

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Laura Duarte Autran de Gusmão

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA

Rio de Janeiro

2017

Laura Duarte Autran de Gusmão

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes – Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador: Fernando Moreira Reis

Rio de Janeiro

2017

Laura Duarte Autran de Gusmão

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes – Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nota ()

Prof. Dr. Fernando Moreira Reis – Orientador

Prof^a. Dr^a Gisele Alves Bonatti – Avaliadora

Prof. Dr. Hélio Borges – Avaliador

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou o Princípio da Presunção de Inocência na Constituição Federal, através do art. 5º, LVII, o qual determina que, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém poderá ser considerado culpado. A partir desse mandamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal, por mais de 10 anos, considerou inconstitucional a aplicação antecipada da pena. Entretanto, em decisão de fevereiro de 2016, a Suprema Corte, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, declarou que a execução provisória da pena não se apresenta incompatível com o Princípio da Presunção de Inocência. O presente trabalho discute o alcance deste princípio e as razões pelas quais houve a mudança jurisprudencial pelo STF.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução. Provisória. Trânsito em Julgado. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Brazilian legal system enshrined the Principle of Presumption of Innocence in the Federal Constitution, through art. 5, LVII, which establishes that, before the final sentence of the conviction is passed, no one can be found guilty. From this constitutional mandate, the Federal Supreme Court, for more than 10 years, considered unconstitutional the application of the penalty. However, in a decision of February 2016, the Supreme Court, in the judgment of Habeas Corpus nº 126.292 / SP, declared that the provisional execution of the sentence is not incompatible with the Principle of Presumption of Innocence. The present paper discusses the scope of this principle and the reasons why the jurisprudential change by the STF.

Keywords: Presumption of innocence. Execution. Provisional. Transit in Judgment. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	3
2.1	Antecedentes históricos.....	5
2.2	A presunção de inocência no direito comparado.....	9
3	A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	12
3.1	Análise das disposições do código de processo penal e da lei de execução penal.....	13
3.2	Recursos nos tribunais superiores e seus efeitos no processo penal.....	18
3.2.1	Recurso especial e extraordinário.....	19
4	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA.....	23
5	CONCLUSÃO.....	35
6	REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalidade do instituto da execução provisória da pena sempre foi discutida ao longo dos anos, o que deu ensejo a grande oscilação da jurisprudência dos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que ora entendeu pela impossibilidade de aplicação da execução da pena quando pendente o trânsito em julgado, ora concluiu pela viabilidade da execução provisória após a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância.

Toda a controvérsia referente à execução provisória da pena tem estreita relação com a garantia da Presunção de Inocência e, especificamente, com o limite temporal da sua aplicação na persecução penal. A referida garantia é encontrada em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos e foi positivada expressamente no ordenamento jurídico brasileiro com a superveniência da Constituição de 1988, que inaugurou o período de redemocratização e previu em seu art. 5, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nessa linha, a pesquisa objetiva a análise da compatibilidade do instituto da execução provisória da pena com o ordenamento constitucional brasileiro, à luz do Princípio da Presunção de Inocência. Para tanto, no primeiro capítulo, faz-se necessário o estudo do princípio da presunção de inocência, de seus antecedentes históricos e sua aplicabilidade nas ordens jurídicas diversas.

No segundo capítulo, adentrar-se-á no instituto da execução provisória da pena a partir dos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo penal e da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). Neste mesmo capítulo, serão abordadas as noções gerais dos Recursos Especial e Extraordinário, os seus pressupostos, efeitos, a impossibilidade de discussão de matéria fático-probatória no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e, ainda, o conceito de trânsito em julgado.

Por fim, será abordada a evolução histórica jurisprudencial acerca da viabilidade da aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, até a recente decisão de fevereiro de 2016, proferida no Habeas Corpus nº 126.292/SP, na qual a Suprema Corte concluiu pela possibilidade da execução provisória da pena. Além disso, será feita a análise dos principais argumentos

utilizados pelos Ministros para a adoção do novo posicionamento, assim como o reflexo da decisão do Plenário nos Tribunais Estaduais.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, previsto nos diplomas internacionais e na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5, LVII, constitui uma garantia individual na qual assegura ao indiciado ou réu o direito de ser tratado como se inocente fosse no curso da persecução penal.

Trata-se de um princípio de relevância em nosso ordenamento jurídico, vez que, conforme mencionado, encontra-se inculcado em nossa Carta Maior e, em tese, deve ser observado por todas as demais leis posteriores e, principalmente, pelos magistrados no desenrolar do processo penal.

Segundo BADARÓ¹, a presunção de inocência é responsável por assegurar ao indivíduo um prévio estado de inocência, que poderá ser afastado tão somente se existir prova inequívoca do cometimento de um delito.

Em outras palavras, o princípio da presunção de inocência impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal².

No que tange à possibilidade de o indivíduo dispor sobre a garantia da presunção de não culpabilidade, NUCCI³ afirma que a inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88).

A doutrina preleciona que o referido princípio também deve ser utilizado pelos Magistrados como técnica jurídica em diversos momentos da ação penal. Isso se deve ao fato de que, ao ser proferida uma sentença penal condenatória, faz-se necessário provar a real culpa do acusado, tornando-se, portanto, uma regra de julgamento, ou seja, na falta de prova substancial de autoria e materialidade delitiva, a inocência do

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 480.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 334.

acusado é medida que se impõe. Nessa linha, BADARÓ⁴ afirma que o princípio da presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.

Outra técnica jurídica que advém do direito fundamental da presunção de inocência é a regra de tratamento do acusado. Essa regra consiste na impossibilidade de o acusado ser equiparado ao culpado. Desse modo, como consequência, o réu somente poderá ter a sua liberdade restringida em situações excepcionais, como, por exemplo, nas prisões cautelares, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Esse dever de tratamento não deve ser observado apenas no interior do processo penal, mas também externamente, de modo a impedir a estigmatização do réu, bem como a espetacularização do crime e do processo penal pelos meios de comunicação.

