

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

LEONARDO SEGALLA FARIAS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DE DECISÃO EM 2º GRAU E
ANÁLISE ACERCA DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**CURITIBA
2018**

LEONARDO SEGALLA FARIAS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DE DECISÃO EM 2º GRAU E
ANÁLISE ACERCA DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

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

Orientador: Prof. Ms. Alexandre Knopfholz

**CURITIBA
2018**

LEONARDO SEGALLA FARIAS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DE DECISÃO EM 2º GRAU E
ANÁLISE ACERCA DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada 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. Ms. Alexandre Knopfholz

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu orientador, Alexandre Knopfholz, pelo auxílio e suporte em todo o decorrer deste trabalho de pesquisa, por seus apontamentos, correções e de maneira geral, ter compartilhado toda a sua experiência profissional, como advogado e professor, para que este trabalho fosse realizado e concluído com êxito.

Aos meus pais e meus irmãos, por todo o apoio e o incentivo a sempre encarar os novos desafios no âmbito acadêmico e profissional, fazendo com que consiga lograr sucesso e desempenhá-los com a máxima dedicação.

Por fim, aos meus amigos e colegas da graduação, em especial Anna Vitoria Carrard, Geraldo Ribeiro, Mariana Bello, Paolla Kormann e Vinicius Gmyterco, por todo o auxílio e incentivo prestados no ambiente acadêmico, contribuindo de maneira pertinente e de suma importância para a construção e conclusão deste presente trabalho de pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa, tem como objeto analisar o instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação em segundo grau, os seus desdobramentos no ambiente jurídico, bem como a sua constitucionalidade frente ao princípio da presunção de inocência. Em um primeiro momento, buscará discorrer acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, introduzido no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, oriundo de um sistema jurídico de direitos e garantias fundamentais, em consonância com o sistema processual penal acusatório. Ademais, será observado a definição da execução provisória da pena e os seus possíveis desdobramentos. Será feita análise de todos os aspectos favoráveis desse instituto, assentado na maior parte, no voto dos ministros do Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.192/SP que consolidou o entendimento acerca da execução provisória da pena e sua constitucionalidade frente ao princípio da presunção de inocência. Por outro lado, será demonstrado os aspectos desfavoráveis da execução antecipada da pena, também tomando como base o voto dos ministros do STF, além dos posicionamentos dos diversos operadores do direito e juristas situados no contexto processual penal e constitucional. Por fim, realizará o estudo a respeito da evolução jurisprudencial acerca do tema, evidenciando como as cortes superiores brasileiras se comportavam diante da execução provisória da pena após a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como ensejou e consolidou-se o entendimento atual, analisando os fundamentos e a base jurídica que levou o STF a tomar às decisões acerca do tema que legitimaram a execução penal anterior ao trânsito em julgado.

Palavras-chave: execução provisória da pena, princípio, constitucional, presunção de inocência, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus.

LISTA DE SIGLAS

ADCs	– Ações Declaratórias de Constitucionalidade
ONU	– Organização das Nações Unidas
USP	– Universidade de São Paulo
UNICEF	– <i>United Nations Children's Fund</i>
HC	– Habeas Corpus
IBCCRIM	– Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

SUMÁRIO

RESUMO	4
LISTA DE SIGLAS	5
1 INTRODUÇÃO	7
2 PRÍNCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	9
2.1 ORIGEM DO PRÍNCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	9
2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: INTRODUÇÃO HISTÓRICA NO CONTEXTO MUNDIAL.....	11
2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITO E DESDOBRAMENTOS RELEVANTES	14
3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	21
3.1 CONCEITO E ASPECTOS CONTROVERTIDOS	21
3.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ASPECTOS FAVORÁVEIS	26
3.3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ASPECTOS DESFAVORÁVEIS.....	37
4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.192, proferido no ano de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se o entendimento no ordenamento jurídico brasileiro, de que a execução antecipada da pena, logo após decisão condenatória firmada em 2º grau de jurisdição, não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência, que é regulamentado expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, com atributo de direito fundamental do cidadão.

A decisão do Supremo alterou o entendimento que já era pacificado nos tribunais superiores desde o ano de 2009, que com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.028, declarou a inconstitucionalidade da execução antecipada de pena privativa de liberdade, em razão da dissonância com a presunção de inocência elencada no artigo 5º da CF. Por tanto, verifica-se que a mudança jurisprudencial do tema no ano de 2016, fez com que o STF retornasse ao seu entendimento que prevalecia até o ano de 2009, que é a possibilidade da execução provisória da pena.

Nota-se que a decisão proferida pelo STF no julgamento do HC nº 126.192, tinha o caráter não vinculante de decisão, juntamente com a ausência do efeito “erga omnes”. Ou seja, os efeitos proferidos da decisão atingiam tão somente às partes interessadas daquele caso em específico. Tal situação poderia estabelecer uma acentuada insegurança jurídica a todo indivíduo que pleiteava recursos nas cortes superiores brasileiras, tendo em vista que os posicionamentos dos ministros do STF eram divergentes, e a aplicação da execução provisória da pena poderia ser aplicada em algum caso, mas não em outro.

Logo após a apreciação do HC nº 126.192, ainda no ano de 2016, o entendimento da possibilidade da execução antecipada de pena privativa de liberdade foi ratificado e confirmado pelo julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Diante de tal decisão do STF, o tema passou a ter eficácia “erga omnes” e sendo esta decisão vinculativa a todo poder judiciário, ou seja, todos os magistrados deveriam seguir o entendimento proferido pelo STF, de que a execução da pena é possível após decisão em grau de apelação, tendo em vista que

a partir deste grau de jurisdição, é esgotada todas as vias ordinárias recursais, não sendo mais possível a análise ampla de fatos e provas.

Em um primeiro momento, o presente trabalho de pesquisa apresentará a evolução histórica e o conceito amplo do princípio constitucional da presunção de inocência, buscando entender sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, bem como os seus limites impostos na aplicação do jus puniendi estatal.

Posteriormente, será analisado um estudo aprofundado acerca da execução provisória da pena, bem como elencar seus principais argumentos favoráveis e desfavoráveis, buscando trazer o voto e os primordiais fundamentos dos ministros no julgamento do HC nº 84.078 e nº 126.192, além do entendimento doutrinário acerca do tema. Ademais, será explorado toda a construção jurisprudencial em relação a execução provisória da pena, demonstrando como os tribunais se posicionavam, e com base em quais fundamentos jurídicos.

Diante de todo o exposto, a partir dessas considerações que serão realizadas, buscará responder ao seguinte problema de pesquisa: a execução antecipada da pena privativa liberdade, com base no julgamento do Habeas Corpus nº 126.192, viola o princípio da presunção de inocência?

2 PRÍNCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 ORIGEM DO PRÍNCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Antes de adentrar efetivamente no conceito do Princípio da Presunção de Inocência e compreender este instituto é necessário analisar a sua origem no sistema penal brasileiro e os elementos que justificaram a sua instauração expressa na Constituição Federal de 1988.

O sistema de processo penal brasileiro foi construído baseado em elementos autoritários, em razão da inspiração do modelo italiano processual, em pleno regime fascista, ao final da década de 1930.¹ Em razão deste sistema autoritário adotado inicialmente pelo Código de Processo Penal no Brasil, é possível afirmar que era qualificado como um sistema Inquisitorial, que, segundo Lopes Junior é caracterizado como:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-autor) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.²

Desta forma, conclui-se que este sistema adotado inicialmente pela legislação brasileira contemplava a idealização de um Estado-Juiz em que o poder era concentrado em suas mãos, cabendo a si mesmo as funções de acusar, defender e julgar, bem como a de formar o seu convencimento através de íntima convicção. Ainda, o órgão julgador não se baseava em uma construção probatória através do processo, afetando diretamente sua imparcialidade no exercício da jurisdição sendo

¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p.5.

² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42.

desta forma o réu no processo considerado culpado, cabendo a ele o ônus de provar a sua inocência.³

Neste contexto, cabe ainda salientar que o sistema inquisitorial tem como fundamento realizar o direito penal máximo, com o Estado aplicando a sua pretensão punitiva a qualquer custo, e da forma que bem entender, causando uma enorme insegurança jurídica a todos os indivíduos inseridos na sociedade.⁴

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esta perspectiva autoritária e de caráter medieval e canônico a respeito do processo penal brasileiro se mostrou em total dissonância com o sistema de direitos e garantias fundamentais trazido na Carta Magna. O texto constitucional introduzido, a partir de então, faz previsão em seu preâmbulo de que o Estado brasileiro tem como um dos objetivos a ser alcançado com a Constituição: “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”.⁵

Isto posto, verifica-se a instauração dos direitos fundamentais do ser humano, que nas palavras de Mendes:

[...] assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.⁶

Partindo desse pressuposto, com a instituição de um sistema com amplas garantias individuais, o sistema processual penal também teve que adequar-se a estes preceitos, passando a ser adotado no Brasil, o chamado sistema acusatório, em que ocorre a separação das funções contidas no processo. Neste sistema juiz não inicia mais a ação *ex officio*, havendo um órgão específico para a propositura da ação, e cabendo tão somente às partes a produção de provas, presumindo o réu como inocente até o trânsito em julgado do processo, cabendo à acusação desfragmentar

³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 50.

⁴ SANT'ANNA, Giselle Maria Santos Pombal. Breve análise dos sistemas processuais penais. **Revista Prolegis**, 18 maio 2008. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/breve-an%C3%A1lise-dos-sistemas-processuais-penais/>>. Acesso em: 2 set. 2017.

⁵ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 set. 2017.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.136.

esta presunção através das provas produzidas, e valendo-se delas o julgador para formar a obtenção de seu convencimento motivado.⁷

A partir da nova Constituição Federal de 1988, esta mudança foi extrema. A partir daqui o processo passou a ser conduzido como um meio de garantia do indivíduo frente ao poder autoritário do Estado. Desta forma, não mais um mero instrumento de aplicação de lei penal, na qual o indivíduo era visto como objeto.⁸ Nas palavras de Pacelli:

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 que ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passado em julgado: 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII, CF).⁹

Realizada esta breve abordagem acerca da origem e evolução do sistema processual penal brasileiro, responsável pela introdução do princípio de presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, passamos a análise da inserção deste princípio em um contexto mais amplo, em uma direção internacional.

2.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: INTRODUÇÃO HISTÓRICA NO CONTEXTO MUNDIAL

Como já exposto no item anterior, o princípio da presunção de inocência originou-se no sistema penal brasileiro juntamente com as garantias individuais do homem inseridas na Constituição Federal de 1988, e principalmente em oposição ao sistema penal inquisitorial, com características plenamente autoritárias, existentes desde o século XII. Neste momento, para compreender este princípio, é necessário analisar a sua inserção no contexto global e os aspectos históricos responsáveis por sua essência.

⁷ RANGEL, 2005, p. 52.

⁸ PACELLI, 2017, p. 8.

⁹ PACELLI, loc. cit.

Devido a necessidade de afrontar um sistema penal desprovido de qualquer garantia individual, fruto de um regime absolutista, surge na França a conveniência de segurança ao cidadão frente à arbitrariedade do Estado, que tinha como objetivo realizar a sua pretensão punitiva a qualquer custo, cabendo sempre ao acusado refutar a sua presunção de culpa dentro do processo a que fosse submetido.¹⁰

Partindo desta perspectiva, eis que surge o principal marco histórico para a inauguração deste princípio, que foi a Revolução Francesa, da qual resultou a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.¹¹

Em seu artigo 1º é que se pode extrair o lema basilar da Revolução Francesa: “Liberdade, igualdade, fraternidade”, no qual estabelece que: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.¹² E partir da declaração, em seu artigo 9º foi positivado o princípio da presunção de inocência, nestes termos: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”¹³

Nas palavras de Torres, há três principais manifestações decorrentes ao princípio da presunção de inocência previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quais sejam:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve se reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré processual);
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.¹⁴

¹⁰ RANGEL, 2005, p. 23.

¹¹ LIMA, Jair Antonio Silva de. A presunção de inocência: conteúdo histórico e relativismo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 31 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

¹² BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. São Paulo: Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

¹³ BIBLIOTECA VIRTUAL, loc. cit.

¹⁴ TORRES, 2002apud LOPES JUNIOR, 2017, p. 96.

Neste sentido, observa Silva a respeito do princípio:

Proclamado em França na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, daí derivou para os sistemas jurídicos inspirados pelo jus naturalismo iluminista e veio a ser reconhecido pela sociedade internacional através da sua consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11o) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6o). Nas suas origens, o princípio teve sobretudo o valor de reação contra abusos do passado e o significado jurídico negativo de não-presunção da culpa. No presente, a afirmação do princípio, quer nos textos constitucionais, quer nos documentos internacionais, ainda que possa também significar reação aos abusos do passado mais ou menos próximo, representa sobretudo um ato de fé no valor da pessoa, próprio de toda a coletividade livre. Esta atitude político jurídica tem consequências para toda a estrutura do processo penal que, assim, há de assentar-se na ideia força de que o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada.¹⁵

Em 10 de dezembro de 1948, a humanidade horrorizada pelas consequências catastróficas da Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos rigores e abusos produzidos pelo nazismo, que confundia na mesma pessoa acusador e julgador¹⁶, fez com que a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamasse o princípio da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, trazendo-o de forma mais completa e mais detalhada em seu artigo XI, conforme cita o site da United Nations Children's Fund (UNICEF), onde estabelece:

Todo o ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹⁷

Ainda no contexto global, o Pacto de São José da Costa Rica no qual foi recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto Federal nº 678/92 dispõe em seu artigo 8º § 2º: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”. Seguindo os mesmos

¹⁵ MARQUES DA SILVA, 2011 apud MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais da área criminal**. Barueri, São Paulo: Manole, 2014. p. 99.

