

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

ALLANA FAITANIN SECCHIN

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº
126.292/SP de 2016**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM
2017**

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

ALLANA FAITANIN SECCHIN

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº
126.292/SP de 2016**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ticiano Perim

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM
2017**

ALLANA FAITANIN SECCHIN

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº
126.292/SP de 2016**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ticiano Yazegi Perim

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ticiano Perim
Orientador/FDCI

Prof.

Prof.

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM
2017**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia e, a minha família.

“Que todos os nossos esforços estejam sempre focados no desafio à impossibilidade. Todas as grandes conquistas humanas vieram daquilo que parecia impossível”

(Charles Chaplin)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL.....	09
2.1 A Execução Penal como disciplina jurídica autônoma.....	09
2.2 Lei de Execução Penal.....	11
2.3 Os Sistemas de Execução Penal.....	12
2.3.1 <i>Os sistemas de execução penal no ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	<i>12</i>
2.4 A lei de execução penal e a jurisdicionalização da execução da pena.....	13
3 EXECUÇÃO DA PENA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	15
3.1 Natureza jurídica da execução penal.....	15
3.2 Pressupostos e objetivos da execução penal.....	15
3.3 Sentença Criminal.....	17
3.3.1 <i>Conceito de Sentença.....</i>	<i>17</i>
3.3.2. <i>Natureza Jurídica da Sentença.....</i>	<i>18</i>
3.4. Execução provisória da pena.....	18
4 DAS PENAS.....	20
4.1 Conceito de pena.....	20
4.2 Finalidades e Teorias Das Penas.....	20
4.3. Princípios aplicáveis as penas.....	22
4.4. Espécies de penas.....	23
4.4.1. <i>Penas Privativas de Liberdade.....</i>	<i>24</i>
4.4.2. <i>Penas Restritivas de Direito.....</i>	<i>25</i>

4.4.3. <i>Pena Pecuniária</i>	26
-------------------------------------	----

5 EVOLUÇÕES NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA..... 27

5.1 Entendimento adotado pelos tribunais superiores até o ano de 2009.....	27
--	----

5.2 Julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG de 2009.....	28
---	----

5.3 Julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP de 2016 e o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.....	30
--	----

5.3.1. <i>Argumentos do Ministro Teoria Zavascki</i>	31
--	----

5.3.2 <i>Argumentos Divergentes</i>	35
---	----

6 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE FRENTE O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 38

6.1 A relativização do Princípio da presunção da não culpabilidade e as ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 de 2016.....	39
---	----

6.2 Principais argumentos utilizados pelo STF no julgamento das ADC's 43 e 44....	41
---	----

7 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade da Execução Provisória da Pena sempre foi objeto de discussão entre operadores jurídicos ao longo dos tempos, e consiste na execução da pena, quando a decisão condenatória ainda não alcançou o trânsito em julgado.

A Constituição Federal, ao instituir o estado democrático de direito, disciplinou uma série de princípios que servem de base para a proteção dos direitos básicos dos indivíduos, e dentre eles, a presunção da inocência expressa em seu art. 5º, LVII, passou a garantir a manutenção da liberdade do acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, o plenário do Supremo Tribunal Federal, durante a sessão de julgamento do dia 17 de fevereiro de 2016, entendeu que “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência”. Decisão esta que mudou o entendimento da Suprema Corte, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG no ano de 2009. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolveu o problema do alcance do princípio da presunção da não culpabilidade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

A pesquisa objetiva o levantamento de questões atinentes a execução provisória da pena a partir do julgamento do HC 126.292/ SP, como também, a análise de sua constitucionalidade e razoabilidade em um Estado Democrático de Direito.

Primoroso destacar a atualidade do tema objeto do presente estudo. Muito se discutiu acerca do princípio da presunção da inocência e o encarceramento do réu no curso do processo criminal, visto que, por se tratar de uma decisão provisória poderá trazer danos desnecessários ao sujeito que lhe foi imposta a pena.