É imperioso destacar uma distinção de origem doutrinária que diferencia as expressões “presunção de inocência” e “estado de não culpabilidade”. Diversamente da Constituição Federal, os diplomas internacionais, em sua grande maioria, utilizam da expressão “presunção de inocência”, o que, para parte da doutrina, significou que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVII não adotou o Princípio da presunção de inocência, na medida em que não fez menção à expressão “presunção de inocência”. Para esta corrente, o preceito contido na Carta magna chama-se presunção de não culpabilidade.

Nessa linha, assevera Rangel⁵:

A terminologia, presunção de inocência, não resiste a uma análise perfunctória. O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta *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 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.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63.

⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 46.

Em sentido diametralmente oposto, Gustavo Badaró defende a inexistência de diferença entre as expressões mencionadas anteriormente, porquanto versariam sobre idêntico conteúdo. Sustenta o autor que a tentativa de diferenciar tais conceitos mostra-se inútil e contraproducente sob a ótica processual penal, razão pela qual deve ser admitida a correspondência entre presunção de inocência e estado de não culpável.

De fato, na prática processual penal, a diferenciação entre os mencionados conceitos não implica em redução, tampouco na expansão da garantia individual de o indivíduo ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2.1 Antecedentes históricos

O princípio da presunção de inocência surge em contraposição à presunção de culpabilidade, que vigorava durante a inquisição da Idade Média, onde havia a acumulação das funções de acusar, defender e julgar na mão do Estado-juiz. O referido sistema tinha como características precípua a figura do juiz parcial, a ausência de contraditório e ampla defesa, a inexistência de coisa julgada e adotava como regra a prisão preventiva do acusado.

Com o advento do iluminismo no século XVIII, passou-se a questionar o sistema processual inquisitório e os abusos cometidos pela ordem vigente. Surgiu a necessidade de proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado.⁶

Neste contexto, o notável autor Cesare Beccaria⁷, em sua renomada obra *Dos delitos e das penas* (1764), no capítulo XII – *da questão ou tortura*, preleciona que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Em clara referência ao Direito Fundamental da presunção de inocência, Beccaria apontou a necessidade de impor limites à atuação Estatal no âmbito penal.

⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45.

⁷ BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 22.

Posteriormente, no cenário da Revolução Francesa (1789), instituiu-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa, tendo como ideia central de que todos os homens nascem livres e com direitos iguais. No que se refere à presunção de inocência, a declaração dispôs, em seu art. 9º: “Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”

Após a Segunda Guerra Mundial, surge a Organização das Nações Unidas (1945) e, em seguida, foi aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos ou Declaração de Paris (1948), na qual se estabeleceu uma série de direitos humanos admitidos a nível internacional.

Assim como o diploma anterior, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸ fez menção ao princípio da presunção de inocência, também chamado de presunção de não culpabilidade, e nela restou consignado que:

XI.1 – Todo 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 lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Igualmente, a garantia individual da presunção de inocência foi considerada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Confira-se: “Art. 14.2 – Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”. Salienta-se, por oportuno, que o referido pacto foi internalizado pelo Brasil através do Decreto n. 592 de 1992.

Outrossim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica, assevera que o indivíduo acusado faz jus a presunção de inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.⁹ A internalização desse diploma pelo ordenamento jurídico brasileiro se deu por intermédio do Decreto n. 678 de 1992.

⁸ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris. dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

⁹ Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Em âmbito nacional, o direito fundamental da presunção de inocência foi previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 e inserida no rol dos Direitos Fundamentais, consoante art. 5º, LVII: “LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

O supracitado dispositivo constitucional confere ao imputado a garantia de ser tratado como inocente ao longo do processo penal, de modo a limitar a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo.

Como bem assevera NUCCI¹⁰, o estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência.

Neste diapasão, observa-se o princípio da presunção de inocência enseja a aplicação de outros princípios norteadores do processo penal no Brasil. Sabe-se que, em virtude de o ordenamento jurídico ter considerado o imputado como inocente, afasta-se dele o ônus de provar a sua inocência e, conseqüentemente, cabe ao órgão acusatório a desconstituição do estado de inocência do indivíduo. Portanto, conjuntamente com o Princípio da presunção de inocência, deve ser observado o princípio do *in dubio pro reo*, sempre que houver dúvida acerca de fato relevante para a decisão no processo criminal.

Além disso, pode-se extrair do princípio da presunção de inocência o direito ao silêncio e o direito de não se autoacusar, na medida em que o indivíduo se presume naturalmente inocente, inexistindo o dever de produzir contraprova para a manutenção do seu status de inocência.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter imposto o dever de o imputado ser tratado como inocente ao longo da persecução penal, a Lei Maior excepciona, em determinadas situações, a garantia presunção de inocência, em seu art. 5º, LXI¹¹:

LXI. Ninguém será preso senão em flagrante delito **ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (Grifo nosso).

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 333.

¹¹ SENADO FEDERAL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Edições Técnicas – COEDIT, 2017.

À vista disso, percebe-se que, para que haja a prisão do imputado, é imprescindível que se constate a necessidade e indispensabilidade da providência, pressupostos que deverão ser fundamentados pelo magistrado.

Nessa linha, GILMAR¹² preleciona que toda prisão, antes do julgamento, deve estar lastreada em razões justificadoras da necessidade de se garantir o funcionamento eficaz da jurisdição penal. Essa análise da efetiva necessidade da prisão, como medida cautelar no processo, deve se basear nas circunstâncias específicas do caso concreto e, por isso, constitui uma função eminentemente jurisdicional.

Assevera BADARÓ¹³ que a presunção de inocência não veda toda e qualquer prisão no curso do processo desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada nem em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga e periculosidade.

A garantia fundamental do estado de não culpabilidade, portanto, não se apresenta como preceito absoluto, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza as prisões cautelares, assim como as medidas que importam em invasão à privacidade do indivíduo, quando se fazem necessárias.

