 2o, da Lei n. 8.038/90, hoje revogado pelo NCPC. Afirmaram ainda que a Lei Complementar n. 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”) consagra, em seu art. 1o, I, como causa de inelegibilidade, a existência de sentença condenatória por crimes que relaciona quando proferida por órgão colegiado e que em nenhum país do mundo, exercido o duplo grau de jurisdição, aguarda-se referendo da respectiva Corte Suprema para que se realize a execução penal. Outrossim, entenderam os julgadores que a jurisprudência que obstava a execução da pena antes do trânsito em julgado incentivava a sucessiva interposição dos mais variados recursos, com manifesto propósito protelatório, buscando, por vezes, a prescrição da pretensão punitiva ou executória. Já no tocante a injustiças e excessos porventura verificados nas instâncias ordinárias, entendeu-se que há instrumentos que podem ser manejados para obtenção da suspensão da execução provisória da pena, harmonizando-se, enfim, o princípio da presunção de inocência com o princípio da efetividade da função jurisdicional. Este entendimento foi consolidado com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que buscavam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, sob a alegação de que o julgamento do Habeas Corpus (HC) n. 126.292, estava gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.³³

Perceptível, da leitura das mais diversas doutrinas, a influência ocasionada pelo reconhecimento da constitucionalidade do procedimento em si. Ainda acerca da mais recente mudança ocorrida por ocasião da última decisão do STF, Norberto Avena aborda:

[...] Deliberando no sentido de que a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória (e isto se estende, por óbvio, à hipótese de reforma da sentença absolutória) em Segundo Grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva. Posteriormente, em 05.10.2016, pronunciando-se acerca das liminares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB em relação ao art. 283 do CPP, o STF ratificou o entendimento adotado no julgamento do referido HC 126.292/SP, compreendendo, pela apertada maioria de 6 votos a 5, que o referido art. 283 não impede o início do cumprimento da pena

³³ BONFIM, 2017, p. 1027.

após esgotadas as instâncias ordinárias. Mais recentemente, em 11.11.2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 964.246/SP, o Plenário virtual do STF, novamente por maioria, reafirmou a mencionada orientação. Tratando-se, neste caso, de deliberação meritória realizada após reconhecimento da repercussão geral da matéria, a tese firmada pelo Excelso Pretório, doravante, deverá ser aplicada nos processos em curso nas instâncias inferiores.³⁴

Restou concretizado o entendimento de que a previsão legal do Código de Processo Penal não impede que seja aplicada a execução provisória após o julgamento da ação pelas instâncias ordinárias, afastando a necessidade de concretização do trânsito em julgado da decisão. Além de assegurar que não ocorre violação do princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade com a adoção de tal procedimento.

Pacelli, analisando a mesma decisão tomada pelo Supremo, posiciona-se:

Pensamos que a referida decisão não só afronta o princípio constitucional da não culpabilidade, como também atinge o texto legal vigente do art. 283, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11. Por isso e para isso a referida execução (provisória) somente seria possível em situações excepcionais, em que se comprovasse o manifesto interesse protelatório dos recursos aviados.³⁵

Da argumentação do doutrinador percebe-se um posicionamento totalmente contrário ao citado anteriormente, visto que entende que a máxima do trânsito em julgado, citada na definição do princípio da presunção de inocência, não pode ser afastada. Bem como por afirmar que a aplicação desmedida da execução provisória afronta também a disposição trazida pelo Código de Processo Penal, um dos grandes regulamentadores do procedimento como um todo.

Diante de posicionamento tão diferentes, como se interpretarão os futuros casos concretos que envolvam uma execução penal, seja ela provisória ou definitiva?

Onde estará a segurança jurídica do condenado em caso de execução provisória? Estará o condenado sendo prejudicado se lhe for imposta uma execução definitiva? Restam diversas dúvidas acerca do tema quando se refere a ele no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁴ AVENA, 2017, p. 26.

³⁵ PACELLI, 2017, p. 615.