Além disso, é importante salientar a discussão acerca da postura tomada pelo Supremo Tribunal Federal neste caso, uma vez que, assumiu de certa forma a função de legislar, já que, modificou o entendimento acerca do princípio da presunção da inocência expresso na Constituição Federal.

Desta forma, no primeiro capítulo do presente trabalho buscar-se-á descrever a evolução histórica da execução penal, desde os primeiros textos que a codificavam até a conquista de sua independência frente as demais disciplinas jurídicas.

No segundo capítulo, será abordado itens relevantes acerca da Execução da Pena e da Execução Provisória da Pena, a fim de diferenciá-las, passando por pontos como natureza jurídica, pressupostos e objetivos.

Por conseguinte, no terceiro capítulo será descrita o conceito de pena e suas espécies, destacando os princípios que lhe são aplicáveis, como também, as finalidades e teorias acerca deste instituto trazido pela doutrina.

Isto posto, no quarto capítulo, far-se-á um estudo sobre a construção do entendimento jurisprudencial acerca da execução penal provisória, até a decisão do HC nº 126.292/SP. Após, examinar-se-ão os principais aspectos favoráveis e contrários abordados pelos ministros na decisão.

Por fim, no quinto capítulo será explanado os desdobramentos do novo entendimento do STF sobre o princípio da não culpabilidade, bem como, as ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 impetradas pela Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional no ano de 2016.

O presente trabalho utilizará o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a execução provisória da pena a partir do julgamento do HC 126.292/SP. A pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais será o método de procedimento específico do trabalho em questão.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXECUÇÃO PENAL

2.1 A execução penal como disciplina jurídica autônoma

Antes de analisarmos a execução provisória da pena, é necessário a análise de um breve histórico da execução penal no Brasil a fim de, levantar os pontos mais marcantes da trajetória dessa disciplina jurídica, até chegarmos a conquista de sua autonomia em face dos outros ramos do Direito.

Sobre referida autonomia da execução penal,

Trata-se de ciência autônoma, com princípios próprios, embora sem, jamais, desvincular-se do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por razões inerentes à sua própria existência. A insuficiência da denominação Direito Penitenciário torna-se nítida, na medida em que a Lei de Execução Penal cuida de temas muito mais abrangentes do que a simples execução de penas privativas de liberdade em presídios (NUCCI, 2015, p. 132).

A primeira tentativa de codificar as normas de execução penal foi o projeto de Código Penitenciário da República de 1933. O Projeto apresentado ao Governo neste ano foi encaminhado para a Câmara dos Deputados em 1935 pela bancada da Paraíba, recebendo a denominação de Projeto n. 1. Com parecer favorável de 06 de maio do mesmo ano, foi publicado no Diário do Poder Legislativo em 25.02.1937. Contudo, com a competência legislativa cassada pela *Polaca*, Constituição de 1937 e, o advento do Estado Novo, a discussão do Projeto foi impedida (MIRABETE, 2004, p.21).

Nesse contexto histórico, era possível verificar diferentes regulamentos para cada uma das unidades prisionais do país, muitas vezes colidentes entre si, portanto, esta necessidade deflagrou a busca por uma legislação específica para a execução da pena, com inúmeros debates e proposições legislativas (ZAFARONNI, 2001, p. 456).

Em 1940 foi publicado o Decreto- Lei 2.848, que instituiu o Código Penal. Por conseguinte, o Projeto do Código Penitenciário foi abandonado, visto que possuía vários pontos que conflitavam com o novo estatuto penal. O referido Código Penal de 1940 trazia inovações como a atuação do judiciário na execução e o preparo técnico dos agentes administrativos ligados ao sistema (MIRABETE, 2004, p.22).