Todavia, o ponto da controvérsia não se refere às prisões cautelares, visto que, conforme restou demonstrado, são totalmente compatíveis com o princípio da presunção de inocência, quando presentes os seus requisitos. Como já visto, a prisão processual deve ser decretada com base em uma justificativa cautelar, seja para a garantia da aplicação da lei penal, seja pela conveniência da investigação ou instrução criminal.

Nesse raciocínio, o Supremo Tribunal¹⁴ tem destacado que a decretação da prisão cautelar não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando limitadas a pressupostos associados ao êxito da persecução criminal.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 485.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 480.

Portanto, o que aqui se discute é a possibilidade de o réu ser recolhido à prisão para a execução antecipada de sua pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que, para parte da doutrina, apresenta-se incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto importaria em verdadeira antecipação do tratamento de culpado do réu no curso do processo.

2.2 A presunção de inocência no direito comparado

Conforme visto, o princípio da presunção de inocência encontra respaldo em diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos, assim como no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil.

A partir da internacionalização dos Direitos Humanos, diversos países passaram a prever em suas Constituições e, até mesmo, de maneira implícita, a garantia da presunção de inocência, cada qual com a sua peculiaridade, o que reflete imediatamente na possibilidade ou não da execução provisória da pena.

A Constituição Francesa de 1958¹⁵ confirmou expressamente em seu preâmbulo a adesão aos preceitos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o que significa dizer que adotou o Princípio da Presunção de inocência previsto no art. 9º do mencionado diploma:

Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Entretanto, a legislação processual francesa prevê hipóteses em que o Tribunal pode determinar a prisão do réu, mesmo na pendência de recursos.¹⁶

¹⁵ CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1958. França. jun. 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

¹⁶ STF. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Jusbrasil. Brasília. fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

Igualmente, a Constituição espanhola de 1978, em seu art. 24.2, assegurou diversas garantias ao imputado, dentre eles, o direito de ser presumido inocente¹⁷. Em que pese à existência de previsão constitucional do princípio da presunção de inocência, o ordenamento jurídico espanhol autoriza a manutenção da prisão do réu absolvido em primeira instância, na hipótese de interposição de recurso contra a decisão absolutória à instância superior.

Nos Estados Unidos, o princípio da presunção de inocência está previsto de maneira implícita no trecho da 5ª emenda, que dispõe:

Ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal.

Além disso, o art. 16 do código de processo penal americano estabelece a presunção de inocência até o veredito efetivo. Entretanto, o próprio diploma prevê a execução imediata da decisão penal condenatória.

Na mesma linha, o art. 18 da Constituição Nacional da Argentina garante a presunção de inocência ao réu. Todavia, tal previsão não impediu que o Código de Processo Penal argentino, especificamente em seu art. 495, autorizasse a execução imediata da pena.

Aproximando-se das disposições constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição italiana assegura que o estado de inocência do indivíduo vigora até a condenação definitiva: “art. 27, comma 2º: “l'imputato non è considerato colpevole sino la condanna definitiva”.

Outrossim, a Constituição de Portugal determinou expressamente a manutenção do estado natural de inocência do indivíduo até o trânsito em julgado da sentença condenatória: “artigo 32.2 – Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

¹⁷ Todos têm direito a um Juiz ordinário, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles (...), a não se confessar culpado e à presunção de inocência

Diante do exposto, percebe-se que a maior parte dos países abarca de forma implícita ou explícita a garantia da presunção de inocência e, ao mesmo tempo, propicia a execução imediata da pena antes do exaurimento dos recursos cabíveis.

Nas visões de AURY e BADARÓ, o Brasil adotou as disposições italianas e portuguesas, dando efetividade máxima ao compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana.¹⁸

¹⁸EMPÓRIO DO DIREITO. *Parecer presunção de inocência*. São Paulo: jun. 2016. Disponível

em: <http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A execução provisória da pena consiste na possibilidade de o réu ser recolhido a prisão após a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância. Em outras palavras, o instituto permite que haja a prisão do acusado para início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal que impôs a sua condenação.

Conceituando o instituto, Maria Lúcia Karan¹⁹ (2009) dispõe que:

No ordenamento processo penal brasileiro, por definição legal, uma execução é provisória quando pendente impugnação da sentença mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, denominando-se definitiva a execução da sentença transitada em julgado.

Conforme visto, o direito fundamental da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, assegura o estado de inocência do indivíduo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A referida garantia estabelece que, para que o réu tenha a sua liberdade restringida, antes do trânsito em julgado, a sua prisão deve ser de natureza eminentemente cautelar, abarcada por ordem judicial motivada. Nesse sentido, PACELLI²⁰ afirma que o estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

Ocorre que, como se depreende do nome do instituto, a prisão do réu na execução provisória da pena não possui qualquer natureza cautelar, objetivando exclusivamente o cumprimento antecipado da pena a partir da decisão do Tribunal em segundo grau que confirmou a sentença condenatória.

À vista disso, parte da doutrina entende que o instituto da execução provisória da pena não se coaduna com o dever de tratamento proveniente do Princípio da presunção de inocência, já que importaria na violação do art. 5º, LVII da Constituição

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. *A Privação da liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena*. v. 7. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

²⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 40.

Federal de 1988, na medida em que o dispositivo constitucional estabeleceu como marco final do aludido dever de tratamento o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nessa perspectiva, BADARÓ²¹ defende que a Constituição Federal, reforçando o princípio da presunção de inocência, estabeleceu um marco temporal para sua vigência mais amplo, não até que seja legalmente provada ou comprovada a sua culpa, por uma sentença ou mesmo acórdão, ainda que recorrido. O acusado tem o direito que se presuma sua inocência “até o trânsito em julgado” da sentença penal condenatória.

Em sentido oposto, GILMAR MENDES²² compreende que o princípio da presunção de não culpabilidade não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo.

Segundo o Ministro – que, inclusive, votou favoravelmente à possibilidade da execução provisória da pena no julgamento do HC nº 126.292/SP – conforme se avança no processo e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado ao réu, razão pela qual, na sua visão, a execução imediata da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinários não deve ser considerada incompatível com a presunção de inocência.