4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SEUS ASPECTOS RELEVANTES

Para chegar ao presente momento, de enfoque específico apenas na execução provisória da pena e em seus aspectos relevantes ao ordenamento jurídico, bem como tratar do julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, fez-se necessário passar pelos mais variados temas envolvidos direta ou indiretamente no procedimento.

O estudo em questão teve início com a contextualização do tema no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que os princípios e as previsões norteadoras foram abordados, após, tratou-se do processo penal no País, bem como da importância e da influência da Constituição Federal no mesmo.

Abordada a imprescindível presunção de inocência, na legislação e na doutrina brasileira, as quais influenciam o julgador nos casos concretos. Sendo posteriormente analisada a execução penal no Brasil e seus procedimentos, com o devido aprofundamento nas execuções via de regra e nas de forma provisória.

Da introdução acerca da execução provisória da pena, a qual foi realizada especificamente no capítulo anterior, restou clara a suma importância da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, bem como tornou-se possível perceber a relevância do estudo em questão, abordando e analisando todos os aspectos envolvidos no procedimento.

Transparente também, a existência de uma grande divergência entre os julgadores brasileiros no momento em que questionados acerca da constitucionalidade ou não da execução de forma provisória.

Para uma resposta à incerteza das decisões futuras, vez que até o posicionamento do maior órgão julgador brasileiro é algo variável, torna-se indispensável a análise dos posicionamentos favoráveis à adoção do procedimento, bem como dos posicionamentos contrários.

Uma vez que o conhecimento acerca de todos os apontamentos obtidos ao analisar a hipótese é primordial para que seja possível adotar uma posição, além de necessário para o verdadeiro entendimento da questão.

Essencial afirmar que o objetivo do atual capítulo é possibilitar que qualquer um, e não mais apenas os maiores julgadores do País, possam adquirir conhecimento

acerca do tema para que, entendendo, possam, caso queiram, se posicionar quando eventualmente necessário.

4.1 HISTÓRICO DO ENTENDIMENTO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

No ordenamento jurídico brasileiro ocorreram mudanças acerca do entendimento e posicionamento dos maiores órgãos julgadores do país quando questionados quanto à inconstitucionalidade ou não da aplicação da execução provisória da pena ao se tratar de uma condenação criminal.

Tal fato se deu pela incidência de diversos conceitos, dos mais variados ramos do direito, ao se discutir o tema da execução da pena, por o mesmo abranger pontos referentes à áreas diversas da penal, principal ramo envolvido na concretização do procedimento.

Ao analisar a efetiva aplicação das leis envolvidas ao caso concreto de uma condenação penal, existe a possibilidade de uma interpretação dupla acerca da incidência de tal procedimento, surgindo então tal divisão de opiniões.

Tal duplicidade ocorre quanto ao momento em que se torna possível o início do procedimento em questão, se apenas após o efetivo trânsito em julgado da condenação criminal ou se após o cumprimento do duplo grau de jurisdição já seria possível a execução de forma provisória.

Antes mesmo de adentrar a fundo no mundo dos posicionamentos existentes, é importante salientar o motivo da existência de tais divergências, no caso sob análise, a acarretadora foi a decisão do STF.

De grande importância também o objetivo da existência e incidência de todo e qualquer procedimento executório penal, como realizado por Renato Marcão ao abordar o tema em sua obra:

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Visa-se pela execução fazer

cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria.³⁶

Uma vez necessária a existência de uma sentença ou decisão criminal para que possa existir a referida execução, tem-se o ponto de início e primordial para a ocorrência de tais divergências nos entendimentos.

Por ser de tal sentença ou decisão a decorrência das argumentações dos doutrinadores que entendem que a sua imutabilidade somente será atingida com o efetivo trânsito em julgado, bem como dos doutrinadores que entendem que após o simples cumprimento do duplo grau de jurisdição já não persistem motivos para não dar início à execução penal.

Diante de tais argumentos acerca do momento em que se torna possível o início do procedimento executório penal, afloram os posicionamentos pela inconstitucionalidade ou não da aplicação da execução de forma provisória.