De acordo com Alexis Augusto Couto de Brito (2011, p.56) no lugar do Código Penitenciário, surgiu o Livro IV do Código de Processo Penal de 1941 (Dec.-lei 3.689 de 03.10.1941), que passava a regulamentar pela primeira vez na legislação brasileira

a execução da pena e da medida de segurança, entrando em vigor simultaneamente com o Código Penal no ano de 1942.

Diversos projetos de lei foram apresentados em 1946, já que a Constituição desta época estabeleceu para a União a competência de legislar sobre regime penitenciário, dessa forma, houve grande necessidade de harmonizar as normas penitenciárias com o Código Penal de 1940 (BRITO, 2011, p. 57).

A partir disso, em 1951 um projeto que dispunha sobre as normas gerais do regime penitenciário foi criado e teve sua aprovação na Lei nº 3.274 de 1957..Tal diploma legal, no entanto não produziu eficácia no âmbito jurídico, em razão de não prever sanções caso houvesse descumprimento das regras e dos princípios trazidos na lei (MIRABETE, 2004, p. 21).

Por conseguinte, em 1963 surgiu uma nova tentativa de elaborar um anteprojeto de Execução Penal, que era composto de 240 artigos, dispostos em 14 capítulos, estabelecendo normas gerais do regime de cumprimento das penas e medidas de segurança, direitos e deveres do preso, assistência ao sentenciado, medidas de segurança não detentivas, assistência ao egresso, entre outras relevantes questões, *impregnando a execução de humanidade, legalidade, jurisdicionalidade e responsabilidade* (BRITO, 2011, p. 57).

O anteprojeto de autoria de Roberto Lyra, previa importantes segmentos como a aplicação imediata da lei penal executiva, a aplicação de retroatividade para beneficiar o condenado. Assim,

Esse anteprojeto reuniu todos os poderes em sede de execução penal no Poder Judiciário, transformando o juízo da execução em universal, capaz de executar as sentenças em todos os seus termos e efeitos, com competência sobre todos os presos e internados (LYRA, 1995, p. 212).

Todavia, o referido anteprojeto foi arquivado, tendo em vista, as mudanças político-econômicas que ocorriam no país devido à inserção no período da ditadura militar, iniciada em 1964.

2.2 Lei de Execução Penal

Por intermédio do Ministro da Justiça no ano de 1981, foi instituída uma comissão coordenada pelo professor Francisco de Assis Toledo e composta por juristas para elaboração de um anteprojeto da nova Lei de Execução Penal (MIRABETE, 2004, p. 24).

Em 1982, após revisão, o anteprojeto foi apresentado pela Comissão, transformando-se no PL 1.657 e encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República em 29.06.1983, com publicação no Diário Oficial do Congresso Nacional do mesmo ano. Após algumas emendas na Câmara dos Deputados, tornou-se a Lei 7.210, de 11.06.1984, juntamente com a nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/1984) (BRITO, 2011, p. 58).

A Lei de Execução Penal pôs fim a um longo ciclo de esforços doutrinários e legislativos, no sentido de dotar o país de um sistema de execução penal. Portanto,

Ela surgiu como resposta aos reclamos de quase a totalidade da comunidade jurídica nacional, pela consolidação de uma execução penal jurisdicionalizada, mais humana, responsável e alinhada com o Estado de Direito, com viés abertamente voltado à finalidade de prevenção especial positiva e a harmônica integração social do condenado e do internado, como preconiza seu artigo inaugural. (BENETI, 1996, p. 31)

2.2.1 A Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988, regulou expressamente postulados processuais penais e penais, quais sejam, a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), a garantia de integridade física e moral dos presos (art. 5.º, LIX), a garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV), entre outros, que são garantias fundamentais na execução da pena (BENETI, 1996. p. 34).

O princípio da humanização preconizado na Constituição, abrange não só o Direito Penal, como também a Execução Penal ao estabelecer, por exemplo, que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, levando em consideração fatores como sexo, idade e a natureza do delito cometido pelo apenado (art. 5ª, XLVIII) (NUCCI, 2015, p. 922).