3.1 Análise das disposições do código de processo penal e da lei de execução penal

É inegável que o ordenamento jurídico brasileiro, em observância aos diplomas internacionais de direitos humanos e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), fundamento do Estado Democrático de Direito²³, assegurou expressamente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil o direito fundamental da presunção de inocência, ou, para alguns, presunção de não-culpabilidade.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 62.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 485.

²³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de PACELLI²⁴, a nova ordem constitucional determinou que o processo penal não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, ainda, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

Diante disso, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, produzido com base no processo penal italiano de 1930, época do regime fascista, e que, portanto, trouxe previsões extremamente autoritárias, passou aos poucos a se adequar as disposições da Constituição Federal de 1988. Com isso, o princípio da culpabilidade deu lugar à garantia constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Instituiu-se o devido processo penal constitucional, através do qual se pretende realizar uma Justiça Penal com base na efetiva igualdade dos litigantes. PACELLI²⁵ preleciona que:

O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

Sabendo-se que os direitos fundamentais vinculam o poder legiferante, o legislador infraconstitucional, em atenção ao mandamento constitucional que garante o princípio da presunção de inocência, criou dispositivos que reafirmam o dever de tratamento do réu como inocente.

Nessa linha, a Lei nº 12.403 de 2011 promoveu diversas mudanças nos artigos do Código de Processo Penal brasileiro, relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares.

No que se refere ao direito fundamental da presunção de inocência, a Lei nº 12.403/11 conferiu nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal e dispôs que:

Art. 283 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,

²⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19.

²⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 21.

no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Anteriormente a referida lei, o art. 283 vigorava com a seguinte redação: “Art.283: A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

Portanto, depreende-se da nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal que somente haverá o cerceamento da liberdade do indivíduo nos casos de flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva e prisão penal, sendo certo que, está última poderá ser executada tão somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Na visão de RENATO BRASILEIRO²⁶, o aludido artigo, na linha do que prevê a Constituição Federal, impõe um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da pena: a existência de coisa julgada, que é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, seja ele dotado de efeito suspensivo ou não.

No mesmo sentido, PACELLI²⁷ defende que o art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011 CPP, “fecha as portas” para a execução provisória em matéria penal, o que, para o referido autor, estaria absolutamente correto em face da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984), que promoveu a jurisdicionalização da execução da pena, estabeleceu como pressuposto para o início da execução das três espécies de penas admitidas pelo art. 32 do Código Penal, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No que tange às penas privativas de liberdade, quais sejam, a reclusão e detenção, a LEP determina que: “Art. 105. **Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Igualmente, para as penas restritivas de direito (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017. p. 49.

²⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 235.

temporária de direitos e limitação dos fins de semana), a referida Lei estabelece em seu art. 147²⁸:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (Grifo nosso).

Até mesmo para o pagamento da pena pecuniária o legislador infraconstitucional estabeleceu como requisito imprescindível o trânsito em julgado da sentença penal condenatória²⁹. Confira-se:

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. (Grifo nosso).

À vista disso, percebe-se a preocupação do legislador em condicionar a execução da pena, seja qual for a sua espécie, ao trânsito em julgado da sentença que as instituiu, aproximando-se do mandamento constitucional insculpido no art. 5º, LVII.

Nesse seguimento, mister se faz relembrar o conceito de trânsito em julgado estabelecido ao longo dos anos pela doutrina. ALEXANDRE CÂMARA³⁰ conceitua o instituto como “a passagem da decisão da situação original (em que era recorrível) para esta nova situação (de irrecorribilidade)”. Complementando a ideia exposta anteriormente, afirma o autor:

Dá-se o trânsito em julgado da decisão, então, quando precluem os recursos. Pode-se, pois, dizer que o trânsito em julgado é efeito da preclusão dos recursos (ou por terem sido todos usados, ou por ter

²⁸ BRASIL. *Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984*. Dispõe sobre a lei de execução penal. Brasília. jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 8 dez. 2017.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984*. Dispõe sobre a lei de execução penal. Brasília. jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 8 dez. 2017.

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 267.

decorrido o prazo sem que o recurso admissível tivesse sido interposto).

Na mesma linha, DANIEL AMORIM³¹ preleciona que: “a partir do momento em que não for mais cabível qualquer recurso ocorrido o exaurimento das vias recursais, a sentença transita em julgado. ”

Entretanto, a questão torna-se mais complexa mediante o que dispõe o artigo 637 do Código de Processo Penal, que estatui: “Art. 637 O recurso extraordinário **não tem efeito suspensivo**, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, **para a execução da sentença.** ”

Em sentido diametralmente oposto ao que dispõe a Lei de Execução Penal, o supracitado artigo parece autorizar a execução provisória da pena tão somente em razão de o recurso extraordinário não possuir efeito suspensivo. Em outras palavras, o artigo 637 do Código de Processo Penal tenta afastar a exigência constitucional do trânsito em julgado do acórdão condenatório para que haja a antecipação da execução da pena imposta ao réu.

A questão foi, inclusive, objeto de discussão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/SP, conforme se verá mais adiante.

Outro ponto que merece ser destacado é a existência de uma possível antinomia entre os artigos 637 e 283, ambos do Código de Processo Penal. Isso porque, conforme visto, o artigo 637 autoriza a execução antecipada da pena, ao passo que o artigo 283, com redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011 e, portanto, de vigência posterior, condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para RENATO BRASILEIRO³², o artigo 637 foi revogado tacitamente pela Lei 12.403/11, tendo em vista que esta conferiu nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal, e passou a exigir expressamente o trânsito em julgado da sentença para a viabilização da prisão do réu com o objetivo de cumprimento da pena imposta, a chamada prisão penal, sem natureza cautelar. Sobre a hipótese, o autor preleciona que:

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017. p. 879.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017. p. 49.