¹⁶ MARQUES DA SILVA, 2011 apud MOSSIN, loc. cit.

¹⁷ UNICEF BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 7 set. 2017.

parâmetros, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, inserido no Brasil através do Decreto Federal nº 592, prevê em seu dispositivo, no artigo 14, inciso 2º que: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.¹⁸

Destarte, diante do exposto, mostra-se que a inserção do princípio da presunção de inocência nos textos constitucionais foi reconhecida mundialmente por diversas nações, e que este princípio é considerado basilar para o reconhecimento dos direitos e garantias individuais de qualquer cidadão frente ao poder punitivo do Estado.

2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITO E DESDOBRAMENTOS RELEVANTES

A presunção de inocência é um princípio fundamental e de suma importância para o processo penal, tendo em vista todo o seu contexto histórico e a sua necessidade de proteção ao indivíduo que responde uma acusação na qual o próprio Estado figura como parte.

Expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁹, o princípio de presunção de inocência possui como alcance proibir a antecipação dos resultados finais do processo, em que o acusado não poderá sofrer restrições pessoais fundadas apenas na possibilidade de condenação, juntamente a estabelecer que todos os ônus da prova relativos aos indícios suficientes de autoria e à materialidade do crime devem ser tão somente da acusação.²⁰

De acordo com Lopes Junior, a presunção de inocência é extraída para que a formação do convencimento do juiz tenha que ser fundada no devido processo legal, e com a construção do contraditório e ampla defesa do acusado, oriundas de um sistema acusatório, que só ao final da sentença transitada em julgado o réu poderá

¹⁸ MOSSIN, 2014, p.100.

¹⁹ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

²⁰ PACELLI, 2017, p. 48.

ser considerado culpado, e conseqüentemente decretada a sua prisão.²¹ No mesmo raciocínio, afirma que a presunção de inocência impõe um dever de tratamento, que atua em duas dimensões: interna e externa, nas suas palavras:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto - inicialmente - ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (in dubio pro reo); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e julgamento para o juiz.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do réu. [...] deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento mediático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.²²

Neste sentido, concorda Capez, em que estabelece três desdobramentos do princípio: no momento da instrução do processo na qual se inverte o ônus da prova, durante a fase da valoração das provas em que se persistir a dúvida quanto o fato deve ser favorecido o réu, e por último no curso do processo penal, que serve como protótipo de tratamento ao acusado, que deve ser analisado a necessidade de uma prisão processual.²³

Na dicção de Cruz, o princípio exige que o acusado seja tratado em consonância com outro princípio constitucional, o da dignidade da pessoa humana, uma vez que não pode ser equiparado a um indivíduo a quem já está imposto uma condenação definitiva.²⁴

O princípio da presunção de inocência, como já visto anteriormente além de servir como regra de natureza probatória, de tratamento ao acusado, e de garantia, possui sua devida importância também no âmbito do Direito Penal, uma vez que representa um limite ao legislador sendo que devido ao caráter fundamental e constitucional do princípio, não serão aceitos os preceitos penais que estabeleçam atribuição de condenação em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade.

²¹ LOPES JUNIOR, 2017, p. 96.

²² LOPES JUNIOR, loc. cit.

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

²⁴ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

Desta forma, é notável a extrema relevância da presunção de inocência tanto no âmbito processual, quanto no do direito penal.²⁵

Outro aspecto relevante acerca do princípio da presunção de inocência é quanto à sua terminologia, que na concepção de uma parcela da doutrina a nomenclatura correta deste princípio seria a de não culpabilidade.

Antes da adoção nos tratados internacionais, era discutido sobre a eventual semelhança do princípio da presunção de inocência com o da não consideração prévia da culpabilidade.²⁶

De acordo com Rangel, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumido inocente, uma vez que a Magna Carta não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Nas suas palavras:

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 isto, condena-o.

Do contrário, se entendesse, pela análise dos autos, que a lei somente seria aplicada corretamente se o réu fosse absolvido, a presunção seria de inocência.

[...] O magistrado ao condenar presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal.

Desta forma, o réu para tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa, e óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência.

[...] O que a constituição vera é considerar culpado e não presumir. O juiz quando dá a sentença (seja condenatória ou absolutória), apenas presume.²⁷

A respeito da nomenclatura correta extraída do dispositivo constitucional em seu artigo 5º, inciso LVII, Paulo Gustavo Gonet Branco consagra que de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio é da não culpabilidade.²⁸ Em um trecho de sua obra, é evidente a nomenclatura que o autor utiliza e se refere ao princípio:

²⁵ GOMES, Luiz Flavio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: **Revista dos Tribunais**, v. 729, p. 377, 1996.

²⁶ GOMES, loc. cit.

²⁷ RANGEL, 2005, p. 24-25.

²⁸ MENDES, 2015, p. 536.

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.

[...] Deste logo, assentou o Supremo Tribunal Federal que o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.²⁹

De acordo com Badaró, para a doutrina italiana prevalecia a de que a situação de não culpável de quem deve ser julgado, não se confundia com a presunção de inocência. Porém, essas distinções nunca foram contundentes, sendo irrelevante e inútil diferenciar os dois conceitos, passando desta forma a equivalência de ambas as terminologias.³⁰

Na dicção de Pacelli, a Constituição Federal não menciona em nenhuma presunção de inocência, mas sim da afirmação dela, considerado um valor normativo a ser considerado em todas as fases processuais, inclusive a fase de inquérito policial, conceituando o termo para o princípio de “Estado de Inocência.”³¹

Guilherme Madeira dispõe acerca do assunto que a terminologia utilizada acerca da “presunção” pode confundir o intérprete, uma vez que não possui o significado técnico utilizado por uma técnica processual, mas sim corresponde a ficção originada pela legislação, se referindo apenas à distribuição do ônus da prova durante o processo. Assim sendo, a melhor maneira de definir o princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII seria o de estado de inocência, em que o réu mantém a condição de inocente durante todo o processo, exercendo todos as suas garantias e direitos fundamentais, até que haja o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.³² Deste modo, é visível a consonância de seu posicionamento com o de Pacelli demonstrado anteriormente.

Como apresentado anteriormente, a presunção de inocência implica em um dever de tratamento imposto ao Juiz e ao julgamento do processo, determinando com que o ônus da prova em relação aos indícios suficientes de autoria e materialidade do crime sejam tão somente do órgão acusador, e que caso haja dúvida no momento da decisão que deve ser proferida pelo Juiz, deverá o réu ser absolvido. Desta forma, é

²⁹ MENDES, 2015, p. 539.

³⁰ BADORO, 2003 apud DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. In: **Revista dos Tribunais**, v. 70, p. 269-290, 2008.

³¹ PACELLI, 2017, p. 500.

³² DEZEM, op. cit., p. 271.

possível extrair a distinção também existente acerca do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade) e o princípio do “*In dubio pro Reo*”³³, este último conceituado por Vilela como:

[...] é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado.

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto, o princípio do *favor rei* se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova. O órgão que acusa é quem tem de apresentar prova da culpa e demonstrar culpabilidade do cidadão presumidamente inocente. Caso a acusação não logre criar no tribunal a certeza da culpabilidade, então, o que se impõe é uma decisão favorável ao acusado.³⁴

Para Mossin não há no que se confundir os dois princípios, uma vez que o princípio da presunção de inocência se refere a uma liberdade individual, ao passo de que o princípio do *In dubio pro réu* deriva de um instrumento probatório processual.³⁵ Em sua obra, traz o seguinte posicionamento do jurista Alexandre de Moraes acerca da distinção entre os dois princípios fundamentais para o processo penal:

O princípio da presunção de inocência não se confunde com o princípio do *in dubio pro reo*, pois, apesar de ambos serem do gênero *favor reo*, existe substancial diferenciação entre eles: enquanto o primeiro sempre tem incidência processual e extraprocessual, o segundo somente incidirá, processualmente, quando o órgão judicial tenha ficado em dúvida em relação as provas apresentadas. Devendo então optar pela melhor interpretação que convier ao acusado. Nota-se que, se a acusação não tiver conseguido provar as alegações ofertadas contra o acusado, não existindo, pois, qualquer dúvida no espírito do magistrado, permanecerá a existência do princípio da presunção de inocência, sem contudo ter havido necessidade de utilização do *in dubio pro reo*. O princípio do *in dubio pro reo* impõe ao órgão julgador o decreto absolutório quando não tenha se convencido de um princípio maior, que é o de princípio da inocência.³⁶

Para Gomes Filho, em relação ao aspecto processual, o dois princípios se confundem no tocante ao dever de tratamento já exposto anteriormente no capítulo,

³³ DEZEM, 2008, p. 271.

³⁴ VILELA, 2005 apud RANGEL, 2005, p. 34.

³⁵ MOSSIN, 2014, p. 102.

³⁶ MORAES, 2010 apud MOSSIN, 2014, p. 102-103.

uma vez ambos tratam do mesmo conteúdo.³⁷ O princípio da Presunção de Inocência, como dever de tratamento, é visto durante a instrução do processo no momento em que ocorre a inversão do ônus da prova, que cabe a acusação o ônus de provar a existência do fato criminoso e sua autoria. Já na fase da valoração das provas, a presunção de inocência é empregada no instante em que se tem uma ausência de provas suficientes e aptas a justificar a condenação do réu, devendo ser empregado o princípio do “*In dubio pro Reo*”, ensejando na absolvição do indivíduo.³⁸

Desta forma, é verossímil estabelecer que o princípio do “*In dubio pro Reo*” é uma decorrência do princípio da presunção de inocência, ou seja, um está atrelado a outro, não podendo ser confundidos. O primeiro proclama que no conflito entre o “*jus puniendi*” do Estado e o “*jus libertatis*” do acusado, deve prevalecer sua liberdade, uma vez que se o indivíduo é presumido inocente. A ausência dos critérios objetivos e subjetivos para sua condenação devem resultar em sua absolvição, pois em um processo penal democrático de direito (fruto de um sistema acusatório), é melhor uma pessoa ser considerada isenta de pena, do que uma possível condenação de um inocente.³⁹

Em linhas gerais, na primeira parte deste primeiro capítulo foi abordado a origem do princípio de presunção de inocência na legislação brasileira, tanto no aspecto processual penal, quanto no caráter constitucional (introduzido como garantia e direito fundamental). Em segundo plano, foi analisado o histórico desse princípio no contexto internacional até sua inserção expressa na Magna Carta. Por fim, o conceito técnico e uma análise dos desdobramentos deste princípio, dos quais estabelecem que a presunção de inocência proíbe as antecipações finais do processo, atuando em duas dimensões na sua interpretação normativa. A primeira, impondo um dever de tratamento ao órgão julgador, determinando que a carga da prova seja do acusador, e a segunda, dispõe que o princípio enseja na proteção do indivíduo acusado contra o poder abusivo de punir do Estado. Ainda, foi demonstrado a divergência da interpretação doutrinária acerca da nomenclatura trazida por este princípio, bem como a diferenciação deste princípio em relação ao do “*In dubio pro Reo*”.

³⁷ GOMES FILHO apud DEZEM, 2008, p. 271-272.

³⁸ CAPEZ, 2017, p. 79.

³⁹ NIKITENKO, Viviani Gianine. Aspectos do princípio da presunção de inocência e do princípio in dubio pro reo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1079, 15 jun. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8513/aspectos-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-do-principio-in-dubio-pro-reo>>. Acesso em: 2 out. 2017.

Desta forma, estes aspectos e desdobramentos da presunção de inocência são de suma importância, uma vez que se mostram necessários para se alcançar a conclusão e resposta da problematização trazida por este tema, objeto do trabalho da conclusão de curso. Passamos agora ao segundo capítulo, que em decorrência de ampla pesquisa, será analisado e demonstrado os aspectos favoráveis e desfavoráveis da execução provisória da pena.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

3.1 CONCEITO E ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Para que seja possível compreender a respeito da Execução Provisória da Pena, cumpre evidenciar preliminarmente o conceito de execução penal e quais são os seus desdobramentos acerca do Processo Penal brasileiro vigente.