2.3 Os sistemas de execução penal

A partir da Revolução Industrial, Revolução Francesa e a expansão do capitalismo teve início uma humanização do Direito Penal. Assim,

Verifica-se que, a partir do século XIX a doutrina começou a se preocupar com a execução da pena de prisão, seus estabelecimentos, sua administração, organização e etc. Sendo assim, foram desenvolvidos os *sistemas de execução penal*, que é, a forma como o estado executa e efetiva as suas próprias sentenças criminais. Podem ser divididos em três grupos, qual seja, o sistema administrativo, o sistema jurisdicional e o sistema misto (RODRIGUES, 2000, p. 34).

No sistema administrativo a pena é aplicada pelo juiz e, após o trânsito em julgado, é transferida aos órgãos administrativos encarregados da custódia do condenado para sua execução. O Estado esgota a função jurisdicional na prolação da sentença penal condenatória, passando a execução à função administrativa (CARVALHO, 2008, p. 162).

Já no sistema jurisdicional, a execução da pena possui caráter eminentemente judicial, isto é, as penas e medidas de segurança são executadas pelo Poder Judiciário. A jurisdicionalização da execução da pena significa a garantia judicial de tutela efetiva, não apenas pelo aspecto do cumprimento da sentença, mas também pela existência de um controle jurisdicional sobre toda a fase de execução (CARVALHO, 2008, p.162).

Por fim, existem os sistemas mistos, que possuem uma atividade complexa na execução penal, desenvolvida conjuntamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nessa atividade participariam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo (GRINOVER, 2011, p. 7).

2.3.1 Os sistemas de Execução Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em função da influência Italiana e Francesa no início do século XX no Brasil, entendeu-se que a execução da pena tinha caráter administrativo, era vista como um ato administrativo, já que era competência da lei determinar a pena, do juiz pronunciá-la e da administração executá-la (CARVALHO, 2008, p. 164).

O juiz apenas calculava a pena do condenado, a partir de então, o Estado era o responsável pela parte executiva, como consequência, não havia acesso à jurisdição, não sendo possível falar em um processo executivo penal (BRITO, 2011, p. 26).

Sendo assim, a doutrina viu a necessidade de se adotar um sistema misto, em que, havia natureza administrativa e jurisdicional. Partindo desse pressuposto, o Estado ficaria encarregado de regular o sistema penitenciário e o Estado – Juiz de conceder ou restringir os benefícios previstos em lei (CARVALHO, 2008, p. 164).

No sistema jurisdicional,

Nesse sistema a intervenção judicial na execução da pena era bastante reduzida, embora fosse proclamado que a atuação do juiz devia se estender a todo o campo da execução penal, na prática essa intervenção estava limitada aos incidentes da execução. (GRINOVER, 2011, p. 305)

A partir disso surgiu um grande movimento da doutrina, no sentido de que, houvesse a imediata retirada do Poder Executivo e a jurisdicionalização da execução penal, como já havia ocorrendo em diversos países.

2.4 A Lei de Execução Penal e a jurisdicionalização da execução da pena

Com o advento da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal foi institucionalizado no Brasil um modelo jurisdicionalizado da execução da pena. A referida Lei consolidou a ideia de uma jurisdição especializada, o Juízo da Execução Penal, com ela, o legislador procurou jurisdicionalizar a execução das penas e medidas de segurança, reconhecendo a autonomia do Direito de Execução Penal (BRITO, 2011, p.57).

O processo de jurisdicionalização foi previsto na Lei de Execução Penal no art. 1.º que fixa o conteúdo jurídico da execução penal, art. 2.º que anuncia a jurisdição e o processo, art. 66 que detalha a competência do juiz de execução penal e art. 194 que determina o procedimento judicial (CARVALHO, 2008, p. 167).