Posicionamentos estes que o próprio STF adotou anteriormente e adota atualmente, justificando a atual insegurança com relação ao tema, ante a instabilidade existente.

O curso de Renato Marcão narra a questão da alteração de posicionamento abordada acima, conforme se vê:

Durante longo período a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal admitiu a execução provisória da pena quando pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário, porquanto desprovidos de efeito suspensivo. A propósito desse tema foi editada a Súmula 267 do STJ com o seguinte enunciado: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (DJ de 29-5-2002).³⁷

Adentrando na análise histórica das decisões influenciadoras e utilizadas como jurisprudência, vê-se que, inicialmente, o STF adotava um posicionamento favorável à incidência do procedimento da execução provisória. Ocorre que tal entendimento do órgão, à época, não obteve força suficiente para que se calcificasse nas

³⁶ MARCÃO, 2016, p. 31.

³⁷ Ibid., p. 39.

jurisprudências e acabou ocasionando a mudança de posicionamento, conforme explica Renato Marcão:

Entretanto, quando do julgamento do HC 84.078/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal mudou de posicionamento e deixou de admitir execução provisória em tais casos, ressalvada a hipótese de encontrar-se preso o recorrente em razão de prisão preventiva regularmente decretada. Conforme decidiu a Excelsa Corte naquela ocasião: “O art. 637 do CPP estabelece que ‘o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados 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’. 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. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 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”. De forma objetiva, e da maneira como destacou o Min. Roberto Barroso, “A partir do julgamento pelo Plenário do HC no 84.078, deixou-se de se admitir a execução provisória da pena, na pendência de Recurso Extraordinário”. Pelas mesmas razões, semelhante compreensão se impôs quando pendente de apreciação e julgamento Recurso Especial. Sob a força de tal entendimento, só se afigurava viável execução provisória quando pendente de julgamento Recurso Especial (STJ) ou Extraordinário (STF), se o acusado-recorrente estivesse preso em razão de prisão preventiva, acertada e fundamentadamente decretada.³⁸

Do entendimento pela inconstitucionalidade da aplicação de tal procedimento provisório, a mesma restou basicamente extinta, e, quando existente, julgada como improcedente. Tais decisões ocasionaram o seguinte contexto: as execuções penais, à época, somente tiveram início após o efetivo trânsito em julgado da decisão condenatória.

Talvez pela grande restrição que tal entendimento ocasionou, o órgão decidiu voltar atrás e adotar novamente o posicionamento no sentido de permitir a execução de forma provisória, mudança igualmente descrita na obra de Renato Marcão:

³⁸ MARCÃO, 2016, p. 39.

Mesmo assim, no dia 17 de fevereiro de 2016, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, o Plenário da Suprema Corte retomou seu anterior entendimento, e novamente passou a admitir a execução provisória da pena na pendência de recurso especial ou extraordinário. De acordo com o posicionamento exposto, decretada ou mantida condenação criminal em Segunda Instância, é cabível a execução da pena, ainda que pendentes de apreciação recurso especial ou extraordinário. O Superior Tribunal de Justiça também retrocedeu ao entendimento anterior, no dia 3 de março de 2016, após o improvimento do REsp 1.484.415/DF, 6a Turma, de que foi relator o Min. Rogério Schietti Cruz.³⁹

Dessa forma, chegamos ao entendimento adotado atualmente pelo órgão e que, via de regra, rege o ordenamento jurídico brasileiro. Norberto Avena também tratou da mudança de posicionamento que influenciará as futuras decisões a serem tomadas no país:

No tocante à execução da pena, entendia-se, até pouco tempo atrás, que tal efeito era aplicável somente depois do trânsito em julgado da condenação. Nesse cenário, a segregação pós-decisão condenatória recorrível poderia ser imposta apenas a título de prisão preventiva, quando presentes os respectivos pressupostos. Sem embargo de esse entendimento ainda subsistir em relação à apelação da sentença condenatória, em 17.02.2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o Plenário do STF deliberou no sentido de que se viabiliza a execução provisória da pena quando, diante de recurso da defesa, ocorre a confirmação da sentença condenatória em Segundo Grau (raciocínio que, por óbvio, também alcança a hipótese de reforma da sentença absolutória em face de recurso da acusação e conseqüente condenação do réu pelo tribunal), ponderando ainda que isso não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente, nesse caso, a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva.⁴⁰