Na dicção de Nucci, a execução penal é definida por ser uma etapa do processo penal, em que se impõe concretamente ao condenado o que foi determinado na sentença penal condenatória proferida pelo órgão julgador. Seja uma pena privativa de liberdade, uma pena restritiva de direitos ou até mesmo uma sanção pecuniária. A execução da pena ocorre com o trânsito em julgado da decisão, seja por que as partes não recorreram, ou em razão do provimento negado em grau de recurso pelo órgão hierarquicamente competente para seu julgamento. Desta forma, uma vez transitada em julgada a sentença, ela se torna um título executivo judicial, dando início a fase de execução penal, que tem como seu primeiro impulso, o ato de ofício do juiz. Com essa nova fase processual, a pretensão punitiva do Estado é vencida, e se resulta na pretensão executória.⁴⁰

De acordo com Marcão, a execução penal tem como principal objetivo a integração social do sujeito condenado, fazendo com que desta forma a pena busque além da prevenção de delitos, a punição do indivíduo e sua humanização. Em relação a natureza jurídica da execução penal, no seu entendimento, afirma que a execução penal atinge tanto o plano jurisdicional, quanto o plano administrativo, fazendo com que desta forma, esta atividade participe dois poderes estatais: o judiciário e o executivo.⁴¹

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o mesmo posicionamento é compreendido por Nucci, conforme um trecho de sua obra “Manual de Processo penal e Execução Penal”:

⁴⁰ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 39.

⁴¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

[...] atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

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.⁴²

De acordo com Roig, na esfera administrativa, a execução penal significa dar imposição do interesse estatal sobre o individual, ligadas à satisfação de pretensões retributivo-preventivas. Já na esfera jurisdicional, significa que não pode coexistir a prevalência do interesse estatal sobre o individual, fazendo com que os dois polos (Estado e condenado) possuam suas próprias pretensões (retributivo-preventivo e a de liberdade, respectivamente). Destarte, conclui que os atos administrativos-executivos sempre serão averiguáveis pela Jurisdição.⁴³

Desta forma, como exposto anteriormente na conclusão de Nucci, a execução da pena definitiva imposta ao sujeito condenado, em decorrência de uma sentença penal condenatória proferida pelo órgão jurisdicional, é aplicável no momento em que esta decisão se torna transitada em julgado. Entretanto, o que é objeto de dissonância e controvérsia entre os operadores do direito, é a respeito da execução desta pena anteriormente ao trânsito em julgado da decisão, uma vez que o Supremo Tribunal Federal alterou recentemente no ano de 2016 o posicionamento de que a execução antecipada da pena é admissível, e não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência, resultando desta maneira, na concepção de muitos juristas uma ampla insegurança jurídica, tendo em vista a relativização de um dispositivo constitucional de suma importância.

No pensamento de Sanguiné este assunto é de onerosa resolução, não só pelo conflito com o princípio da presunção de inocência, mas também em razão da incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao nosso ordenamento jurídico, na qual estabelece que o indivíduo tem o direito de recorrer da sentença por

⁴² NUCCI, 2017, p. 93.

⁴³ ROIG, Rodrigo Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.117.

um juiz, ou tribunal superior, prevalecendo o direito de recorrer em liberdade, em exceção aos casos da necessidade de prisão cautelar, que visa assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, com o encerramento definitivo do processo penal.⁴⁴ Nestes termos, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece em seu artigo 8º, número 2, letra h:

2) Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
[...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.⁴⁵

Para o jurista Roig, a execução penal provisória ocorre apenas no momento em que:

[...] em diversos casos a pessoa presa possui contra si uma condenação ainda não definitiva e, em razão do decurso de lapso temporal e de bom comportamento carcerário, já possui algum dos direitos da execução penal (ex.: progressão de regime, livramento condicional etc.). Para estes, deve-se aplicar a execução provisória da pena (com a interpretação do art. 105 à luz do parágrafo único do art. 2º da própria LEP), de modo que possam requerer seus direitos junto ao juízo encarregado da execução. Aos réus soltos também deve ser franqueada a possibilidade de pleitear seus direitos junto ao Juízo da execução. Entende-se, por um lado, que não há como se pleitear benefícios que podem ser obtidos durante o cumprimento da pena se esse sequer se iniciou, fazendo-se necessário o recolhimento prévio do paciente à prisão, para que seja expedida guia de execução definitiva e tenha início a competência do Juízo das Execuções. No entanto, deve prevalecer o entendimento de que é possível a expedição de guia de execução mesmo sem a prisão do condenado, para possibilitar a análise de pedido de detração pelo Juízo das Execuções (STF, HC 119153/SP, Rel. Min. Carmen Lucia, decisão monocrática de 28-10-2013; STJ, HC 312561/SP, 6ª T., j. 19-5-2016).⁴⁶

Neste sentido, entende que a execução provisória da pena somente é aplicada para o benefício dos réus que já se encontram presos, e não se confunde com a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento definitivo para aqueles réus

⁴⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar**: medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁵ TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Americana de direitos humanos (1969)**: pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁶ ROIG, 2017, p. 124.

que se encontram em liberdade durante o processo, que é a chamada execução antecipada da pena, que no seu ponto de vista está em total dissonância com o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º da Constituição Federal.⁴⁷

Marcão possui o mesmo posicionamento, uma vez que menciona a possibilidade de execução provisória ao preso cautelar, preventivamente, em razão da viabilidade da progressão de regime prisional quando há o recurso pendente exclusivo da defesa, sendo desnecessário o trânsito em julgado da decisão para ambas as partes, pois o recurso interposto não poderá piorar a situação do réu.⁴⁸

Em relação a execução antecipada da pena e a presunção de inocência, para Sanguiné, se torna um aspecto problemático em determinar a duração temporal deste princípio, uma vez que torna possível produzir eficácia a decisão penal condenatória antes do trânsito em julgado. No seu pensamento, a ineficácia do processo quanto a finalidade de condenar e aplicar a pena ao indivíduo, juntamente com a excessiva duração do processo penal, funciona como um obstáculo para uma das finalidades da aplicação da pena ao agente criminoso que é a prevenção especial, fazendo com que gere uma tendência em relação ao direito comparado de introduzir formas de execução provisória. Entretanto, na sua concepção, nenhuma forma de execução antecipada da pena é compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que se aplicada, seria uma afronta e ultrapassaria os limites jurídicos do Estado de Direito.

Desta forma, a única possibilidade de prisão anterior ao trânsito em julgado da decisão, seria claramente a de natureza cautelar, em que é exigida a motivação expressa do juízo, demonstrando a existência do “*periculum libertatis*”, que nada mais é que a o perigo do agente criminoso posto em liberdade, somadas ao pressuposto de existência do “*fumus commissi delicti*”, caracterizado pela comprovação da existência do crime e indícios suficientes de autoria.⁴⁹ Resumidamente, trecho de sua obra:

[...] para o STF: (a) a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar; (b) em virtude do princípio da presunção de inocência é inconstitucional a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, excetuada a hipótese da prisão de natureza cautelar quando presentes os pressupostos

⁴⁷ ROIG, 2017, p. 124.

⁴⁸ MARCÃO, 2014, p. 33.

⁴⁹ SANGUINÉ, 2014, s.p.

e requisitos do art. 312 do CPP, notadamente quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo⁵⁰; (c) unicamente está permitido o imediato cumprimento da pena, independentemente da publicação e trânsito em julgado do acórdão condenatório, em situações excepcionalíssimas de utilização indevida de recursos como mero expediente de caráter meramente protelatório, desvirtuando a própria garantia constitucional da ampla defesa, apenas para retardar o início do cumprimento da execução da pena, tal como ocorre quando a defesa busca rediscussão dos fundamentos do acórdão em sede de embargos de declaração.⁵⁰

Para o professor Afrânio Silva Jardim, é defendido a natureza da prisão em decorrência da sentença penal condenatória recorrível como sendo uma execução provisória da pena, que é possível a execução provisória, no momento em que há ausência de efeito suspensivo da apelação do réu, e a sentença passa a ser o título único de sua prisão.⁵¹

Discorda neste sentido, o professor Tourinho Filho em relação a prisão em decorrência da sentença penal condenatória, uma execução provisória da pena. A seguir, trecho de sua obra:

[...] a execução pressupõe, sempre, sentença transitada em julgado. Logo, não se pode dizer que a prisão resultante da sentença penal condenatória recorrível seja uma “execução provisória da pena”. Há mais a considerar: em face do princípio constitucional da presunção de inocência, não teria sentido executar-se uma sentença, antes do seu trânsito em julgado. Se se disser que se trata de provisória execução da pena, conclui-se que o réu estará cumprindo antecipadamente a pena imposta, antes do trânsito em julgado, vale dizer, antes de ser considerado culpado.⁵²

De acordo com Marcão, existe a possibilidade da execução provisória, na pendência de recursos sem efeito suspensivo, especial ou extraordinário.⁵³ A justificativa que fomenta ainda mais este debate acerca da execução provisória da pena é baseada também no conteúdo previsto na súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”⁵⁴ e também as

⁵⁰ SANGUINÉ, 2014, s.p.

⁵¹ SILVA JARDIM, 2003 apud RANGEL, 2005, p. 656.

⁵² TOURINHO FILHO, 2003 apud RANGEL, loc. cit.

⁵³ MARCÃO, 2014, p. 37.

⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Súmula 267**. Conteúdo jurídico. Brasília-DF: 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-267,2650.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal, que respectivamente dispõe no seu conteúdo:

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

717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.⁵⁵

Destarte, é evidenciado para Capez acerca do conteúdo extraído destas súmulas do STF, que é possível o início da execução antes do trânsito em julgado.⁵⁶

Abordada esta questão acerca do conceito bem como breves aspectos controvertidos da execução provisória da pena em relação à decisão do Supremo, observa-se que o tema é bastante discutido. A partir deste momento, iremos analisar os aspectos favoráveis e desfavoráveis da execução antecipada da pena imposta ao réu, uma vez que com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal na sua decisão constatou que não ocorre a violação do princípio da presunção de inocência, admitindo então o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

3.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ASPECTOS FAVORÁVEIS

A decisão recente do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, passou ao novo entendimento de que a Execução Provisória da Pena a partir de decisão proferida em segundo grau de jurisdição poderia ser admitida e aplicada, e que em decorrência deste fato, em nada

⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. In: _____. **Súmulas**. Brasília Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Professor Fernando Capez – Presunção de Inocência e Prisão Antes do Trânsito em Julgado**. Publicado em 15 jul. 2016 (Ideia extraída do vídeo) Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ovRrY6avN2k>>. Acesso em: 13 out. 2017.

violaria o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, elencado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Como se pode observar, a aplicação antecipada da pena, com o julgamento deste remédio constitucional, propiciou um precedente em que passou a admitir a execução da pena a contar do momento em que se esgota todas as possibilidades de recurso Ordinário. Madeira traz uma diferenciação do que caracteriza um recurso Ordinário e um recurso Extraordinário:

Ordinários são os recursos que têm por objeto a tutela do direito subjetivo invocado pela parte (como exemplo, tem-se a apelação). Extraordinários são os recursos que buscam tutelar, primordialmente, o direito em si e, apenas de maneira reflexa, o direito invocado pelo recorrente (como exemplo, tem-se o recurso extraordinário e o recurso especial).⁵⁷

A respeito de tal diferenciação, menciona o jurista Gomes Filho, que entende:

A denominação recurso ordinário, numa primeira acepção, pode indicar, entre nós, aquele que tenha por objeto próximo a proteção do direito subjetivo do recorrente, enquanto por recurso extraordinário se aponta aquele que vise a proteger, antes de mais nada, o direito objetivo, e só mediatamente o do recorrente. Nesse sentido, são extraordinários tanto o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quanto o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Todos os demais são ordinários.⁵⁸

O consagrado juiz de direito Dezem, ainda especifica os pontos positivos e negativos em relação aos recursos Extraordinários classificados anteriormente. Como vantagens, dispõe a apreensão do legislador ao buscar alcançar uma unificação para a aplicação do direito federal e do direito constitucional (por meio dos recursos Especial e Extraordinário). Ao passo de que no lado desvantajoso desta classificação dos recursos, acaba ensejando uma série injustificável de restrições para análise destes recursos.⁵⁹

Diante do exposto, é possível compreender que a execução antecipada da pena, com o novo entendimento do Supremo, somente é admitida após esgotadas todas as vias recursais ordinárias, e apreciadas após o livre exercício do duplo grau

⁵⁷ DEZEM, 2008, p. 6.

⁵⁸ GOMES FILHO, 2011 apud DEZEM, 2008, p. 6-7.

⁵⁹ DEZEM, 2008, p. 7.

de jurisdição. Isto quer dizer, no momento em que o réu exaure às possibilidades de recurso no tocante à proteção de seu direito subjetivo (que é reúne os elementos relacionados aos indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade do crime), e posteriormente ocorre uma condenação proferida mediante segundo grau de jurisdição diante do fato concreto, pode-se executar a pena, mesmo estando a disposição dele a interposição de um Recurso Extraordinário (em sentido amplo) , que visa tão somente assegurar a lei federal e constitucional, tutelando desta forma o direito objetivo, e não o direito subjetivo, como visto anteriormente, relacionado a matéria fática e probatória.

Neste sentido, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki, em seu voto proferido no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 ilustra:

Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo.