Nesse contexto,

A partir da Lei 7.210/1984, com a jurisdicionalização da execução penal, o Poder Judiciário adquiriu a integral competência para conduzir o processo de execução das penas e medidas de segurança, retirando esta função do Poder Executivo. A Lei de Execução Penal implantou a jurisdicionalização da execução em termos absolutos, em moldes que não havia antes, em que pesem a tradição de jurisdicionalização e a normação constante do regime do Código de Processo Penal (BENETI, 1996, p. 38).

Por conseguinte, importante destacar que o enfoque jurisdicional da execução penal é extremamente relevante do ponto de vista das garantias da defesa, visto que o condenado, nessa ótica, passa a ser titular de direitos públicos subjetivos em relação ao Estado, obrigado a prestar-lhe a tutela jurisdicional (CINTRA, 2003, p. 236).

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, buscando a natureza retributiva da pena, qual seja, não só a prevenção, como também, a humanização. Portanto, por meio da execução, busca-se punir e humanizar (MARCÃO, 2012, p. 31).

3 EXECUÇÃO DA PENA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

3.1 Natureza Jurídica da Execução Penal

Não é pacífica a doutrina acerca deste tema, visto que, há uma corrente que defende que a natureza jurídica da execução penal se dá puramente no âmbito administrativo, por contra ponto há uma segunda corrente que sustenta seu caráter eminentemente jurisdicional (MESSA, 2014, p. 713).

No entanto, prevalece o entendimento de que a execução penal tem natureza mista ou complexa, visto que, sua atividade envolve tanto a esfera administrativa quanto a esfera jurisdicional (AVENA, 2015, p.21).

Já que o objetivo é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, não excluindo de tal a atividade administrativa, entende-se que é fundamentalmente um processo de natureza jurisdicional. Isso ocorre pelo fato de que, por mais que o Judiciário seja o encarregado de proferir as decisões pertinentes à execução da pena o real cumprimento desses comandos se dá em estabelecimentos administrados e inclusive, de responsabilidade do Poder Executivo (NUCCI, 2015, p. 934).

A execução penal é de natureza jurisdicional e trata-se de atividade complexa, porém não é pelo motivo de necessitar de certas atividades administrativas que sua natureza irá mudar, prevalecendo a atividade jurisdicional (MARCÃO, 2015, p. 30).

É importante frisar que,

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participaram dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais (GRINOVER, 2011, p. 7).

3.2 Pressupostos e objetivos da Execução Penal

A execução penal tem como objetivo efetivar os comandos contidos na sentença ou decisão criminal, como também, possibilitar a reintegração do condenado ou internado, conforme enuncia o art. 1º da Lei de Execução Penal. Pelo primeiro busca-se efetivar a pretensão punitiva do Estado executando-se o título executivo formado pela sentença. Já o segundo objetivo, busca ofertar aos apenados ou internados os meios necessários para que possam alcançar a reintegração social (AVENA, p. 23).

A inclusão social do preso é um dos principais objetivos da Lei de Execução Penal, já que, após o cumprimento da pena, o autor do fato criminoso será reintegrado ao convívio em sociedade.

A finalidade educativa da pena, busca não só recuperar o condenado para uma reintegração do mesmo meio social, mas também, inserir um elemento produtivo e reeducado no convívio com os demais gerando maior segurança (LOPES JUNIOR, 2014, p. 16).

É importante salientar, que essa busca de proporcionar ao condenado uma integração social não se resume somente ao plano teórico, mas tem servido de fundamento para decisões do Poder Judiciário em face da concessão ou não de benefícios para o apenado. Conforme já declarou o STJ que “a história da humanidade sempre teve compromisso com a reeducação do condenado e sua reinserção social” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 123.451/RS. Relator: Min. Cármem Lúcia.

Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3175767&tipoApp=RTF>. Acesso em: 15 jun. 2017).