Por mais que a Lei nº 12.403/11, responsável pela nova redação do art. 283 do CPP, não tenha feito qualquer referência ao art 637 do CPP, é no mínimo estranho admitirmos que um dispositivo legal autoriza a execução da pena tão somente com o trânsito em julgado de sentença condenatória, enquanto outro a autoriza pelo fato de não outorgar efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

Em seguida, conclui o referido autor³³:

Como se trata de norma posterior que tratou da matéria em sentido diverso, parece-nos que a nova redação do art. 283 do CPP conferida pela Lei nº 12.403/11 revogou tacitamente o art. 637 do CPP, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Todavia, cumpre assinalar que a tese de que teria havido a revogação tácita do art. 637 do Código de Processo Penal foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, com base no critério temporal estabelecido no art. 2º, §1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na medida em que os artigos 995 e 1.029, §5º do Código de Processo Civil de 2015, que excepcionam o efeito suspensivo dos recursos extraordinários, têm vigência posterior ao art. 283 do CPP.

3.2 Os recursos nos tribunais superiores e seus efeitos no processo penal

Em observância ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e a ampla defesa (art. 5º, LV), garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição da República, o ordenamento jurídico brasileiro previu uma série de recursos que viabilizam o reexame da decisão proferida contra o indivíduo.

Nessa linha, especificamente, o Pacto de São José³⁴ da Costa Rica, no art. 8, 2, “h”, consagrou o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, asseverando que:

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017. p. 50.

³⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Costa Rica. nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 6 dez. 2017

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Considerando as disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CRFB/88, bem como a internalização do referido Pacto pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 678 de 1992, é evidente que o Brasil protege o direito ao duplo grau de jurisdição.

Quanto ao conceito de recurso, AURY LOPES³⁵ o define como sendo

Um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou a anulação de uma decisão judicial ainda não transitada em julgado, no mesmo processo em que ela foi proferida.

Caso o indivíduo pretenda a revisão de toda a matéria ou de parte dela, seja envolvendo a mera aplicação do direito e, ainda, o reexame de fatos e provas, deverá utilizar da via dos recursos ordinários. Todavia, para que a parte tenha acesso a via extraordinária, é necessário que a questão se restrinja a matéria de direito, o que poderá ser feito através do manejo de Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

3.2.1 Recurso especial e extraordinário:

Previstos expressamente na Constituição Federal, os recursos especial e extraordinário possuem fundamentação vinculada, respectivamente, à aplicação e interpretação de lei federal e a proteção dos dispositivos constitucionais.

De acordo com BADARÓ³⁶:

Nem o recurso especial nem o extraordinário tem por finalidade precípua a realização da justiça no caso concreto (ou a tutela do direito do recorrente), mas sim preservar a integridade e unidade do direito nacional. É um contencioso objetivo ou de legalidade. Não se tutelam direitos subjetivos, mas o próprio direito objetivo. Sua finalidade é fazer prevalecer o interesse do Estado na preservação do ordenamento

³⁵ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 710.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 62.

jurídico constitucional e federa, deixando em segundo plano o interesse do litigante.

A Constituição Federal, em seu art. 105, III, confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar o Recurso Especial interposto contra decisão que contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, que julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e, ainda, nos casos em que a decisão deu a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, operando-se o chamado dissídio jurisprudencial.

No que se refere ao recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, o art. 102, III, da Constituição estabelece as suas hipóteses de cabimento, quais sejam: violação a dispositivo constitucional, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgamento de validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e, por fim, quando houver o julgamento sobre validade de lei local contestada em face de lei federal.

Impende ressaltar que, para que haja a admissibilidade de ambos os recursos, faz-se necessário o prequestionamento da matéria e dos dispositivos tidos como violados. Ou seja, é preciso que o tribunal de origem se manifeste sobre a matéria arguida no recurso.

Além disso, sabe-se que na via dos recursos especial e extraordinário é incabível o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, sendo este entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal³⁷, nessa ordem, através das Súmulas 7 e 279: “SÚMULA 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” e “SÚMULA 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”

Isso se dá em decorrência da devolutividade restrita que os recursos de natureza extraordinária possuem, diferentemente dos recursos da via ordinária, que possuem efeito devolutivo amplo, o que significa dizer que haverá a reanálise pelo Tribunal de toda a matéria apreciada pelo juízo *a quo*, inclusive o reexame das provas.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmulas do supremo tribunal federal*. Brasília. dez. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

A devolutividade restrita dos recursos extraordinários foi, inclusive, um dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP³⁸, para autorizar a execução provisória da pena, considerando que, após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal no julgamento da apelação, com base no reexame das provas dos autos, não caberia mais a discussão sobre a culpa do acusado, de modo que a execução antecipada da pena não importaria em violação do Princípio da presunção de inocência.

Em outras palavras, a impossibilidade de reexame da matéria fático- probatória nas vias extraordinárias inviabilizaria o questionamento sobre a autoria e a materialidade delitiva com o intento de se obter a absolvição do réu. Neste sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS. READEQUAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA DETERMINADA.

1. **A instância antecedente apontou a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade delitivas, com base, principalmente, nos precisos depoimentos da vítima, que estão em consonância com as demais provas dos autos, a saber, o depoimento de sua genitora e os relatórios psicológicos.**

2. Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos.

3. **Para entender-se pela absolvição dos recorrentes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".(...)**

9. Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, como no caso, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

10. Recurso especial parcialmente provido. Execução imediata da pena determinada.

(REsp 1699051/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DUAS AÇÕES PENAIS CONEXAS. INOBSERVÂNCIA DE ORDEM PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA UNA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

(...) 3. **Sobrevindo sentença condenatória, não se revela possível, na via eleita, desconstituir a conclusão do Magistrado de 1º grau, sobre a autoria e a materialidade delitiva, uma vez que as instâncias ordinárias possuem amplo espectro cognitivo sobre os elementos probatórios carreados aos autos**, não sendo possível revolvê-los em habeas corpus. (...)

11. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 394.997/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017). (Grifo nosso).