Diante desse entendimento é que se reavivou a discussão tida há anos, quando dos julgamentos anteriores que definiram a constitucionalidade ou não da medida, e o tema configurou-se, novamente, atual. A imperiosa decisão do HC nº 126.292 (STF, 2016), restou assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. A execução provisória de acórdão penal condenatório

³⁹ MARCÃO, 2016, p. 41.

⁴⁰ AVENA, 2017, p. 10.

proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. *Habeas corpus* denegado.⁴¹

A partir deste momento, emergiram os pontos de grande importância, conhecidos como posicionamentos favoráveis e contrários à decisão, uma vez que se configurarão como os maiores influenciadores de opiniões. Fato este que modificará inclusive o teor das decisões tomadas pelos julgadores, uma vez que, conforme evidente em toda e qualquer decisão, os mesmos utilizam-se de pronunciamentos de doutrinadores para embasar suas manifestações.

De tal poder de ocasionar mudanças nas decisões jurídicas é que se faz clara a importância do presente estudo, vez que possibilitará a compreensão da matéria em questão, bem como a percepção da bifurcação existente no tocante à constitucionalidade e aplicação do procedimento ou pela inconstitucionalidade e necessidade de revisão de tal entendimento.

4.2 O POSICIONAMENTO ATUAL DO STF

Todo o debate e os argumentos utilizados no presente estudo são originários de um ponto específico, a decisão do Supremo Tribunal Federal que modificou o entendimento tido pelo órgão acerca do tema execução provisória da pena.

A decisão teve como acarretador o Habeas Corpus nº 126.292 (STF, 2016), de procedência de São Paulo, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, no qual se discutiu a possibilidade de a prisão ser determinada sem que se verificasse a ocorrência do trânsito em julgado da mesma.

Conforme se extrai da ata de julgamento, o Tribunal, por maioria, e nos termos do voto do relator, reconheceu a possibilidade de ocorrência da execução provisória da pena, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus nº 126.292/SP***. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

Faz-se necessário abordar os argumentos trazidos pelos Ministros acerca da possibilidade ou não de ocorrência da execução de forma provisória, eis que fundamentadores do posicionamento a ser adotado pelos julgadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Teori Zavascki, relator, e, conseqüentemente, favorável à execução provisória da pena, argumentou em defesa do seu posicionamento nos seguintes termos:

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. [...] É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da Responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.⁴²

Acompanhando os argumentos e o posicionamento final do relator, outros cinco Ministros apresentaram diferentes pontos acerca da possibilidade de início da execução penal após a concretização do duplo grau de jurisdição, sem que tal ocorrência desrespeite as previsões tidas na Constituição Federal e demais legislações.

O Ministro Edson Fachin, afirmou:

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=-4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciara execução da pena privativa de liberdade. Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição. [...] O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes. [...] Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.⁴³

Luís Roberto Barroso embasou o seu posicionamento da seguinte forma:

O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988. [...] Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário. [...] Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. [...] Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. [...] No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. [...] Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=-4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. [...] Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo grau, o que continua a poder ser feito pela via do *habeas corpus*. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.⁴⁴

O Ministro Luiz Fux sustentou seu posicionamento com base nos seguintes argumentos:

E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.*” Não há necessidade do trânsito em julgado. [...] Há uma coisa julgada singular, porque, aquilo ali, em regra, é imutável, indiscutível, porque não é passível de análise no Tribunal Superior. Só se devolvem questões constitucionais e questões federais. E, eventualmente, ad eventum, e à luz da realidade prática muito difícil, pode-se, eventualmente, constatar um vício de inconstitucionalidade. [...] Então, essa parte relativa ao mérito da acusação e às provas, essa parte se torna indiscutível, imutável, de sorte que nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento. [...] Mas, apenas, traria a lume, por fim, uma observação que parece muito importante. É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer ad infinitum, correndo a prescrição. [...] O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.⁴⁵