[...] Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.⁶⁰

Denota-se que, com base neste fundamento, é possível assimilar que os recursos especial e extraordinário não constituem um desdobramento do duplo grau de jurisdição, uma vez que no entendimento do Supremo Tribunal Federal este se encerra com o esgotamento de julgamento das instâncias ordinárias de primeiro e segundo grau, e que desta forma, os recursos Especial e Extraordinário não se destinam a análise de fatos ou de provas, e, portanto, não buscam determinar a absolvição ou condenação do réu que está sendo julgado.

No tocante ao efeito destes Recursos Extraordinário e Especial supra mencionados, o jurista Fernando Capez compreende que com base no artigo 27 § 2º

⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº126.192/SP. Voto Relator: Zavascki, Teori. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 out. 2017.

da Lei nº 8038/1990 (revogado pela Lei nº 13.105/2015 - Novo Código de Processo Civil) que dispunha: “Os recursos especial e extraordinário só podem ser recebidos no seu efeito devolutivo”⁶¹, seria um fundamento de que a decisão condenatória a partir do segundo grau de jurisdição, de imediato possui efetividade e já pode ser executada.⁶²

Com este parâmetro, concerniu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 74.983, julgado em 30/6/1997 que:

[...] com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recurso especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão.”⁶³

O ex-ministro Teori Zavascki, em relação a execução da pena na pendência dos recursos de natureza extraordinária, ainda em seu voto proferido sustentava:

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.⁶⁴

Levando em consideração o que fora apresentado acerca dos aspectos favoráveis da execução da pena, que incidiu até este momento no item acima, no qual que diz respeito aos efeitos dos Recursos Especial e Extraordinário, juntamente com a análise do alcance dos desdobramentos do duplo grau de jurisdição, transitamos a partir deste momento a outro atributo positivo da execução provisória da pena, que é

⁶¹ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

⁶² CAPEZ, 2016.

⁶³ Ministro relator Carlos Velloso no voto proferido no julgamento do HC 74.983.

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº126.192/SP. Voto Relator: ZAVASCKI, Teori. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex**: jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 out. 2017.

chamada “mutação constitucional” e a valoração dos princípios na ordem jurídica a partir da constituição de 1988, tomando por base o voto do ilustríssimo ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.192 de 2016.

Como já abordado sinteticamente neste trabalho de pesquisa, a execução provisória da pena, no tocante ao posicionamento das cortes superiores, padeceu a uma série de oscilações em relação as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ocasionando para uma pluralidade de juristas e operadores do direito em uma acentuada insegurança jurídica em nosso ordenamento constitucional.

No que concerne à estas oscilações, o excelentíssimo Ministro do Supremo, Luís Roberto Barroso, nomeia a tal feito, em nomenclatura usada por si próprio, de “Mutação Constitucional”, mencionada em seu voto proferido no Habeas Corpus nº 126.192, em que votou favoravelmente à execução provisória pena. De acordo com o jurista, a mutação constitucional consiste na mudança da interpretação de um dispositivo previsto da Constituição Federal, que passa a se adaptar às modificações das realidades sociais existentes em um Estado Democrático de Direito.

Esta mudança geralmente ocorre de uma variação na realidade fática ou de uma nova percepção no mundo jurídico. Desta forma, indaga que mesmo que o STF possa a ter se manifestado de forma divergente anteriormente em relação a execução antecipada da pena, a realidade fática social existente tem o condão de alterar o próprio significado do Direito. Ou seja, a apreciação acerca do princípio da presunção de inocência pode ensejar em uma interpretação diferenciada com o passar do tempo, sempre se amoldando a estrutural social daquele período, sem que resulte efetivamente na modificação expressa de seu texto normativo.

Desta forma, entende o ministro que esta alteração a respeito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação a execução provisória da pena é justificável e decorrente de uma excessiva demora do trânsito em julgado de uma decisão condenatória, ensejando no alargamento abusivo de recursos meramente protelatórios, juntamente com a seletividade dos processos, fazendo com que ocorra um desequilíbrio social, e que toda a sociedade desacredite na justiça do país.⁶⁵

⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº126.192/SP. Voto Ministro: Luís Roberto Barroso. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Recursos meramente protelatórios são definidos nas situações em que o direito da pessoa recorrer de uma decisão proferida pelo órgão julgador tem caráter totalmente abusivo, que na linguagem jurídica é denominado do “*jus sperniandi*”, que são utilizados como uma técnica de defesa do acusado com o objetivo de retardar as soluções jurisdicionais em conflito devido a existência da diversidade recursos impostos. Desta maneira, os excessos destas impugnações prolongam o processo e atrasam a formação da coisa julgada e dificultam o Estado de exercer o “*jus puniendi*”.

Assim, as construções jurisprudenciais realizadas pelas cortes Superiores entendem quando ocorre este abuso do direito de recorrer, com a injustificada resistência pela defesa com a interposição de impugnações injustificadas juridicamente, são até passíveis de sanções em virtude da litigância de má fé exercida ao processo e as partes a ele vinculadas.⁶⁶

Por sua vez, a seletividade processual, mencionada pelo ministro como também sendo uma decorrência da “mutação constitucional”, é conceituada por Zaffaroni como:

[...] ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costuma orientar-se por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.⁶⁷

Assim sendo, o jurista Barroso, sustenta que a seletividade processual penal consiste na compreensão de que as pessoas com maiores recursos financeiros e patrimoniais, mesmo sendo consideradas culpadas em primeiro grau, e tendo essa decisão confirmada pelos tribunais de justiça não cumprem a pena, e conseqüentemente o Estado não exerce o “*jus puniendi*”, e atinge desta maneira outro

⁶⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jus sperniandi: quando o inconformismo natural se torna abuso do direito de recorrer. **Jusbrasil**, 26 jan. 2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112358771/jus-sperniandi-quando-o-inconformismo-natural-se-torna-abuso-do-direito-de-recorrer>>. Acesso em: 22 out. 2017.

⁶⁷ MAGLIONI, Bruna Peluffo. A seletividade do sistema penal brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10909>. Acesso em: 23 out. 2017.

princípio previsto na Constituição Federal, também com carga de garantia fundamental, que é da Efetividade do processo.

Esta seletividade processual enseja na dificuldade e impossibilidade de réus pobres e sem condições financeiras de recorrer em liberdade, haja vista a inviabilidade de contratar um advogado capacitado e qualificado para exercer sua defesa técnica. Em face disto, é possível desmembrar outra consequência negativa da seletividade processual, que é a superlotação carcerária da parcela da população pobre, sem condições financeiras de arcar com um advogado de qualidade para interpor um recurso atrás do outro.⁶⁸

Destarte, podemos concluir juntamente com a dicção de Barroso, que o artifício da defesa do acusado em protelar recursos com litigância de má fé, a fim de atrasar o processo e uma possível condenação do mesmo, resulta na seletividade processual. Este instrumento protelatório mencionado, somente é utilizado pela classe alta da sociedade, acarretando na impunidade e também ao estímulo dos denominados crimes, conhecidos na linguagem popular, como “colarinho branco”, que são praticados por autoridades políticas, judiciárias, e também grandes e nomeados empreendedores na esfera privada.

Com isso, é criado outro problema social, que é o aumento do preconceito às classes baixas e a estigmatização de que os crimes praticados no país brasileiro somente ocorrem por estas pessoas necessitadas financeiramente, em que na realidade, de certa forma, a desigualdade social no país ocorre justamente pela ocorrência dos crimes de colarinho branco, cometidos pela alta posição social, pessoas instruídas culturalmente e financeiramente que possuem uma alta carga de influência do governo. Podemos citar como exemplo destes crimes: corrupção, sonegação fiscal, peculato, lavagem de dinheiro, etc.⁶⁹

Ainda com base no voto do ministro Luís Roberto Barroso, conforme apresentado os seus fundamentos de sua decisão, ainda sustenta que a execução provisória da pena resultará na maior confiança da sociedade em relação a Justiça, e

⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº126.192/SP. Voto Ministro: BARROSO, Luís Roberto. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex**: jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁶⁹ BRANCO, Sérgio Zoghbi Castelo. Crime do colarinho branco. **Jusbrasil**, 26 set. 2013. Disponível em <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111908115/crime-do-colarinho-branco>>. Acesso em: 23 out. 2017.

consequentemente a quebra do paradigma da impunidade criminal. Nas suas palavras:

Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.⁷⁰

Realizada esta análise de alguns dos fundamentos mencionados no voto do ministro Luís Roberto Barroso, trazidos como aspectos favoráveis da execução provisória da pena, a seguir, será objeto de exploração, em linhas gerais, o conteúdo dos votos e os fundamentos dos outros ministros que foram favoráveis a execução antecipada da pena, proveniente do julgamento do Habeas Corpus nº 126.192 de 2016, e também a trazer a análise de convicção de outros operadores do direito no cenário jurídico brasileiro acerca do tema.

Em conformidade com o entendimento do ministro Luiz Fux acerca de seu voto proferido, o mesmo busca definir que a presunção de inocência no sentido atual, não corresponde mais aquilo que se denominava anteriormente em seu sentido constitucional. Na sua concepção, a legítima presunção de inocência é definida pelo o que está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em que dispõe: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade seja provada”.⁷¹

Desta forma, no momento em que o acusado tem uma investigação policial em face dele realizada, com base nela é colhido indícios suficientes de autoria bem como realizada a prova da materialidade do crime que são pressupostos necessários para a instauração de uma denúncia pelo ministério público, posteriormente o indivíduo é

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº126.192/SP. Voto Ministro: BARROSO, Luís Roberto. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁷¹ UNICEF BRASIL, 2017.

condenado em primeiro grau e em seguida em juízo de apelação, e também condenado no Superior Tribunal de Justiça, não comporta lógica e nem coerência este indivíduo chegar ao Supremo Tribunal Federal presumido inocente. Estaria desafiando à expectativa da sociedade em relação ao que é definido como presunção de inocência.

Seguindo a mesma linha de raciocínio do Ministro Barroso, no momento em que se exaure a matéria fático-probatória das vias recursais, a culpabilidade do indivíduo em relação ao fato em si já foi provada, e desta maneira, o dispositivo da presunção de inocência previsto na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, como já exposto anteriormente, estaria corretamente aplicado, e em nada estaria infringido o princípio da presunção de inocência.

Outro ponto que podemos destacar e extrair como peça importante para denominar um aspecto favorável da execução provisória da pena proferido no voto do ministro Luiz Fux, é chamada por ele de Singularidade Processual, em que consiste na percepção de que a coisa julgada está intimamente vinculada com a ideia da imutabilidade da decisão. Deste modo, o encerramento da matéria fática e probatória também resulta em uma imutabilidade da decisão, porém quanto ao aspecto do direito subjetivo da parte, no tocante ao mérito do processo, se tornando indiscutível e imutável, e que com base nisso, a coisa julgada pode também ser admitida e definida em partes.⁷²

A senhora ministra Cármen Lúcia, no mesmo posicionamento dos fundamentos dos ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e do relator Teori Zavascki, supramencionados, confirma em seu voto:

[...] considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Ministro: FUX, Luiz. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 out. 2017.

princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.⁷³

Nesta mesma dicção, o professor e promotor de justiça do estado de São Paulo, Rogério Sanches ilustra que o cenário jurídico criminal brasileiro, está fortemente vinculado e deve seguir aos preceitos do garantismo penal e processual, que é caracterizado como um modelo de direito em que repudia dois extremos.

O primeiro extremo é denominado pelo promotor de “hipertrofia da punição”, o excesso de punir. É o “*jus puniendi*” do estado realizado de maneira abusiva, no qual condena e aplica a pena aos indivíduos de forma exorbitante e sem garantias e direitos fundamentais protegidos ao agente acusado, com caráter autoritário estatal e que faz nos remeter ao modelo processual penal inquisitorial, já visto e compreendido no capítulo anterior.

O outro extremo mencionado pelo professor, é a proteção deficiente do Estado perante toda sociedade. A demora efetiva para o encerramento de um processo penal, decorrente de uma série de recursos inacabáveis que enseja na descrença da justiça brasileira por parte de toda a população, e o sentimento de impunidade referente aos agentes criminosos de alta periculosidade.

Desta forma, a solução segundo o jurista para se evitar estes dois extremos mencionados, em que o garantismo penal e processual busca evitar e repudia de total maneira, seria de que no sistema processual penal, para a posterior execução da pena no Brasil, enquanto não houver o duplo grau de jurisdição sobre matéria fática e de probatória exercido pela parte acusada, não cabe a execução penal. No entanto, após o esgotamento desse duplo grau de jurisdição, seria admitida execução antecipada da decisão em segundo grau proferida, sem aguardar os recursos de caráter Extraordinário, os quais não possuem efeito suspensivo. De acordo com Rogério, aguardar o julgamento destes recursos, seria navegar o sistema penal brasileiro para

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº126.192/SP. Voto Ministro: CARMEN, Lucia. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 out 2017.

a proteção deficiente do Estado, que com base na realidade fática no cenário atual, é habitual e acarreta em um dos extremos que o garantismo penal repudia.⁷⁴

A título de diligência, em referência ao Garantismo Penal citado supra, Luigi Ferrajoli, conceituado jurista italiano e um dos principais teóricos do Garantismo, em sua obra publicada “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal” sustenta:

[...] Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima Liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

[...] Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.⁷⁵

Ainda em relação aos aspectos favoráveis da execução provisória da pena, a advogada Stéphanie Almeida Araújo, graduada pela Universidade Federal de Uberlândia, em seu artigo publicado, extraído do site conteúdo jurídico, aponta em relação a execução provisória da pena, acerca do conteúdo do julgamento do Habeas Corpus nº 126.192/SP:

[...] não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. As garantias previstas no texto constitucional não podem ser óbice à atuação do Poder Judiciário, que deve impor efetividade às suas decisões. Deve haver uma ponderação. De um lado temos a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade e de outro a garantia, não menos importante, da devida prestação jurisdicional a ser prestada efetivamente pelos órgãos judiciários em benefício de toda a sociedade.