O pressuposto fundamental da execução penal, é a existência de uma sentença condenatória ou absolutória imprópria transitada em julgado. Portanto, considerando que foi adotado o sistema vicariante pelo legislador, a Execução Penal tem como objetivo consumir as disposições estabelecidas na sentença ou decisão criminal e constitui como pressuposto da execução a sentença criminal que tenha aplicado a pena. Ressalta-se que também estarão sujeitas à execução, as transações penais homologadas em sede de Juizados Especiais Criminais (MARCÃO, 2015, p.28).

Assim, uma vez aplicada a pena ao autor do delito, dar-se-á início a execução penal. Sobre essa premissa,

Contém, o artigo 1º da Lei de Execução Penal duas ordens de finalidade. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir delitos. Ao determinar que a execução penal “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou previsão criminal”, o disposto registra formalmente o objetivo da realização penal concreta do título executivo constituídos por tais decisões. A segunda é de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” instrumentalizada por meio de oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos à medida de segurança possam participar construtivamente da comunhão social (MIRABETE, 2004, p. 59).

A Lei de Execução Penal, no que couber, será aplicada às hipóteses de sentença absolutória imprópria, porém, não se aplicará no caso de medidas socioeducativas (CUNHA, 2012, p. 9)

Por fim, a execução penal, traduz-se na fase do processo penal, em que o comando contido na sentença penal condenatória se faz valer, impondo-se efetivamente ao condenado a pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou mesmo a pena pecuniária (NUCCI, 2015, p. 933).

3.3 Sentença Criminal

3.3.1 *Conceito de Sentença*

Passaremos agora, ao estudo da Sentença Criminal, visto como um pressuposto para que a execução penal ocorra.

Portanto, é definida como a decisão onde se julga procedente ou improcedente a imputação, sendo uma fase terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito. Pode ser classificada como condenatória ou absolutória, respectivamente, quando julga procedente a ação impondo uma pena ou quando julga improcedente. No bojo das sentenças absolutórias, encontram-se as absolutórias impróprias que se encarregam de impor ao réu uma medida de segurança, já que é considerado inimputável (NUCCI, 2015, p. 616).

No mesmo sentido,

Definitivas, também chamadas de sentenças, são as que julgam o mérito, as que definem o juízo, “concluindo-o e exaurindo-o na instância ou grau de jurisdição que foi proferida”. Elas se apresentam sob três modalidades: a) condenatórias, quando acolhem, no todo ou em parte, a pretensão punitiva; b) absolutórias, quando a rechaçam (TOURINHO FILHO, 2010, p. 99).

As sentenças são o ponto central dos atos judiciais, concebendo declarações de vontade emitidas pelo juiz, com a finalidade de determinar o que é justo. A sentença injusta, onde reconhece como direito aquilo que não é realidade, faz com que a aplicação do direito seja feita de forma inadequada.

Portanto, a sentença é resultado de uma atividade mental, como também uma expressão de vontade e de poder do juiz (LOPES JUNIOR, 2014, p. 794).

3.3.2 Natureza Jurídica da Sentença

A sentença é uma manifestação intelectual lógica e formal emitido pelo Estado com a finalidade de encerrar um conflito de interesses. É na sentença que consuma-se a função jurisdicional aplicando-se a lei ao caso controvertido, com o objetivo de extinguir juridicamente a controvérsia (CAPEZ, 2012, p. 528).

Nesse sentido,

A sentença no processo penal é o ato jurisdicional por antonomásia, uma resolução judicial paradigmática, à qual se encaminha todo o processo. 68 Somente a sentença resolve, com plenitude, acerca do objeto do processo penal, que, como vimos anteriormente, é a pretensão acusatória (cujo elemento objetivo é o caso penal) (LOPES JUNIOR, 2014, p. 799).

Portanto, compreende-se a sentença na esfera processual penal ser de natureza declaratória, já que o juiz irá declarar o direito aplicável na espécie aplicando a lei ao caso concreto (MESSA, 2014, p. 592).