Sobre o tema, AURY e BADARÓ³⁹ afirmam que, apesar de ser inviável a discussão das questões de fato, é possível, nas vias extraordinárias, questionar os critérios que o Tribunal tenha utilizado para apreciação da prova, nulidade e valor legal da prova, presunções legais ou até as distribuições do ônus da prova, tendo em vista que as referidas situações representam questões de direito.

Para os autores supracitados, o simples fato de não poder haver o reexame das provas no âmbito do STJ e do STF não justifica a possibilidade de execução provisória da pena, na medida em que o Princípio da Presunção de Inocência impõe um dever de tratamento, para que o réu seja considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que, portanto, se daria tão somente após os esgotamentos das vias recursais, sendo irrelevante o descabimento de fatos e provas na via extraordinária.

³⁹EMPÓRIO DO DIREITO. *Parecer presunção de inocência*. São Paulo: jun. 2016. Disponível

em: <http://emporiiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

A possibilidade de instituição da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi objeto de controvérsia, o que ocasionou, ao longo dos anos, na variabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme já visto, a controvérsia gira em torno da compatibilidade do instituto da execução provisória da pena com o Princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, na medida em que haveria a antecipação da culpabilidade do réu após a condenação em segunda instância, mesmo nos casos em que haja a interposição de recurso especial e extraordinário contra o acórdão condenatório. Portanto, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinários, o réu passaria a cumprir a prisão pena através da chamada execução provisória.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendia pela possibilidade de execução provisória da pena ante a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários. Nesse sentido, confira-se o trecho do voto do Relator Ministro Néri da Silveira proferido no HC nº 68.726⁴⁰, que foi julgado pelo Plenário da Suprema Corte no ano de 1991:

Não considero, de outra parte, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, - cuja condenação a pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, - em conflito com a norma do art. 5, LVII, da Constituição Federal, quando preceitua “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 68726/SP. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 24 set. 1991. Jusbrasil. Brasília. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709814/habeas-corpus-hc-68841-sp>>. Acesso em 26 nov. 2017.

Corroborando o entendimento supracitado, a Segunda Turma⁴¹ do Supremo Tribunal Federal proferiu o acórdão assim ementado:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. CF, ART. 5º, LVII.

I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs.

II. - **O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência.** Precedentes.

III. - H.C.indeferido.

(RHC 84846, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 05-11-2004 PP-00038 EMENT VOL-02171-01 PP-00162 LEXSTF v. 26, n. 312, 2004, p. 421-425). (Grifo nosso).

Na mesma linha, no HC 90645/PE⁴², a primeira turma do Supremo Tribunal Federal reafirmou a possibilidade de execução provisória da pena e a ausência de violação ao princípio da presunção de inocência:

EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que **a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência.**

2.Habeascorpusindeferido.

(HC 90645, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227 RTJ VOL-00205-01 PP-00260 RMP n. 36, 2010, p. 233-236). (Grifo nosso).

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em habeas corpus 84846. Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 19 out. 2004. Jusbrasil. Brasília. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14740545/recurso-em-habeas-corpus-rhc-84846-rs>>. Acesso em 26 nov. 2017.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 90645/PE. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 11 set. 2007. Jusbrasil. Brasília. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14778051/habeas-corpus-hc-90645-pe-stf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

Conforme se pode verificar, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a posição do STF, também decidiu que “Não fere o princípio da presunção da inocência a determinação de que o sentenciado se recolha à prisão para aguardar o julgamento de recursos que, em regra, são desprovidos de efeito suspensivo.” (RHC 9.204/MG, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/1999, DJ 13/12/1999, p. 162).

Este posicionamento perdurou até o ano de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, no julgamento do HC 84.078/MG, por maioria dos votos, entendeu pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

No voto do Ministro Eros Grau⁴³, relator do referido Habeas Corpus, restou consignado:

Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.

Ademais, para o Ministro, a possibilidade de execução antecipada da sentença, após o julgamento do recurso de apelação, importaria em verdadeiro cerceamento de defesa. Confira-se o trecho do voto do relator⁴⁴:

A ampla defesa, não se a 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.** (Grifo nosso).

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 5 fev. 2009. Jusbrasil. Brasília. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em 23 nov. 2017.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 5 fev. 2009. Jusbrasil. Brasília. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em 23 nov. 2017.

No que se refere à legislação processual penal, conclui-se no julgamento do HC que as disposições da Lei de Execução Penal, mais especificamente os arts. 105, 147 e 164, os quais condicionam a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seriam mais adequados à Constituição Federal e, nas palavras do Relator, “se sobreporiam, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP”. Como já visto, o mencionado artigo determina a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário e, em tese, possibilita que, após apresentadas as contrarrazões do recorrido, os autos retornarão à primeira instância para que haja a execução da sentença.

A partir da orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que, através da mutação constitucional, conferiu nova interpretação ao artigo 5ª, LVII da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça também passou a entender pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Neste sentido, confira-se a jurisprudência⁴⁵:

Registro que a Suprema Corte ao apreciar o HC 84.078/MG, sob a relatoria do Ministro EROS GRAU, concluiu pela inconstitucionalidade da denominada execução antecipada da pena. **Este Sodalício acompanha a orientação da Excelsa Corte, também compreendendo pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o acusado respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312, do CPP).**” (HC 275.599/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 26/11/2013) (grifos nossos). (Grifo nosso).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA ORDEM PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NO JULGAMENTO DO APELO. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PRECEDENTES.

1. Inviável a execução provisória da pena imposta, enquanto não se verificar seu trânsito em julgado, sempre que ausentes os requisitos do art. 312, do CPP.

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 275599/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro, julgado em 21 nov. 2013. Jusbrasil. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24736244/habeas-corpus-hc-275599-sp-2013-0271370-0-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em 23 nov. 2017.

2. "Habeas corpus" não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o paciente permaneça em liberdade, até o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso." (HC 275.599/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 26/11/2013). (Grifo nosso).