⁷⁴ SANCHES, Rogério. **STF – ADCs 43 e 44: execução penal Provisória**. (vídeo). 5 out. 2016. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=dfO4VExr5e8>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 683-684.

Nessa ponderação não há exclusão de valores, essas garantias convivem entre si, só precisam de uma interpretação que possa equilibrá-las. A execução provisória da pena não exclui ou fere de morte a presunção de não culpabilidade, esta é devidamente respeitada, mas não se pode evitar um juízo de culpabilidade após o julgamento da apelação pelo tribunal superior, no qual os fatos e as provas foram amplamente debatidos e contraditados. Muito menos há que se falar em presunção de inocência, o indivíduo já foi condenado em duas instâncias independentes.

[...] entendemos, então, que a execução provisória da pena estabelecida em sentença proferida por órgão colegiado de segundo grau não fere o princípio da presunção de não culpabilidade. O acusado teve seus direitos e garantias devidamente assegurados até o duplo grau de jurisdição e os recursos excepcionais não podem servir de escopo para postergar uma pena lastreada no devido processo legal, contraditório e ampla defesa, com análise exaurida dos fatos e provas produzidas durante o processo penal.⁷⁶

A partir do que foi traçado nesta primeira parte do capítulo três, em que trata da Execução Provisória da Pena, em linhas gerais, fora abordado os principais aspectos favoráveis que justificaram e fundamentaram os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Decisão esta, oriunda do julgamento do Habeas Corpus nº 126.192.

Na segunda parte do capítulo três, que será exposto a seguir, será objeto de pesquisa os aspectos e fundamentos desfavoráveis da execução provisória da pena, em que será controvertido todos os aspectos positivos demonstrados neste item, trazendo o voto dos demais ministros no julgamento do HC que divergiram da decisão, bem como apontar as considerações e entendimentos de juristas e operadores do direito em relação a execução provisória da pena.

3.3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ASPECTOS DESFAVORÁVEIS

Diante dos pontos contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Habeas Corpus nº 126.192, que passou a admitir a execução provisória da pena, em um primeiro momento é necessário enfatizar o principal argumento suscitado tanto

⁷⁶ ARAÚJO, Stéphanie Almeida. Execução provisória da pena: a nova decisão do STF no HC 126.292. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 11 jul. 2017. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,execucao-provisoria-da-pena-a-nova-decisao-do-stf-no-hc-126292,589445.html>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

para a doutrina processual e penal, quanto para Jurisprudência: a execução provisória da pena enseja na violação expressa ao dispositivo constitucional, em seu artigo 5º inciso LVII, no qual dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁷⁷

O ex-ministro Eros Grau, traz com clareza a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Atesta que da simples interpretação do dispositivo constitucional, é possível extrair que o réu somente poderá sofrer uma sanção penal após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Menciona que, qualquer interpretação divergente deste regulamento normativo, estaria negando a própria Constituição Federal. Declara que a antecipação da execução penal apenas poderia ser justificada por conveniência dos magistrados e não do processo penal, afirmando que as singularidades de uma infração penal só poderão ser esclarecidas com a imutabilidade da decisão judicial.⁷⁸

Nessa acepção, o jurista Nunes, enfatiza que a atual Lei de Execuções penais apenas reconhece a execução definitiva da pena. Assim, deverá existir uma sentença penal condenatória transitada em julgado para ensejar em um título executivo, para que assim, seja possível a execução tanto da pena restritiva de liberdade, como restritiva de direitos ou multa. Isto posto, atesta que a execução provisória da pena é inconstitucional, uma vez que torna possível a execução de pena, sem que um acusado seja considerado culpado, infringindo ao princípio da presunção de inocência.⁷⁹

Do mesmo modo, expõe Nucci:

[...] 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.⁸⁰

⁷⁷ BRASIL, Constituição Federal, 1988.

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG. Voto Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09 de abril de 2008. **Lex:** jurisprudência do STF, Minas Gerais, 09 abr. 2008 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>, Acesso em: 6 fev. 2018.

⁷⁹ NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 181-182.

⁸⁰ NUCCI, 2017, p. 95.

Conforme Pacelli, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126292/2016, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a execução provisória de uma condenação já após uma decisão de segundo grau. Entende que desta forma, a corte superior desconsiderou a exigência do trânsito em julgado de uma decisão para poder executar a pena de um réu, afirmando que esta hipótese apenas seria possível, se houvesse uma mudança expressa na Constituição, através de uma emenda constitucional e, portanto, a execução antecipada da pena atinge não a conformação legislativa, mas sim a constitucional.⁸¹

O mesmo posicionamento podemos extrair do entendimento de Lopes Junior, no qual expõe que a Constituição Federal adota expressamente em seu artigo 5º inciso LVII, o trânsito em julgado como requisito para a perda da presunção de inocência. De acordo com o jurista, para que essa concepção seja modificada, seria necessário a alteração deste dispositivo supracitado na Constituição Federal.⁸²

Como já visto anteriormente, com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.192, o STF mudou seu posicionamento ao possibilitar a execução antecipada da pena após condenação em 2º grau de jurisdição. O plenário alterou a jurisprudência por 7 votos a 4, ocasionando uma imensurável polêmica no ambiente jurídico, até mesmo entre a própria corte superior, uma vez que os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski não seguem esta orientação jurisprudencial, em razão do seu caráter “interpartes” e não vinculante. Em face disso, é visível a oscilação que o entendimento do STF pode gerar, podendo até então tomar uma nova posição acerca da execução antecipada da pena.⁸³

Conforme o exposto, cabe a análise dos fundamentos que sustentaram os votos dos ministros que foram contrários a execução provisória da pena, suscitando em primeiro lugar, como já visto acima, a violação expressa a presunção de inocência. Nesse sentido, o ministro Mello aduz:

[...] A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

⁸¹ PACELLI, 2017, p. 610.

⁸² LOPES JUNIOR, 2017, p. 1083.

⁸³ LOPES JUNIOR, loc. cit.

[...] 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 nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito e julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal.

[...] Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.⁸⁴

Assim como o ministro Celso de Mello, Lopes Junior afirma ser inapropriado a utilização do direito comparado para a legitimação da execução provisória da pena, fundamento suscitado no acórdão que mudou o entendimento a respeito do assunto pelo STF. Segundo o jurista, os países mencionados não admitem recursos além do segundo grau de jurisdição, mas sim ações da espécie rescisória, que tem o caráter de desconsiderar a coisa julgada que já foi proferida em julgamento de segundo grau. Dessa maneira, nota-se que as estruturas normativas de outros países são completamente distintas das nossas, sem contar a principal diferença: a Constituição Federal brasileira prevê, ao contrário das outras, a execução da pena somente após decisão condenatória transitada em julgado, oportunidade em que é derrubada a presunção de inocência.⁸⁵

De acordo com o ministro Ricardo Lewandowski, não é verossímil a interpretação constitucional de um dispositivo de maneira restritiva em relação à proteção de direitos e garantias fundamentais. A presunção de inocência deve ser analisada de forma taxativa, e não de maneira distinta, pois expressamente é declarada que será mantida até o trânsito em julgado da decisão judicial.⁸⁶

⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Ministro: DE MELLO, Celso. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, 2017, p. 1084.

⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Ministro: LEWANDOWSKI, Ricardo. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

No que concerne à interpretação diversa que o STF atribuiu à presunção de inocência prevista no artigo 5º da Constituição Federal, admitindo a execução antecipada da pena, Lopes Junior ilustra:

O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente ou distorcidos de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Há que se ter consciência disso, principalmente em termos de decisionismo (sigo com STRECK) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco de que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática.⁸⁷

Tendo em vista o que fora apresentado até o presente momento a respeito dos aspectos contrários à execução antecipada da pena, constata-se o posicionamento dos operadores de direito citados acima, nos quais asseguram com convicção a violação ao princípio de presunção de inocência.

Ademais, o que também é suscitado como sendo uma violação à norma jurídica no que tange a possibilidade de execução provisória penal, é a sua contrariedade a um dispositivo infraconstitucional, precisamente o código de processo penal, em seu artigo 283, no qual dispõe:

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.⁸⁸

Interpretando este dispositivo, é possível extrair que as únicas formas de prisão existentes no Brasil são: a decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, em flagrante delito ou de caráter cautelar, sendo a prisão temporária ou preventiva, que essas citadas por último, para serem aplicadas, devem estar

⁸⁷ LOPES JUNIOR, 2017, p. 1083.

⁸⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 7 fev. 2018.

presentes os requisitos previstos em lei: “*fumus commissi delicti*” e “*periculum libertatis*”. Desta forma, questiona-se, como seria possível a execução provisória da pena, se na própria lei ordinária ela não é prevista? Da mesma forma, ao executar a pena, ainda pendente o trânsito em julgado e a imutabilidade da decisão, o supremo estaria ignorando este dispositivo, não o aplicando sem declarar antes sua inconstitucionalidade. Esta questão, trazida por Lopes Junior, em seu posicionamento afirma que não foi enfrentada e debatida no julgamento em que decidiu possibilitar a execução penal antecipada.⁸⁹

Com base neste fundamento, observa-se o mesmo posicionamento em um conteúdo extraído da Revista Brasileira de Ciências Criminais, onde é exposto:

Por conseguinte, no processo penal há, em síntese, as seguintes hipóteses de prisão: prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; prisão temporária (destinada à investigação criminal – Lei 7.960/89 –); prisão em flagrante; e prisão preventiva. Por delimitação temática, entende-se que a primeira e as últimas hipóteses irão contribuir com o desenvolvimento dos argumentos neste trabalho apresentados.

A prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado está regulada nos artigos 674 e 675, do CPP (LGL\1941\8)47, bem como pelo artigo 105, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP (LGL\1984\14))48. Se a Constituição atribuiu à Lei a tarefa de regular a prisão e a liberdade provisória, a Lei, nessa modalidade de prisão, traz expressamente, e em pelo menos quatro oportunidades, o marco do trânsito em julgado para admitir o cumprimento da pena e a condução à prisão, não admitindo em nenhum momento a execução provisória ou antecipada. Repare-se que tais dispositivos estão em capítulos da legislação referente à execução da pena e penas privativas de liberdade. Isto é, trata-se efetivamente da fase de execução do processo criminal, aplicando ao condenado a pena concreta, imposta e calculada pelo juiz a partir do crime que – agora, comprovadamente – cometera-se.

Resta verificar a prisão preventiva. A Lei, no artigo 312 do CPP (LGL\1941\8), regula a matéria, admitindo a prisão preventiva para “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, estando presentes os requisitos do artigo 313 do CPP (LGL\1941\8). Ademais, o artigo 321 do CPP (LGL\1941\8) impera que: “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória [...]” (grifou-se). Novamente, a lei trouxe requisitos a serem verificados e comprovados no caso concreto, e, quando não presentes, impõe-se a concessão da liberdade. Em nenhum desses dispositivos legais referentes à prisão por decisão transitada em julgado ou à prisão preventiva há a permissão de cumprimento da pena em decorrência de “sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição” ou algo semelhante. Circunstância diferente daquilo que ocorre, por exemplo, com a opção legislativa na Lei da Ficha Limpa, em que a inelegibilidade é, expressamente, efeito da decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

⁸⁹ LOPES JUNIOR, 2017, p. 1084.

Em síntese, como a Constituição delega à lei a definição das hipóteses de prisão, ou há o trânsito em julgado e pode-se executar a pena imposta pela decisão judicial, ou a lei só admite a prisão preventiva nas hipóteses determinadas. Não sendo o caso de prisão preventiva, deve-se garantir a liberdade provisória na pendência do processo criminal (leitura conjunta do artigo 5º, LXVI, da CRFB/88 e dos artigos 283, 312, 321, 674 e 675 do CPP (LGL\1941\8), e artigo 105 da LEP (LGL\1984\14)). Ora, a conclusão não pode ser outra senão: equivoca-se o STF ao permitir o cumprimento da pena nos termos em que o fizera, tal interpretação está longe de se ajustar (fit) ao direito estabelecido. A resposta correta exige o trânsito em julgado para o cumprimento da pena – portanto, recaindo sobre pessoa culpada –, ou o preenchimento dos requisitos da prisão preventiva para o encarceramento de natureza cautelar – antes do trânsito em julgado, possibilitando-se a prisão de pessoa inocente.⁹⁰

Diante do exposto, é possível concluir com base nos fundamentos acima, que a decisão do STF além de atingir o princípio constitucional da presunção de inocência, viola também o artigo 283 do Código de Processo Penal, estabelecendo que toda prisão, antes do trânsito em julgado deverá ser aplicada apenas a título cautelar, ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente a execução provisória.⁹¹

Conforme demonstrado no item anterior, em que fora abordado os aspectos favoráveis a execução da pena privativa de liberdade logo após condenação em segunda instância, notou-se que um dos fundamentos que legitimaram a decisão do supremo, se deu em virtude do caráter extraordinário dos recursos pendentes para as cortes superiores, que se limitam a analisar apenas questões de direito objetivo. Diante dessa perspectiva, cabe também aferir que os efeitos destes recursos, não possuem efeito suspensivo, e que com base nestes parâmetros, realizou-se uma interpretação diversa do que é considerado o trânsito em julgado, validando a execução antecipada da pena devido ao argumento de que a inocência é derrubada após esgotados os julgamentos nas vias ordinárias.