Cármem Lúcia reforçou os argumentos já utilizados e afirmou:

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=-4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=-469-7570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverá de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considere e concluí, votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos.⁴⁶

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes trouxe seus argumentos:

E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade. [...] Ou seja, é natural a presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso e aceitável. Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários. [...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação a pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, e compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. [...] Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto da Ministra Carmen Lucia. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

Já no sentido de divergir do entendimento majoritário entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, quatro ministros manifestaram-se pela inconstitucionalidade da aplicação da execução penal de forma provisória antes da ocorrência do trânsito em julgado.

A Ministra Rosa Weber divergiu do relator nos seguintes termos:

Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha.⁴⁸

Fundamentada a divergência do Ministro Marco Aurélio:

Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.⁴⁹

Da mesma forma, o Ministro Celso de Mello:

Disso resulta, *segundo entendo*, que a consagração constitucional da *presunção de inocência* como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da *gravidade* ou da *hediondez* do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, *sob a perspectiva da liberdade*, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos *direitos básicos da pessoa humana*, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, *para todos e quaisquer efeitos*, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, *como uma cláusula de insuperável bloqueio* à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. [...] Veja-se, *pois*, que esta Corte, *no caso em exame*, está a expor e a interpretar o *sentido da cláusula constitucional* consagradora da *presunção de inocência*, tal como esta se acha definida *pela*

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto da Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. [...] Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.⁵⁰

Finalizando os posicionamentos divergentes, têm-se os argumentos do Ministro Ricardo Lewandowski:

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.⁵¹

Dessa forma, chegamos ao ponto em que tem-se conhecimento do entendimento de todos os julgadores do Supremo Tribunal Federal, os quais tem o poder de influenciar nas decisões subsequentes ao tema em questão, conjuntamente com os argumentos dos doutrinadores, que serão objeto de estudo dos próximos tópicos.

4.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO PROCEDIMENTO PROVISÓRIO

Da decisão em questão, necessário abordar os argumentos tidos por doutrinadores brasileiros no sentido de uma visão favorável à execução provisória da pena.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=-4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/processo/verProcesso-Andament-o.asp?incide-nte=-4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

Visão esta tida por Paulo Rangel em sua obra *Direito Processual Penal*, que, apesar de anterior à mudança de entendimento do STF, faz-se extremamente atual, conforme se vê:

Com o advento da Lei nº 12.403/2011 somente poderemos ter prisão com trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou prisão preventiva e prisão temporária. Aqui houve um escorregão da nova lei que não percebeu que o instituto da execução provisória da pena é benéfico ao réu, isto é, enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória poderia o réu se valer dos benefícios da Lei de Execução Penal. Houve um retrocesso social. O princípio da Proibição do Retrocesso Social é um corolário do Estado Democrático de Direito e sua aplicação no âmbito do Poder Legislativo leva à constatação irrefutável de uma diminuição na liberdade de conformação legislativa, notadamente em respeito ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais (CONTO, Mário De. O princípio da proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97). Exemplo: Réu condenado a 6 anos de reclusão em regime fechado. Preso, provisoriamente, a um ano, primário e de bons antecedentes. Recurso exclusivo da defesa postulando absolvição. Se entendermos que não há mais execução provisória da pena, o réu não poderá se valer do tempo que permaneceu preso (que corresponde a 1/6 da pena) para postular a progressão de regime. A prisão, por força do art. 283, será preventiva; ou, se após o trânsito em julgado, execução definitiva. O réu será obrigado, se quiser, desde logo, se valer dos benefícios da LEP, a deixar de recorrer, ou seja, é como se disséssemos a ele: “se quiser exercer seu direito constitucional, sagrado e inalienável, ao duplo grau de jurisdição NÃO terá, desde logo, os benefícios da LEP. Escolha: ou deixa de recorrer para que a sentença possa transitar em julgado e você requer os benefícios da LEP; ou recorra e aguarde o trânsito em julgado para, só depois, os benefícios poderem ser requeridos”. Diálogo louco, insano, típico de um Estado de Exceção onde os direitos conquistados são subtraídos, num verdadeiro retrocesso social. Acabar com a execução provisória da pena não é avanço da lei. Muito pelo contrário, é um retrocesso do sistema penal. É um prejuízo ao réu que os operadores jurídicos que elaboraram o anteprojeto da Lei nº 12.403/2011 (Projeto de Lei nº 4.208, de 2001) não se deram conta, talvez contaminados pela ideia de que “não se executa pena que não transitou em julgado”. O réu, então, nessa visão obtusa do sistema penal, perde seu direito de, desde logo, enquanto se executam a sentença recorrível, se beneficiar dos direitos da LEP. Deverá aguardar o trânsito em julgado para requerer seus benefícios. É razoável isso? Claro que não. A Lei deu um tiro no pé, do réu, claro.⁵²