O instituto da execução provisória da pena foi considerado incompatível com o Princípio da presunção de inocência pelos Tribunais Superiores e Estaduais por mais de 6 anos, até que, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal reconsiderou o entendimento definido anteriormente, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, e passou a permitir a execução provisória da pena após a manutenção da sentença condenatória em segunda instância.

O Habeas Corpus 126.292/SP foi impetrado contra a decisão de um ministro do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu a liminar requerida nos autos do HC nº 313.021/SP. O pedido de liminar se deu em decorrência da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação da defesa e determinou a expedição de mandado de prisão do réu, que havia sido condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, pelo crime de roubo, majorado em virtude do emprego de arma e pela existência de concurso de pessoas.

O relator do HC 126.292/SP⁴⁶, Min. Teori Zavascki, votou em denegar a ordem de habeas corpus ao entender que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência."

Para sustentar seu posicionamento, o ministro⁴⁷ afirmou que, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, seria possível a relativização do princípio da presunção de inocência, considerando o exaurimento de reexame de fatos e provas pelas vias ordinárias. Confirmam-se os trechos mais contundentes do voto do relator:

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, **tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.** Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (Grifo nosso).

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.** (Grifo nosso).

Ademais, ressaltou o relator que, os recorrentes, na maioria das vezes, utilizam do recurso especial e extraordinário como meio protelatório, na medida em que a interposição desses recursos não enseja a interrupção do prazo prescricional, de modo que a postergação do trânsito em julgado acarretaria na prescrição da pretensão punitiva. Nessa perspectiva, Teori⁴⁸ prelecionou que: “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não-culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.”

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

Nos casos de violação dos direitos fundamentais do réu em decorrência de sua condenação, o ministro Teori Zavascki⁴⁹ salientou que o condenado pode se valer do art. 1.029, §5º do CPC/2015 para atribuir, excepcionalmente, efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário, e, em consequência, suspender a execução provisória da pena. Nas palavras do eminente relator, "mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos."

Também favorável à execução provisória da pena, o Ministro Barroso, com base no art. 5º, LXI, aduziu que, para que haja a privação da liberdade do réu, faz-se necessária a determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária, de maneira que a ausência do trânsito em julgado não obstará a prisão para a execução antecipada da pena.

A partir da técnica de ponderação entre princípios em colisão, Barroso prelecionou⁵⁰:

Não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, **com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.** (...)

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não Culpabilidade é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. (Grifo nosso).

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

Para o ministro, que votou denegando a ordem no habeas corpus 126.292/SP, a execução provisória da pena após o acórdão condenatório em segunda instância configura medida de ordem pública, que, de acordo com ele, se justifica pela eficácia e credibilidade do judiciário.

Já o ministro Gilmar Mendes resolveu rever a sua posição firmada em 2009 quanto à inconstitucionalidade da execução provisória da pena e, no julgamento do referido Habeas Corpus, decidiu pela compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a execução antecipada da pena. Confira-se o trecho do voto⁵¹:

A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. **Esgotadas as instancias ordinarias com a condenação a pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.** (Grifo nosso).

Em sentido diametralmente oposto, o Ministro decano Celso de Mello⁵² considera o Princípio da presunção de inocência como uma cláusula constitucional nítida, que impede, sob qualquer ângulo, o tratamento do réu como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vejamos:

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.

Ao contrário dos demais ministros que votaram favoravelmente à execução provisória, justificando, para tanto, que o instituto é aplicado nas diversas ordens

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

jurídicas do mundo, Celso de Mello salientou, oportunamente, que a comparação seria inadequada, pois as Constituições dos outros países não previram como requisito imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória, como fez o art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

À vista disso, no julgamento do HC 126.292/SP, com 7 votos favoráveis à execução provisória da pena, contra 4 votos contrários, o STF decidiu, por maioria, pela constitucionalidade da execução provisória da pena, passando a permitir o cumprimento da penalidade logo após a confirmação da sentença condenatória pelos Tribunais.

Votaram a favor da execução provisória da pena os ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki (relator) e Dias Toffoli. Os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber foram contrários à aplicação do instituto da execução antecipada da pena.

Ulteriormente, a questão foi submetida novamente ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Ação Declaratória de Constitucionalidade com pedido de medida cautelar proposta pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, com intento de, cautelarmente, suspender a aplicação do instituto da execução provisória pelos Tribunais e obter a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP (nova redação conferida pela Lei nº 12.403 de 2011).

O referido partido ressaltou a presença de controvérsia constitucional relevante, eis que a decisão proferida no Habeas Corpus 126.292/SP seria incompatível com o art. 283 do CPP, porquanto este dispositivo condiciona o cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória, requisito que foi afastado pelo STF a partir do julgamento do HC. Confira-se o trecho da exordial da ADC 43⁵³:

Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, data vênia, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do artigo art.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n. 43. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 5 out. 2016. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>
. Acesso em 27 nov. 2017.

283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do Habeas Corpus n° 126.292.

Em suas razões, o Partido Ecológico Nacional alega⁵⁴, em síntese, que o art. 283 do CPP traduz a interpretação razoável do Princípio da Presunção de Inocência e que o Judiciário tem a incumbência de respeitar o mencionado artigo, considerando que:

Foi elaborado pelos representantes eleitos pelo voto popular. A liberdade de conformação do Legislador, nos limites da moldura normativa fixada pela Carta Política, deve ser respeitada como um dos elementos centrais de uma democracia constitucional.

Da mesma forma, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADC 44, tendo por objeto a notória controvérsia em torno do art. 283 do CPP e do Princípio da Presunção de Inocência, em decorrência do que restou decidido pelo STF no HC 126.292/SP.

Oportunamente, a OAB ressaltou que a adoção do entendimento do STF pelos Tribunais Federais e dos Estados importaria em verdadeira violação a chamada cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CRFB/88)⁵⁵, tendo em vista que afastariam a aplicação do art. 283 do CPP para viabilizar a execução antecipada da pena, sem que a matéria tenha sido submetida a reserva de plenário.