No entanto, o fundamento da ausência do efeito suspensivo dos recursos de caráter extraordinário para legitimar a execução provisória da pena, é fortemente criticado por Aury Lopes Junior, no qual afirma que a inexistência de efeito suspensivo destes recursos não mantém qualquer vínculo com o conceito de trânsito em julgado, bem como executar antecipadamente a pena com base nesse instituto, é desconsiderar as peculiaridades do processo penal e também a proteção

⁹⁰ MORAIS, Fausto Santos de. Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal. In: **Revista dos Tribunais**, v. 132, p.169-190, 2017.

⁹¹ PACELLI, 2017, p. 611.

constitucional que cerca o conteúdo da execução da pena. Segundo o jurista, este fato ocorre pela equívoca adoção da teoria geral do processo e do civilismo dentro da matéria destes recursos de via extraordinária.⁹²

No mesmo sentido, o advogado Adel El Tasse explica:

[...] Havia consolidação no posicionamento de que somente o trânsito em julgado de decisão penal condenatória seria meio hábil a dar início à pena, não sendo admissível sua "execução provisória", ou seja, sua execução com a pendência no julgamento de recursos, mesmo que de natureza constitucional, endereçados ao STJ e ao STF que, em regra, não são dotados de efeito suspensivo.

A questão penal se colocava de outra forma, não limitada à análise dos efeitos recursais específicos, mas da importância vital do princípio da presunção de inocência que, na redação pela qual optou o legislador constituinte em 1988, não admite muitas ginásticas interpretativas, pois está absolutamente claro que somente o trânsito em julgado de sentença penal condenatória rompe o estado de inocência do acusado e, por óbvio, pessoas inocentes não devem cumprir pena.

É importante destacar que a pacificidade da matéria era tamanha que, quando do julgamento da constitucionalidade da chamada "Lei Ficha Limpa", o próprio Pretório Excelso fez questão de separar o que é condenação penal, cujos efeitos dependeriam de trânsito em julgado da decisão condenatória, das demais matérias, nas quais as resoluções da causa por órgão colegiado já poderiam ter efeitos.⁹³

Ademais, em relação ao argumento direcionado para legitimar a execução antecipada da pena, de que nas instâncias superiores, após o julgamento proferido em segundo grau de jurisdição, não cabe mais análise sobre matéria fática e probatória, e em razão disto, já seria possível executar a pena (pois os recursos de vias extraordinárias se limitam tão somente à análise do direito objetivo do réu) o professor e juiz de direito do TJRJ, André Nicollit, atesta que a Constituição Federal é cristalina ao estabelecer o trânsito em julgado como premissa para considerar alguém culpado, e posteriormente executar uma sentença penal condenatória. Menciona que o conceito de trânsito em julgado é de imutabilidade de decisão, sem nenhum recurso pendente.

Desta forma, mesmo que os tribunais das cortes superiores apenas analisem questões de direito e não matéria que possa invocar o interesse subjetivo da parte, fica evidente que, estando pendentes recursos após uma condenação em tribunal de

⁹² LOPES JUNIOR, 2017, p. 1084.

⁹³ REVISTA CONSULTOR JURIDICO. Execução de pena após condenação em segunda instância não é automática. **Revista Conjur**, 27 fev. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-27/execucao-pena-condenacao-instancia-nao-automatica>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

apelação, tal circunstância não torna imutável a decisão, que apenas ocorre com o trânsito em julgado. O magistrado citou a hipótese do reconhecimento de uma nulidade nas instâncias extraordinárias, que pode remeter o julgamento para instância inicial ou até mesmo ensejar em uma absolvição do réu. Concluindo assim, que se a decisão não está imutável, não ocorreu o trânsito em julgado e conseqüentemente segundo a própria Constituição, o réu não poderá ser considerado culpado e ter sua pena executada.⁹⁴

Nessa mesma linha de raciocínio, Lopes Junior expõe:

É errado afirmar que alguém considerado “culpado” após a decisão de segundo grau porque dela somente cabem recursos especial e extraordinário, que não permitem reexame de provas. Primeiramente há que se compreender que no Brasil adotamos a “culpabilidade normativa”, ou seja, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está “comprovada legalmente a culpa”, como exige o art.8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito e julgado da decisão condenatória.⁹⁵

O prestigiado Defensor Público Federal, professor e Mestre em Ciências Jurídicas Criminais, Gabriel Habib, manifesta-se no sentido de que a execução penal provisória, pode resultar em conseqüências alarmantes para a vida do condenado, uma vez que o nosso judiciário também está fadado a situações de erro além de circunstâncias supervenientes que extingam a punibilidade do réu, e assim, lhe causem injustiça e danos irreparáveis. Cita como exemplo, um réu que é condenado em primeira instância. Este apela em tribunal de segundo grau que demora de 5 a 6 anos para o pronunciamento final do recurso. Na decisão do órgão colegiado, confirma a sentença proferida em primeiro grau. Ocorre que o acordão que confirma a sentença não interrompe o prazo prescricional e desta forma, se a parte interpor um recurso especial ao STJ, poderá acarretar a prescrição do crime e assim, o réu estaria cumprindo uma pena provisória de um crime já prescrito bem como extinta sua punibilidade.

⁹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS-IBCCRIM 25. **Boletim IBCRIM** Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5897-STF-execucao-provisoria-da-pena-e-suas-razoes-subjacentes>. Acesso em: 8 fev. 2018.

⁹⁵ LOPES JUNIOR, 2017, p. 1084.

O defensor, menciona outro caso hipotético, em que o indivíduo é condenado em primeira instância e sua pena privativa de liberdade não é substituída por uma restritiva de direitos. O condenado apela, e a decisão em segunda instância se mantém em privativa de liberdade, uma vez que a pena cominada é superior a 5 anos, logo esta será executada imediatamente. No entanto, preso recorre ao STJ, e lá sua pena é diminuída para 3 anos e 10 meses por exemplo, e o tribunal aplica uma substituição da pena privativa de liberdade para uma restritiva de direitos. Desta maneira, a PRD estaria sendo aplicada a um condenado que se encontraria já preso, cumprindo uma pena privativa de liberdade inexistente.

O professor, com base em sua experiência profissional jurídica, ainda mostra a possibilidade de uma outra situação, em que o judiciário realiza uma decisão nula e fadada a um equívoco, na qual o réu é absolvido sumariamente, e o órgão acusador recorre, e o tribunal julga o mérito e condena o acusado. Como esta decisão foi proferida em segundo grau, o tribunal poderia solicitar a execução imediata deste indivíduo. Observa-se que o correto seria o tribunal remeter o processo novamente para a primeira instância, para que possa ocorrer a instrução e julgamento. No entanto, diante de um erro do judiciário (que é plenamente possível), o réu estaria cumprindo pena de uma decisão nula e apenas julgada por uma instância judiciária, sem o direito de reexame de matéria fática e probatória.⁹⁶

O ministro Barroso, como já demonstrado no item acima, em seu voto suscita que a execução provisória da pena se sustenta com base na demora excessiva dos julgamentos de recurso de natureza extraordinária, bem como um combate à impunidade, e que assim, a sociedade voltaria a acreditar na justiça brasileira. No entanto, o brilhante advogado criminalista, citado por várias vezes nesse trabalho de pesquisa, rechaça este entendimento. Assegura:

Primeiro (em apertadíssima síntese), o papel do STF não é de corresponder às expectativas sociais criadas (se fosse assim, teria de admitir a tortura para obter confissão, a pena de morte, a pena perpétua e outras atrocidades do estilo, de forte apelo popular, mas constitucionalmente impensáveis), mas sim de corresponder às expectativas jurídico-constitucionais, ou seja, atuar como guardião da CF e da eficácia dos direitos fundamentais, ainda que tenha que decidir de forma contramajoritária. Um dos primeiros deveres do STF é o de dizer 'não' ao vilipêndio de garantias constitucionais, ainda que essa decisão

⁹⁶ SANCHES, Rogério; HABIB, Gabriel. **DEBATE INÉDITO - Rogério Sanches x Gabriel Habib: Execução provisória da pena COMPLETO.** (vídeo) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=41elDozw-Ec>>. Acesso em: 8 out. 2018.

seja completamente contrária à maioria. Segundo ponto é que o argumento da (de)mora jurisdicional é falacioso. Efetivamente existe um excesso de demanda da jurisdição do STJ (o que representa um sintoma e mau funcionamento das jurisdições de primeiro e segundo graus) e uma atrofia da estrutura desse tribunal superior, que não dá conta de atender um país de dimensões continentais como o nosso. Essa é a causa da demora das decisões, que não será resolvida com a limitação da presunção de inocência imposta pelo STF. Os recursos especiais continuarão a demorar para serem julgados, pois a causa efetiva não foi atacada. A diferença é que agora teremos demora com prisão... E se, ao final, o REsp for provido e reduza a pena, alterado o regime de cumprimento, anulada a decisão, etc., o tempo indevidamente apropriado pelo Estado com essa prisão precoce e desnecessária, não será restituído jamais. Quem vai devolver o tempo de prisão indevidamente imposto?⁹⁷

No tocante ao número excessivo de recursos aguardando o exercício da jurisdição no STJ, insta salientar que uma considerada parcela de decisões proferidas em tribunais de segundo grau é modificada em recurso especial ou em sede do remédio constitucional Habeas Corpus. Como o Brasil é um território de extensão continental, conforme a infração penal e o lugar em que ela ocorre, mais de 60% das decisões podem ser modificadas, e desta maneira, poderia acarretar em cumprimento de pena privativa de liberdade que posteriormente deixaria de existir pela reforma da decisão pelo STJ.⁹⁸

Entrando em outra perspectiva contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal, observa-se que com a apreciação do HC nº 126.192/SP, ao modificar seu entendimento, o julgamento do remédio constitucional se restringiu tão somente à reprimida pena privativa de liberdade. Desse modo, não considerou-se possível a execução provisoriamente da pena restritiva de direitos.⁹⁹ A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou este entendimento no ano de 2017, com base na interpretação do artigo 147 da Lei de Execuções penais, no qual expõe:

Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público,

⁹⁷ LOPES JUNIOR, 2017, p. 1085.

⁹⁸ BOTTINO, Thiago. Vanguarda iluminista ou cruzada moralista. Manchete - STF deve rever a prisão após condenação em segunda instância? **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno Tendências/Debates, p. A3, 3 fev. 2018.

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Execução provisória é inaplicável à pena restritiva de direitos. **STJ**, 3 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-%C3%A9-inaplic%C3%A1vel-%C3%A0-pena-restritiva-de-direitos>. Acesso em: 9 fev. 2018.

promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.¹⁰⁰

O ministro relator aduz que esse dispositivo em nenhum momento foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal federal, e desta forma, executando uma pena restritiva de direitos provisoriamente estaria violando a Constituição Federal bem como a Lei de execuções penais.¹⁰¹

Nesse mesmo sentido, o ministro Eros grau em seu voto proferido no HC nº 84.078/MG, já explanava essa perspectiva como sendo uma das situações que tornariam inconstitucionais a execução antecipada da pena. Em seu voto expunha:

[...] No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado.

[...] Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade - indubitavelmente mais grave - enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.¹⁰²

Incorporando em síntese, todos os principais fundamentos e questões explanados nesse item do trabalho de pesquisa, em que foram abordados os aspectos desfavoráveis da execução antecipada da pena, conforme o pensamento do juiz de direito André Nicollit, é possível a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal e no exercício do poder soberano, decidiu permitir a execução antecipada da pena, dando uma nova interpretação do conceito de

¹⁰⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 9 fev. 2018.

¹⁰¹ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO Pena restritiva de direitos não admite execução provisória, diz 5ª Turma do STJ. **Revista Conjur.**, 18 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/pena-restritiva-direitos-nao-admite-execucao-provisoria-stj>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG. Voto Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09 de abril de 2008. **Lex:** jurisprudência do STF, Minas Gerais, 09 abr. 2008 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

presunção de inocência previsto na magna carta, bem como pelas razões de haver muita prescrição e impunidade no judiciário brasileiro.