3.4 Execução Provisória da Pena

A execução provisória da pena privativa de liberdade, ocorre na possibilidade de prisão ao indivíduo já sentenciado, ocorrendo, portanto, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Era pacífico na jurisprudência o entendimento de que, a execução provisória poderia ocorrer quando fosse interposto contra a decisão penal condenatória um recurso sem efeito suspensivo, como por exemplo, o recurso extraordinário e o recurso especial (art. 27, da Lei 8.038/1990). Esse entendimento baseava-se na premissa de que se o recurso interposto não suspendia o efeito principal da condenação, qual seja, o cumprimento da pena, poderia esta ser imediatamente executada, ordenando-se a prisão do réu (AVENA, 2015, p. 203).

Com o julgamento do HC 84.078/MG pelo plenário do STF tal entendimento foi modificado, no sentido de que, a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória ofendia o princípio da não culpabilidade, excetuando-se o caso de prisão cautelar, desde que, fossem preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 312 do CPP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa**

de jurisprudência. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

A partir deste julgado consolidou-se na jurisprudência dos Tribunais Superior o entendimento de que a execução proviória da pena seria possível apenas se na decisão condenatória, ou se após ela, for mantida ou decretada a prisão preventiva do indivíduo (AVENA, 2015, p. 203).

Nesse sentido,

“(…)permite-se a denominada execução provisória da pena. Pode o condenado à pena privativa de liberdade, desde que esteja preso cautelarmente, executá-la provisoriamente, em especial quando pretende a progressão de regime, pleiteando a passagem do fechado para o semiaberto. A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, dessa forma, há um teto máximo para a sanção pena (...)” (NUCCI, 2015, p. 966).

No entanto, com o julgamento do HC 126.292/SP no ano de 2016, entendeu a Suprema Corte, por maioria dos votos que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que, sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário é possível sem que se possa acarretar violação ao princípio da presunção da inocência (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Porém, esse assunto será abordado com maior profundidade no quinto capítulo do presente trabalho.

4 DAS PENAS

Sobre o momento inicial do cumprimento das penas a doutrina entende que “vencida a fase instrutória, de conhecimento, e julgada procedente a ação penal, total ou parcialmente faz-se necessária à execução do título executivo judicial” (MARCÃO, 2015, p. 59).

Portanto, no que diz respeito a execução da sentença criminal, o indivíduo começará a cumprir a pena imposta pelo Juiz, por isso se faz necessário uma breve análise sobre o conceito de pena e suas espécies.

4.1 Conceito de Pena

A sanção penal, é a resposta estatal, no exercício do seu *ius puniendi* aplicado ao autor da infração penal e divide-se em duas espécies: as penas e a medida de segurança.

Conceitua-se a pena como:

Privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais (CAPEZ, 2012, p. 346).

Assim, as penas têm as seguintes características: castigo, intimidação ou reafirmação do Direito Penal, recolhimento de agente infrator e sua ressocialização. Como fundamento, o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária para punição e prevenção do crime (art. 59, CP), e ainda preceitua a Lei de Execução Penal em seu art. 1º que a assistência ao preso ou internado é de dever do Estado com o objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (NUCCI, 2015, p. 347).

Portanto, a pena é espécie de sanção penal, imposta pelo Estado mediante ação penal ao autor de um crime, como retribuição do ato ilícito cometido e baseado na diminuição de um bem jurídico cujo objetivo é evitar novos delitos (JESUS, 2014, p. 198).

4.2 Finalidades e Teorias das Penas

As teorias que justificam a pena encontram sua motivação em conformidade com a estrutura política do Estado. Apesar da história discussão acerca dos fins da pena, duas teorias se destacam: as teorias absolutas e as teorias relativas. Dessas duas teorias existem outras variantes denominadas teorias mistas, unitárias ou ecléticas.

a) Teoria absoluta e finalidade retributiva: De acordo com essa teoria a pena é concebida como uma forma de retribuição justa pela prática de um delito. Para essa concepção, a pena não possui nenhum fim social útil, como por exemplo, a prevenção de delitos, mas sim de castigar o criminoso pela prática do crime (CAPEZ, 2012, p. 346).

b) Teoria relativa e finalidade preventiva: Para essa teoria, a pena possui a finalidade de prevenir delitos com meio de proteção aos bens jurídicos. Assim, ao contrário das teorias absolutas, a finalidade da pena não é a retribuição, mas sim prevenção (BITENCOURT, 2008, p. 92).