Além do exposto, a OAB levantou a tese da chamada constitucionalidade espelhada do artigo 283 do CPP, que se identifica quando uma norma infraconstitucional retrata, quase que integralmente, um artigo da Constituição. Segue o trecho da inicial da ADC 44⁵⁶:

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n. 43. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 5 out. 2016. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2017.

⁵⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n. 44. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 5 out. 2016. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2017.

A norma contida no Código de Processo Penal reflete, de forma cristalina, repete o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República. Na verdade, a Lei nº 12.403/11 – que conferiu a atual redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal – buscou, precisamente, harmonizar o direito processual penal ao ordenamento constitucional, espelhando – e reforçando – o princípio da presunção da inocência.

Entretanto, a Suprema Corte, em decisão plenária, por 6 votos a 5, decidiu pelo indeferimento da cautelar requerida nas ADCs 43⁵⁷ e 44⁵⁸, nas quais figura como relator o Min. Marco Aurélio Mello e, até então, mantém o seguinte entendimento:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e não viola o texto do art. 283 do CPP.

STF. Plenário. ADC 43 e 44 MC/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgados em 05/10/2016 (Info 842). (Grifo nosso).

Impende ressaltar que o único Ministro que reviu o seu entendimento firmado anteriormente no HC 126.292/SP foi o Min. Dias Toffoli, o qual, atualmente, se posiciona no sentido de que a prisão pena “exige a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado”.⁵⁹

Outrossim, Toffoli entende que esse juízo definitivo de culpa se dá no âmbito do STJ, após o julgamento do recurso especial ou agravo em recurso especial, posto que o recurso extraordinário ao STF não se apresenta como instrumento adequado

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n. 43. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 5 out. 2016. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>> . Acesso em 27 nov. 2017.

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n. 44. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 5 out. 2016. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>> . Acesso em 27 nov. 2017.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n. 43. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 5 out. 2016. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>> . Acesso em 27 nov. 2017.

para a apreciação de questões de interesse pessoal do réu. Confira-se o trecho do voto⁶⁰:

Como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário. Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF).

Com fulcro nesses argumentos, o Min. Dias Toffoli votou pela concessão parcial da medida cautelar, para que seja suspensa a execução antecipada da pena, quando pendente de julgamento o recurso especial ou o agravo em REsp.

Aproximando-se do posicionamento de Toffoli, o Ministro Gilmar Mendes, no recente julgamento do HC 142.173/SP, manifestou a possibilidade de revisão de seu entendimento, para permitir a execução provisória da pena tão somente após o julgamento do recurso especial pelo STJ.⁶¹

Contudo, a orientação do STF quanto à viabilidade de aplicação do instituto da execução provisória da pena após a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância, por ora, se mantém.

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 142173/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 23 jun. 2017. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em 26 nov. 2017.

5 CONCLUSÃO

O trabalho de conclusão do curso teve como objetivo a análise da compatibilidade do instituto da execução provisória da pena com o ordenamento constitucional brasileiro, em face do Princípio da Presunção de Inocência.

É evidente que o Princípio da presunção de inocência constitui garantia fundamental consagrada pela Constituição Federal, através do art. 5º, LVII e, além disso, encontra respaldo nos inúmeros diplomas internacionais de Direitos Humanos, como restou demonstrado.

Viu-se ainda, que, no ordenamento brasileiro, a garantia de o réu ser tratado como inocente no curso do processo penal ganhou maiores proporções em comparação aos demais países que previram a mesma garantia, visto que a Constituição Federal assegura o referido dever de tratamento do réu até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal fato, por si só, já demonstra a incongruência da aplicação do instituto da execução provisória da pena com o mandamento constitucional, no qual se determina que o status de inocente do réu perdure até o trânsito em julgado da sentença, que, no Brasil, se dá tão somente após o esgotamento da via recursal, seja ela ordinária ou extraordinária.

Partindo dessa premissa, torna-se irrelevante a discussão acerca da ausência ou não de efeito suspensivo do recurso especial e extraordinário e de seu efeito devolutivo restrito, que impede a discussão fática no âmbito do STJ e do STF. A Constituição Federal é clara em salvaguardar o tratamento de inocência do réu até o esgotamento da interposição dos recursos existentes, assim como o artigo 283 do CPP, que reproduziu quase que na íntegra o dispositivo constitucional, bem como os artigos 105, 147 e 164 da Lei de Execução Penal.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal não trata do Princípio da Presunção como algo absoluto, pois, como já visto, a própria excepciona o tratamento de inocência do réu no artigo 5º, LXI, para as hipóteses de flagrante delito e para as prisões de natureza cautelar, desde que presentes os seus requisitos.

No entanto, considerando que a execução provisória da pena, como se depreende do nome do instituto, trata de verdadeira prisão-pena, não se justificando com qualquer argumento cautelar, tem-se que a sua aplicabilidade no ordenamento

jurídico brasileiro importaria em flagrante violação ao Princípio da Presunção de Inocência.

6 REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris. dez. 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. *Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984*. Dispõe sobre a lei de execução penal. Brasília. jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 8 dez. 2017.

BRASIL. *Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941*. Dispõe sobre o código de processo penal. Brasília. Out. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 8 dez. 2017.

BECCARIA, Cesare; BONESANA, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1958. França. jun. 1958. Disponível em: < http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. Costa Rica. nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 6 dez. 2017

EMPÓRIO DO DIREITO. *Parecer presunção de inocência*. São Paulo: jun. 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

FRANZ, Kelly Cristina Victor. *A execução penal provisória: uma análise à luz da constituição federal de 1988*. Tese (Graduação Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. jul. 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/kelly_cristina.pdf>. Acesso em 24 nov. 2017.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. *A Privação da liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena*. v. 7. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2015.

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

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SENADO FEDERAL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Edições Técnicas – COEDIT, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade n. 43. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 5 out. 2016. Brasília. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>
. Acesso em 27 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 5 fev. 2009. Jusbrasil. Brasília. Disponível em:<
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em 23 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 17 fev. 2016. Migalhas. Brasília. Disponível em:<
<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2017.