De acordo com o juiz, o que está por trás dessa decisão polêmica é a incapacidade de os tribunais superiores julgarem recursos em um tempo hábil. Desta forma, se têm a violação do princípio da presunção de inocência, com o intuito de inibir a deficiência do estado em exercer corretamente e em tempo razoável o seu “jus puniendi”. No entanto, passa por cima de garantias e direitos fundamentais adquiridos de todo cidadão, reconhecidos e expressos na Carta Magna.¹⁰³

Nesse mesmo prisma, Thiago Bottino, doutor em direito constitucional e professor da FGV, ilustra que o Supremo Tribunal Federal, ao permitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade, interpretou a Constituição de maneira diversa e restritiva em relação aos direitos fundamentais adquiridos do indivíduo, julgando esse HC com base na moral individual de cada um, desvirtuando-se da função do Supremo Tribunal Federal, que é aplicando suas opiniões morais acima da lei hierarquicamente superior.¹⁰⁴

No mesmo vértice, o ministro Eros Grau traz uma comparação do princípio da presunção de inocência com o princípio da ampla defesa, ambos de caráter fundamentais, previstos expressamente na Constituição Federal, e ilustra que se um deve ser exercido em todos os graus de jurisdição, por ser uma garantia individual do cidadão, o outro terá a mesma característica. Em suas palavras:

A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que Não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. 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.¹⁰⁵

Observado em uma análise crítica, os principais aspectos suscitados por parte da doutrina e jurisprudência acerca dos pontos contrários à execução provisória da

¹⁰³ ABCCRIM, 2018.

¹⁰⁴ BOTTINO, 2018, p. A3.

¹⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG. Voto Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09 de abril de 2008. **Lex:** jurisprudência do STF, Minas Gerais, 09 abr. 2008 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>, Acesso em: 9 fev. 2018.

pena nesta segunda parte do capítulo 3 (três), vislumbra-se fundamentos e exposições jurídicas de altíssima magnitude, enfrentando e divergindo da decisão impactante e histórica do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP.

Desta forma, nota-se que uma alta parcela, senão a maioria dos operadores do direito, são contrários à execução provisória da pena, justificando esse posicionalmente principalmente em razão da proteção à Constituição Federal e as garantias fundamentais do cidadão. Observa-se que o julgamento deste Habeas Corpus ainda é muito debatido no mundo jurídico, e diante do caráter de decisão não vinculante (decisão apenas possui efeito interpartes) do remédio constitucional, conclui-se que o assunto ainda não é pacífico e encerrado na realidade jurisdicional, uma vez que determinados ministros do Supremo Tribunal Federal não seguem a orientação jurisprudencial evidenciada nesse julgamento do HC que passou a admitir a execução provisória da pena.

No próximo capítulo, será abordado toda a construção jurisprudencial obtida das decisões proferidas pelas cortes superiores nos recursos de caráter extraordinário acerca do tema, apontando todo o histórico da execução provisória da pena nos tribunais, bem como esse instituto foi apreciado na atividade jurisdicional brasileira até se atingir o entendimento dos dias atuais.

4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Conforme ilustrado até o presente momento, fora abordado todo o contexto histórico que originou o princípio da presunção de inocência, bem como retratado o conceito da execução provisória da pena e todos os desdobramentos em relação aos seus aspectos favoráveis e desfavoráveis. Com base nesses elementos apresentados, cabe a partir desse momento, ser objeto de pesquisa, a evolução jurisprudencial construída no Brasil acerca da execução antecipada da pena, para que, após este capítulo, realizar a conclusão final se esse instituto viola ou não o princípio constitucional da presunção de inocência.

A execução antecipada de pena privativa de liberdade, passou por uma série de oscilações no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, já na vigência da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de execução provisória penal, como marco histórico brasileiro, sempre foi a orientação das cortes superiores brasileiras, tendo o entendimento que a aplicação e execução dessa “espécie” de pena, em nada violaria o princípio de presunção de inocência elencado no artigo 5º da Constituição Federal.¹⁰⁶

Os fundamentos que amparavam este entendimento, em primeiro momento, se sustentavam com base no artigo 27 § 2º da Lei nº 8.038 (revogado pela Lei nº 13.105, de 16/03/2015), no qual dispunha: “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.¹⁰⁷

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado acerca do tema, conforme decisão a seguir:

Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos

¹⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Habeas Corpus nº 126.192/SP. Voto ministro: ZAVASCKI, Teori. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, Acesso em: 03 mar 2018.

¹⁰⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 8.038, 1990.

extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.¹⁰⁸

Nessa acepção, o Supremo Tribunal Federal, em busca de justificar a execução provisória da pena privativa de liberdade, também utilizava como base de fundamentação, a redação do artigo 594 do código de processo penal (revogado pela Lei nº 11.719/2008)¹⁰⁹, a qual estabelecia: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.¹¹⁰

Desta forma, as cortes superiores, se manifestavam claramente a favor da vigência do artigo 594 do CPP, conforme ementa do acórdão:

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Réu condenado pelo Tribunal do Júri. Decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça. Determinação no sentido de expedição de mandado de prisão contra o réu. Presunção de não culpabilidade. C.F., art.5º, LVII. CPP, art. 594.

I- O direito de recorrer em liberdade refere-se apenas à apelação criminal, não abrangendo os recursos extraordinário e especial que não tem efeito suspensivo.

II- A presunção de não-culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória C.F., art.5º, LVII, não revogou o art. 594 do CPP.

III- Precedentes do STF.IV. H.C. indeferido. Unânime.¹¹¹

Evidenciavam, ainda, o teor da Súmula 716 e 717:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 68.726/DF. Relator: Min. NÉRI da Silveira. **Lex:** jurisprudência do STJ, 24 set. 1991.

¹⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Relator: ZAVASCKI, Teori. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

¹¹⁰ BRASIL, loc. cit.

¹¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 72.741/RS, da 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 1 de setembro de 1995. **Lex:** jurisprudência do STJ, Rio Grande do Sul, p. 35-259, 20 out. 1995.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.¹¹²

De acordo com Rangel, seu posicionamento a respeito deste tema sumulado pelo STF, era de que:

[...] a natureza jurídica da prisão, em decorrência da sentença penal condenatória recorrível, é de que uma execução provisória da pena, sem que isto resulte em afronta a qualquer dispositivo constitucional, razão pela qual entendemos que não deve ser estudada dentro das prisões cautelares, e sim, como uma forma de execução provisória da pena. Hoje a questão está sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, depois de um longo e tenebroso inverno em que a doutrina e jurisprudência pátrias negavam tal entendimento.¹¹³

Para o jurista Fernando Capez, todos estes fundamentos demonstrados anteriormente, que sustentavam a validade da execução antecipada da pena antes da mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em 2009, foram reforçados e reiterados com a emenda constitucional 45/2004.

De acordo com o Capez, neste marco jurídico, passou a exigir-se como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que a matéria tivesse repercussão geral, sendo necessário que o recorrente demonstre a repercussão ampla de seu recurso, em caráter social, econômico e político. Desta forma, demonstra-se que o recurso de via extraordinária, passa a transcender o interesse individual do recorrente, evidenciando que a repercussão geral do recurso se torna mais importante que a própria conveniência subjetiva do indivíduo que está recorrendo. Isto posto, perante análise do Supremo Tribunal Federal do recurso, teria o condão tal somente de assegurar a Constituição Federal, bem como tenha essa repercussão Erga Omnes.¹¹⁴

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº701. No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo. In:___ **Súmulas 701 a 736**. Brasília Supremo Tribunal Federal 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 4 mar. 2018.

¹¹³ RANGEL, 2005, p. 659.

¹¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Presunção de inocência e prisão antes do trânsito em julgado**. (vídeo). 15 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ovRrY6avN2k>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

Ocorre que no ano de 2009, com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, houve uma alteração no posicionamento jurisprudencial das cortes superiores, uma vez que foi declarada a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, firmando o entendimento de que a o princípio constitucional da presunção de inocência, estaria em dissonância com a execução de sentença anterior ao trânsito em julgado de uma condenação.¹¹⁵

Na dicção de Lopes Junior, a respeito do principal fundamento que legitimava a execução antecipada da pena, que era em relação a ausência do efeito suspensivo dos recursos de via extraordinária, bem como no tocante à mudança do entendimento jurisprudencial ocorrida em 2009 pelo STF, expunha:

[...] Ambos os recursos possuem efeito reiterativo ou devolutivo propriamente dito, eis que devolvem o conhecimento da matéria para um tribunal ad quem, superior àquele que proferiu a decisão. Contudo, tais recursos não possuem 'efeito suspensivo', o que levou – por equivocado tratamento da matéria na esfera pena, - a que durante décadas houvesse uma ilegal e absurda 'prisão cautelar automática' ou igualmente ilegal, execução antecipada da pena, em flagrante violação com a presunção de inocência. Em 2009, o STF corrige essa distorção e reconhece a inconstitucionalidade da 'execução antecipada da pena' no HC 94.408, Relator Min. Eros Grau, julgado em 10/02/2009, e também no HC 95.059/2009. Com isso, reafirmou-se a presunção de inocência e a regra do direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado, exceto se houvesse periculum libertatis e fosse decretada a prisão preventiva.¹¹⁶

No julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, o ministro Eros Grau assegurou em seu voto, que a execução de sentença condenatória penal anterior ao trânsito em julgado, somente seria possível se fosse de caráter cautelar, demonstrando a importância do princípio de presunção de inocência, que em caráter constitucional, se sobrepunha de maneira temporal e material ao disposto do artigo 637 do CPP¹¹⁷, o qual reza: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e

¹¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Relator: ZAVASCKI, Teori. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, 2017, p. 1082.

¹¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Voto Relator. GRAU, Eros. Julgado em 09 de abril de 2008 **Lex:** jurisprudência do STF, Minas Gerais, 09 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”¹¹⁸

Na ementa do julgamento proferido, dispunha os fundamentos do ministro para declarar inconstitucional à execução antecipada da pena:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.¹¹⁹

Com o julgamento deste remédio constitucional proferido no ano de 2009, foi entendido pela corte suprema, por tanto, que a execução penal privativa de liberdade antes do trânsito em julgado seria incompatível com o princípio constitucional de presunção de inocência. A jurisprudência reconheceu que a única prisão possível antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, seria apenas a de título cautelar e o indivíduo fosse preso preventivamente.

Observa-se que, esta orientação jurisprudencial, à luz do artigo 5º, inciso LVII, permaneceu pacificada até o ano de 2016, oportunidade em que o STF, em julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/2016, alterou radicalmente a jurisprudência que parecia já se encontrar consolidada nos tribunais de nosso país. Por 7 votos a 4, voltou a vigorar o entendimento que prevalecia até o ano de 2009, acerca da possibilidade da execução da pena anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹²⁰

De acordo com a ementa do acórdão proferido, legítima é a execução penal antecipada proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial e

¹¹⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 4 mar. 2018.

¹¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG. Voto Relator. GRAU Eros. Julgado em 09 de abril de 2008. **Lex**: jurisprudência do STF, Minas Gerais, 09 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

¹²⁰ PACELLI, 2017, p. 610.

extraordinário, não violando desta forma o princípio constitucional de presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Votaram em prol contrários a esta decisão, os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.¹²¹

No pensamento do jurista Fernando Capez, o que justificou o novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento do HC 126.292/2016, em síntese, foi a análise da execução antecipada da pena com base no direito/processo penal constitucional. Nessa perspectiva, Capez aduzia a relevância dos princípios elencados na constituição federal, definindo que estes são um comando de otimização, sendo uma diretriz para atingir determinada finalidade.

Dessa forma, alegava que o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, como já exposto acima acerca da definição doutrinária de princípio, seria um comando para se atingir determinada finalidade, a qual seria a de inversão do ônus da prova do processo penal ao órgão acusador, bem como não poderá ser confundida na mesma pessoa, o órgão acusador do órgão julgador, devendo ser obedecidas o princípio do promotor e juiz natural. Ademais, o julgamento do indivíduo deveria respeitar às regras previamente estabelecidas, não sendo admitidas provas ilícitas, a garantia da ampla defesa e contraditório, publicidade do processo, etc. Por tanto, o princípio da não culpabilidade seria um comando/determinação, que exige uma série de regras no processo penal.

Contudo, o jurista aduzia que como todo princípio, este também não tem um caráter absoluto, por mais que esteja previsto na Constituição Federal. Citou o professor Canotilho, afirmando que os princípios constitucionais devem ser vistos como um conjunto, devendo ser harmonizados entre si, uma vez que quando existe um conflito entre vários princípios, estes devem ser valorados e analisados de maneira concomitante, para que todos possam ser aplicados devidamente na esfera do processo penal.

Em relação à execução antecipada da pena, indaga que ocorreu um conflito entre dois princípios, o da presunção de inocência e o da efetividade do processo. Desta forma, afirma que o dois devem ser harmonizados, buscando-se um mecanismo

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Relator: ZAVASCKI, Teori. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex**: jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

para que um não elimine o outro. De acordo com o jurista, essa harmonização seria verificada através da aplicação do princípio da proporcionalidade, que ao mesmo tempo que o estado protege determinados direitos fundamentais, como o da presunção de inocência, tem o dever de assegurar a eficiência dos valores fundamentais que ele consagra, como o direito à vida, patrimônio, moralidade pública, etc.¹²²

Somados estes fundamentos expostos por Capez, com os arguidos e suscitados no item 3.2 deste trabalho, que abrangeu os votos dos ministros desse Habeas Corpus, o Supremo Tribunal Federal alterou sua orientação jurisprudencial, e passou novamente a admitir a execução provisória da pena.