Do posicionamento do autor, percebe-se, claramente, a visão positiva e benéfica ao réu da ação penal da aplicação efetiva da execução de forma provisória, pois, a própria Lei de Execução Penal prevê tais benefícios, os quais possuem como obstáculo a necessidade de aguardar a ocorrência do trânsito em julgado da decisão condenatória.

⁵² RANGEL, 2017, p. 907

Paulo Rangel ainda continua com a crítica ao antigo posicionamento do órgão, que extinguiu o procedimento de forma provisória:

Criaram, por falta de visão sistemática, um monstro jurídico com o desaparecimento da execução provisória da pena. Todavia, os fatos que são anteriores a vigência da Lei nº 12.403/2011 (4 de julho de 2011) não ficam sujeitos a nova sistemática do desaparecimento da execução provisória da pena. Queremos dizer: poderão os acusados se beneficiar da execução provisória da pena por ser a sua revogação prejudicial ao réu, incidindo aqui o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL). Se o réu postular perante o juiz da VEP benefícios (progressão de regime, livramento condicional, dentre outros) por ter cometido o fato anterior a 4 de julho de 2011 e for negado com a justificativa de que a lei nova acabou com a execução provisória da pena, poderá propor ação de habeas corpus perante o TJ ou TRF alegando o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, ou seja, trata-se de matéria constitucional que poderá ser levada ao STF, via recurso extraordinário (art. 102, III, a, CR), ou ao STJ, via recurso ordinário constitucional (art. 105, II, a). Todavia, a fim de não prejudicarmos o direito do réu, entendemos que se deva dar a ele, mesmo que ainda sem trânsito em julgado e preso preventivamente, o disposto no art. 2º, parágrafo único, da LEP. Isso é, ao preso provisório daremos os benefícios da Lei de Execução Penal tratando a prisão dele como medida cautelar, sob pena de inviabilizarmos um direito e garantia fundamental. Por último, podemos afirmar que a única prisão que pode perdurar no curso do processo é a “prisão preventiva”. Acaba aquela farra do réu ser preso em flagrante (ato administrativo) e permanecer preso até o final do processo, sem a determinação judicial com grave violação à cláusula constitucional de reserva da jurisdição. Agora, preso em flagrante, deverá o juiz quando do recebimento da denúncia, dizer fundamentadamente se converte a prisão em flagrante em prisão preventiva; se relaxa a prisão em flagrante, ou se concede liberdade provisória. Se quiser manter o réu preso, terá que ser através de prisão preventiva e fundamentadamente.⁵³

Necessário analisar a incidência da execução provisória como um procedimento que acarretará em diversos benefícios ao réu, tornando-se fácil a assunção deste posicionamento favorável.

Porém, conforme já explicitado anteriormente, faz-se necessário conhecer e analisar também o posicionamento contrário ao procedimento executório antes do trânsito em julgado, para então tomar partidos.