De acordo com crítico processualista penal, Lopes Junior, em relação ao novo posicionamento adotado pelo STF:

[...] tal decisão gerou uma imensa polêmica no mundo jurídico e, inclusive, internamente, pois a seguir, em outros casos, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski concederam Habeas Corpus para assegurar o direito de recorrer em liberdade, reafirmando o postulado da presunção de inocência e ainda o caráter não vinculante da decisão proferida no HC 126.292. Isso demonstra uma oscilação por parte do STF acerca do tema.
[...] Em que pese a decisão do STF não ter caráter vinculante e tampouco eficácia erga omnes, ela tem sido amplamente invocada pelos tribunais de segundo grau para decretação da prisão dos acusados, ainda que pendente recurso especial e extraordinário.¹²³

No entanto, ocorre que no dia 5/10/2016, por 6 votos a 5, o STF ratificou o seu posicionamento acerca do tema, dando o caráter de decisão vinculante em razão do julgamento posterior das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43 e 44), dando o efeito erga omnes à decisão do Supremo Tribunal Federal.¹²⁴ A título de diligência, concluiu-se com o julgamento das ADCs:

Por todo o exposto, voto no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para, em juízo de cognição sumária, se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a

¹²² CAPEZ, 2016 (vídeo).

¹²³ LOPES JUNIOR, 2017, p. 1084.

¹²⁴ GOMES, Flavio. STF admite execução provisória da pena após dois graus de jurisdição. Questões controvertidas. Afeta a Lava Jato. (blog) 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisdicao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, indefiro os pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica. Afirmo, assim, a seguinte tese de julgamento: “É legítima a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e ante do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, devendo-se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal, para excluir interpretação diversa.”¹²⁵

A vasta disso, a partir dessa decisão, a regra no tocante a execução provisória da pena, passou a ser aplicada por juízes em todos os tribunais do país, sendo este o entendimento consolidado e aplicados por todos os tribunais superiores que emerge até os dias atuais.

Tal situação é comprovada pela recente manifestação do Ministro Alexandre de Moraes acerca do tema, que reafirmou ser a favor da execução provisória da pena no julgamento do envolvendo o parlamentar João Rodrigues do PSD-SC, que foi condenado pela Justiça Federal a cinco anos e três meses.¹²⁶

Tendo em vista todo o exposto trazido neste capítulo, fora demonstrada toda a construção jurisprudencial obtida nos tribunais superiores acerca da execução provisória da pena, bem como evidenciando, em síntese, os principais aspectos que ensejaram toda essa mudança e oscilação da jurisprudência brasileira em relação ao tema, que se mantém até hoje como entendimento jurisprudencial.

¹²⁵ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44**. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹²⁶ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Moraes reafirma ser a favor da prisão após condenação em segunda instância. **Revista Conjur**, 6 fev. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/alexandre-moraes-reafirma-favor-prisao-antecipada>>, disponível em 10 de março de 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto durante todos os capítulos anteriores e durante todo o trabalho de pesquisa, vislumbra-se que a execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, embora tenha um entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal federal, ainda é um tema muito discutido e possui muitas controvérsias no prisma jurídico. Nota-se que, com base em todas suas oscilações jurisprudenciais, ainda levam o Supremo a tomar um novo posicionamento acerca do tema, com base na peculiar realidade jurídica e política que o país enfrenta.

Viu-se que o princípio constitucional da presunção de inocência, elencado no artigo 5º inciso LVII, teve sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, com base na transição de um sistema processual penal inquisitório (onde o indivíduo sofria seriamente as consequências do poder punitivo e arbitrário de um estado com traços fascistas) para um sistema processual penal acusatório (em que o indivíduo passa a ter reconhecimento de seus direitos e garantias fundamentais no principal diploma legal de um estado democrático de direito, garantindo desta forma a limitação ao poder estatal).

Com base nesses preceitos, conclui-se por tanto, que a presunção de inocência é considerada uma conquista de um estado democrático de direito, bem como uma um triunfo individual de todo cidadão, princípio este, presente nos textos constitucionais pactuados por diversos países, tendo como marco inicial no contexto mundial, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Partindo de uma interpretação literal da Constituição Federal de 1988, verifica-se notoriamente que a Carta Magna fez a sua escolha do momento em que a presunção de inocência é quebrada, somente após condenação penal transitada em julgado. Embora o Supremo Tribunal Federal, antes do ano de 2009, autorizasse a execução provisória da pena, essa inconstitucionalidade foi corrigida com o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, notando-se que o código de processo penal passou por uma série de modificações, a fim de garantir que a lei infraconstitucional esteja em compatibilidade com a lei hierarquicamente superior.

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no ano de 2016, que mudou todo o seu entendimento que já havia se consolidado a 6 anos, seja amplamente fundamentada e ter um longo raciocínio construído, precisa ser analisada

com muita ponderação. A legitimidade da execução provisória da pena realizada com o julgamento do Habeas Corpus nº 126.192 e das ADC's 43 e 44, centrou em uma análise principiológica da Carta Magna, partindo do pressuposto que a presunção de inocência é um princípio jurídico não absoluto, que na discussão do tema em questão, entra em confronto com outro princípio, o da efetividade da lei processual penal. Levando em consideração as regras de hermenêutica jurídica, sempre quando houver conflito entre princípios, buscará a compatibilização desses, para que todos possam ser aplicados em conjunto. Outros fundamentos ainda suscitados pelos ministros, foi o do caráter extraordinário dos recursos que estão disponíveis para a parte após a decisão condenatória em 2º grau, que não analisará mais fatos e provas; a ideia do direito comparado ; a ausência do efeito suspensivo dos recursos de natureza extraordinária e por fim, a mutação constitucional, que parte do princípio que o texto constitucional deve ser analisado e interpretado de acordo com as modificações no que tange à realidade social de uma nação.

Ocorre que, como já visto anteriormente, como todo direito e garantia individual do cidadão, com traços fundamentais e imprescindíveis a toda pessoa, devem ser vistos como uma proteção ao sujeito de direito, e não como um instrumento para poder prejudica-lo. O fato do STF dar uma interpretação extensiva ao princípio constitucional da presunção de inocência que é expressamente previsto na magna carta, faz com que o indivíduo, que deveria ser protegido pela principal lei do ordenamento jurídico brasileiro, seja fortemente lesado em seus direitos e garantias individuais. Nesse ponto, o STF estaria em descompasso com a sua principal atribuição, que é assegurar a Constituição Federal, ser o guardião dela.

Ao passar a autorizar a execução provisória da pena e relativizar desta forma o princípio da presunção de inocência, o STF não está apenas violando expressamente esse princípio elencado na constituição, mas também negando a própria forma de Estado que o Brasil adota, que é a separação dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário, notando-se que para atender às exigências e expectativas sociais, ao relativizar desta maneira o princípio, claramente está invadindo a esfera do poder legislativo e dando interpretação diversa do que a lei expressamente traz.

Por tanto, conclui-se que a execução provisória da pena, viola expressamente o princípio constitucional da presunção de inocência. Seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, para que seja realizável essa forma de interpretação do

dispositivo elencado no artigo 5º inciso LVII, somente seria possível, se houvesse uma proposta de emenda constitucional que alterasse a sua previsão, retirando o trânsito em julgado como requisito essencial para considerar alguém culpado, bem como que houvesse a declaração de inconstitucionalidade do artigo 637 do código de processo penal, que estabelece claramente que as únicas modalidades de prisão no Brasil são: prisão em flagrante delito, preventiva ou temporária (caráter cautelar) e a de em decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgada, por tanto , em momento algum existe o termo “prisão pena decorrente de decisão proferida após decisão em grau de apelação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Stéphanie Almeida. Execução provisória da pena: a nova decisão do STF no HC 126.292. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 11 jul. 2017. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,execucao-provisoria-da-pena-a-nova-decisao-do-stf-no-hc-126292,589445.html>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. São Paulo: Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

BOTTINO, Thiago. Vanguarda iluminista ou cruzada moralista. Manchete - STF deve rever a prisão após condenação em segunda instância? **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno Tendências/Debates, p. A3, 3 fev. 2018.

BRANCO, Sérgio Zoghbi Castelo. Crime do colarinho branco. **Jusbrasil**, 26 set. 2013. Disponível em: <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111908115/crime-do-colarinho-branco>>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 2 set. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 4 mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 9 fev. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 7 fev. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Súmula 267**. Conteúdo jurídico. Brasília-DF: 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-267,2650.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº701. No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo. In:____ **Súmulas** 701 a 736. Brasília Supremo Tribunal Federal 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 04 mar. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. In: _____. **Súmulas**. Brasília Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 68.726/DF. Relator: Min. NÉRI da Silveira. **Lex:** jurisprudência do STJ, 24 set. 1991.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 72.741/RS, da 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 1 de setembro de 1995. **Lex:** jurisprudência do STJ, Rio Grande do Sul, p. 35-259, 20 out. 1995.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG. Voto Relator: GRAU, Eros. Julgado em 09 de abril de 2008. **Lex:** jurisprudência do STF, Minas Gerais, 09 abr. 2008 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Ministro: BARROSO, Luís Roberto. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 Out. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Ministro: CARMEN, Lucia. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 Out 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº126.192/SP. Voto Ministro: DE MELLO, Celso. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Ministro: FUX, Luiz. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. Acórdão do *Habeas Corpus* nº 126.192/SP. Voto Relator: ZAVASCKI, Teori. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. **Lex:** jurisprudência do STF, São Paulo 17 fev. 2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Presunção de inocência e prisão antes do trânsito em julgado**. (vídeo). 15 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ovRrY6avN2k>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória. In: **Revista dos Tribunais**, v. 70, p. 269-290, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flavio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: **Revista dos Tribunais**, v. 729, p. 377, 1996.

_____. **STF admite execução provisória da pena após dois graus de jurisdição**. Questões controvertidas. Afeta a Lava Jato. (blog) 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-admite-execucao-provisoria-da-pena-apos-dois-graus-de-jurisdicao-questoes-controvertidas-afeta-lava-jato/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS-IBCCRIM 25. **Boletim IBCRIM** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5897-STF-execucao-provisoria-da-pena-e-suas-razoes-subjacentes>. Acesso em: 8 fev. 2018.

LIMA, Jair Antonio Silva de. A presunção de inocência: conteúdo histórico e relativismo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 31 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-conteudo-historico-e-relativismo,48306.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAGLIONI, Bruna Peluffo. A seletividade do sistema penal brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10909>. Acesso em: 23 out. 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de. Levando os argumentos a sério: a presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal. In: **Revista dos Tribunais**, v. 132, p.169-190, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais da área criminal**. Barueri, São Paulo: Manole, 2014.

NIKITENKO, Viviani Gianine. Aspectos do princípio da presunção de inocência e do princípio in dubio pro reo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1079, 15 jun. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8513/aspectos-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-do-principio-in-dubio-pro-reo>>. Acesso em: 2 out. 2017.

NUCCI, Guilherme 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. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REVISTA CONSULTOR JURIDICO. Execução de pena após condenação em segunda instância não é automática. **Revista Conjur.**, 27 fev. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-27/execucao-pena-condenacao-instancia-nao-automatica>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

_____. Pena restritiva de direitos não admite execução provisória, diz 5ª Turma do STJ. **Revista Conjur.**, 18 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/pena-restritiva-direitos-nao-admite-execucao-provisoria-stj>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Moraes reafirma ser a favor da prisão após condenação em segunda instância. **Revista Conjur**, 6 fev. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/alexandre-moraes-reafirma-favor-prisao-antecipada>>, disponível em 10 de março de 2018.

_____. **Ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44**. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ROIG, Rodrigo Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANCHES, Rogério. **STF – ADCs 43 e 44: execução penal Provisória**. (vídeo). 5 out. 2016. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=dfO4VExr5e8>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

SANCHES, Rogério; HABIB, Gabriel. **DEBATE INÉDITO - Rogério Sanches x Gabriel Habib: execução provisória da pena COMPLETO**. (vídeo) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=41eIDozw-Ec>>. Acesso em: 8 out. 2018.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANT'ANNA, Giselle Maria Santos Pombal. Breve análise dos sistemas processuais penais. **Revista Prolegis**, 18 maio 2008. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/breve-an%C3%A1lise-dos-sistemas-processuais-penais/>>. Acesso em: 2 set. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jus sperniandi: quando o inconformismo natural se torna abuso do direito de recorrer. **Jusbrasil**, 26 jan. 2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112358771/jus-sperniandi-quando-o-inconformismo-natural-se-torna-abuso-do-direito-de-recorrer>>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Execução provisória é inaplicável à pena restritiva de direitos. **STJ**, 3 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Execu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-%C3%A9-inaplic%C3%A1vel-%C3%A0-pena-restritiva-de-direitos>. Acesso em: 9 fev. 2018.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Americana de direitos humanos (1969)**: pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 13 out. 2017.

UNICEF BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 7 set. 2017.