4.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PROCEDIMENTO PROVISÓRIO

⁵³ RANGEL, 2017, p. 907

Em oposição aos argumentos favoráveis à execução de forma provisória, existem argumentos contrários, cuja fundamentação é realizada por diversos doutrinadores.

Cezar Roberto Bitencourt aborda tal entendimento da inconstitucionalidade da execução provisória da pena em sua obra:

Com efeito, ignorando os Tratados Internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro e a previsão expressa em nossa Constituição (art. 5º, LVII), que garantem o princípio da não culpabilidade, o STF passou a negar sua vigência, a partir dessa fatídica decisão, autorizando a execução antecipada de decisões condenatórias, mesmo pendentes recursos aos Tribunais Superiores. Trata-se de um dia em que o Supremo Tribunal Federal escreveu a mais negra página de sua história, ao negar a vigência de Texto Constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência (não culpabilidade) o trânsito em julgado de decisão condenatória. Aliás, trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de nenhuma natureza, e nem mesmo argumento falacioso do tipo “precisa ser interpretado”. No entanto, nessa linha de pensamento, destacamos a sempre lúcida manifestação do Ministro Marco Aurélio. Acompanhando a Ministra Rosa Weber, e questionando os efeitos da decisão, que repercutiria diretamente nas garantias constitucionais, pontificou: “Reconheço que a época é de crise maior, mas justamente nessa quadra de crise maior é que devem ser guardados parâmetros, princípios, devem ser guardados valores, não se gerando instabilidade porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver execução provisória, em jogo, a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje ele conclui de forma diametralmente oposta”. O decano, Ministro Celso de Mello, na mesma linha do Ministro Marco Aurélio, manteve seu entendimento anterior, qual seja, contrário à execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, afirmando que a reversão do entendimento leva à “esterilização de uma das principais conquistas do cidadão: de jamais ser tratado pelo poder público como se culpado fosse”. E completou seu voto afirmando que a presunção de inocência não se “esvazia progressivamente” conforme o julgamento dos processos pelas diferentes instâncias. O Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, também votou contra a possibilidade da execução provisória da pena e destacou que lhe causava “estranheza” a decisão da Corte. Lewandowski lembrou que a decisão do tribunal agora agravará a crise no sistema carcerário brasileiro, aliás, crise para a qual, acrescentamos nós, a Corte Suprema nunca olhou, e também nunca se preocupou com a inconstitucional violação da dignidade humana nos porões dos presídios brasileiros, inclusive alguns subterrâneos, como ocorre no Estado do Rio de Janeiro.⁵⁴

Da mesma forma, Eugênio Pacelli entende no mesmo sentido, da ocorrência da execução apenas após o trânsito em julgado:

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80.

Nesse sentido, por exemplo, a atual redação do art. 283, CPP, trazida com a Lei nº 12.403/11, parece afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” É dizer: somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo. Esclareça-se, ao propósito, que a prisão temporária, ao contrário da preventiva, somente é cabível na fase de investigação, já que instituída para o fim de melhor tutelar o inquérito policial, nos termos da Lei nº 7.960/89. Já a veremos. Por isso, apenas as razões da prisão preventiva (art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) poderão justificar a custódia cautelar no curso do processo. De se ver, no ponto, que a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática, na medida em que – sabe-se, a mais não poder – toda decisão dos tribunais superiores, seja para apreciar, seja para rejeitar o cabimento de recurso especial ou extraordinário, pode levar muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária (primeiro e segundo grau). O Direito, enquanto conjunto de regras, há que se manter aberto às exceções, inerentes à complexidade do mundo da vida e à diversidade histórica. De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. Assim não pareceu ao Supremo Tribunal Federal, todavia, que nas ADC nos 43 e 44 (julgadas pelo Plenário em 5.10.16) fixou a execução provisória como regra, após condenação em segundo grau. Não vemos como defender a decisão, posto que diametralmente oposta ao texto de lei (CPP) e à norma constitucional, muito embora endossemos as críticas feitas à opção do legislador.⁵⁵

Claro o entendimento pela inconstitucionalidade de tal procedimento com base na análise literal do texto constitucional, sem realizar sua adequação e aplicação ao efetivo caso concreto em análise.

Sendo possível, após todas as exposições pertinentes realizadas, a adoção de um posicionamento ante a necessidade de definição do momento de início do procedimento executório penal.

⁵⁵ PACELLI, 2017, p. 505.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente estudo, para que se possibilitasse um completo entendimento acerca de todas as questões envolvidas no procedimento executório, seja ele realizado via de regra ou de forma provisória, foram abordados os mais variados pontos, com capacidade de influenciar na formação de eventual argumentação quanto à constitucionalidade ou não da execução penal em qualquer de suas formas.

Tratados os princípios e previsões legais envolvidos no processo penal brasileiro, além da imprescindível influência constitucional e a obrigatoriedade de aplicação do princípio da presunção de inocência segundo a legislação existente e doutrina acerca do tema.

Analisada a execução como um todo no ordenamento jurídico brasileiro, desde o seu procedimento até a sua efetiva execução, padrão ou de forma provisória. Por fim, aprofundados seus aspectos relevantes com relação ao histórico do entendimento tido pelo Supremo Tribunal Federal, passando pelo entendimento atualmente adotado, sem deixar de lado as argumentações doutrinárias favoráveis e contrárias em relação ao tema.

Devidamente cumpridas todas as referidas etapas, resta o questionamento: a execução provisória da pena se configura como um procedimento constitucional ou não?

Resta claro o entendimento de que, com base em todos os argumentos expostos ao longo dos capítulos anteriores, o fato de a execução provisória da pena ferir o princípio constitucional da presunção de inocência e a redação do artigo 5º, LVI da Constituição Federal.

Uma vez que a interpretação de qualquer afirmação pode se dar das mais variadas formas, importante salientar que a alegação supra se dá com base em uma análise do referido artigo e princípio em suas formas literais, apenas.

Porém, o direito aplicado aos casos concretos não se trata de aplicação inquestionável do exato texto legal, vez que os fatos sob análise de julgadores nem sempre se enquadram de maneira integral ao redigido nos dispositivos da Constituição e das demais Leis brasileiras.

Desta forma, não se pode aplicar um artigo ao caso em análise sem verificar as circunstâncias únicas trazidas pelo fato praticado, vez que cada crime cometido possui suas próprias características e demais elementos, os quais devem ser minuciosamente analisados pelos julgadores antes do enquadramento da conduta em determinado tipo penal, ou da realização da dosimetria da pena e demais procedimentos legais.

Assim sendo, conclui-se pela aplicabilidade da execução de forma provisória da pena, vez que, conforme argumentação já trazida no decorrer do presente estudo, existe fundamentação suficiente para alegar a possibilidade de sua incidência e conseqüentemente, a sua constitucionalidade.

Tal argumentação se deve ao fato das fundamentações neste sentido estarem embasadas no cumprimento do duplo grau de jurisdição, ou seja, o fato de ter sido assegurado ao investigado penal a análise por um único julgador, bem como a reanálise do caso por vários julgadores quando do julgamento em segunda instância pelo órgão colegiado.

Conjuntamente com o fundamento que toma como base a ausência de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários e a ausência de reanálise de fatos e provas no momento de julgamento dos referidos recursos.

Desta forma, torna-se possível o início da execução da pena após o julgamento do caso concreto por órgão colegiado, independentemente da pendência de julgamento de eventuais recursos especiais ou extraordinários.

Neste sentido, forçoso concluir conforme a atual maioria do Supremo Tribunal Federal em questão ao entendimento tido pelo órgão, porém, faz-se necessário, para um efeito vinculante, o estudo de realização de eventuais reformas legais para que a aplicação de tal procedimento não seja obstada pela existência do marco temporal do trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Com-pilad-o.-htm. Acesso em 27 fev. 2018.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?i-ncidente=4697570>. Acesso em: 08 mar. 2018.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução penal**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017[.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.