Acerca deste tema,

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques, a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-se ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada (NUCCI, 2015, p. 347).

c) Teoria Mista ou Eclética: Na tentativa de conciliar as teorias absolutas com as teorias relativas, surgem, as teorias unificadoras. É a teoria adotada pelo Código Penal, conforme enuncia o art. 59, caput, em que o juiz estabelecerá a pena conforme seja necessário o suficiente para reprovação e prevenção do crime (GRECO, 2010, p. 466).

4.3 Princípios aplicáveis às penas

Os princípios encontram sua importância no fato de que, conferem uma lógica ao Direito, preenchendo as lacunas e dando significado às regras existentes, no que concerne ao Direito Penal, têm como principal finalidade limitar o poder punitivo do Estado, servindo como garantia ao cidadão.

São princípios aplicáveis às penas: reserva legal, anterioridade, intranscendência, inderrogabilidade, intervenção mínima, humanização das penas, proporcionalidade e individualização (GRECO, 2010, p. 45).

a) Princípio da Reserva Legal ou da Estrita Legalidade: Encontra-se expressamente no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, como também, no art. 1º do Código Penal e trata-se de fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, as quais, só poderão ser criadas através de lei em sentido estrito, emanado pelo Poder Legislativo (NUCCI, 2015, p. 56).

b) Princípio da Anterioridade: Está expresso no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e art. 1º do Código penal, se traduz na ideia de que para que exista crime e seja imposta a pena é preciso que o fato tenha sido cometido posteriormente da lei ter entrado em vigor (JESUS, 2014, p. 51).

c) Princípio da Intranscendência: De acordo com o art. 5º, XLV da Constituição Federal, é vedado a pena ultrapassar a pessoa do condenado. Para a doutrina,

Não poderá alcançar familiares do acusado ou pessoas alheias a infração penal. Porém, ainda segundo o mesmo artigo, é possível que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens como efeitos da condenação, sejam, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executados até o limite do valor do patrimônio transferido (CAPEZ, 2012, p. 35).

d) Princípio da Intervenção Mínima: É um princípio limitador ao poder punitivo do Estado, onde o Direito Penal, somente deverá intervir nos casos de ataques muito graves a bens jurídicos mais importantes, ou seja, este ramo do Direito deverá ser visto como *ultima ratio* (GRECO, 2010, p. 13).

- e) Princípio da Humanização das Penas: Significa dizer, através deste princípio, que o direito penal deve garantir o bem estar da sociedade, incluindo-se os condenados (NUCCI,2015, p. 55).
- f) Princípio da Inderrogabilidade: É consequência do Princípio da Reserva Legal, onde se presentes os requisitos para a condenação não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida (GRECO, 2010, p. 100).
- g) Princípio da Proporcionalidade: Este princípio determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato, significando dizer que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor (JESUS, 2014, p. 53).
- h) Princípio da Individualização: Expressamente indicado pelo art. 5º, XLVI da CF, determina que deve-se aplicar a cada indivíduo o que lhe cabe de acordo com as circunstâncias específicas de seu comportamento. Nesse sentido,

Com efeito a individualização da pena desenvolve-se em três planos: legislativo, judicial e administrativo. No prisma legislativo, o princípio é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas. A individualização judicial complementa a legislativa, pois esta não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. Finalmente, a individualização administrativa é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular. (GRECO, 2010, P. 67)

4.4 Espécies de Penas

As espécies de penas são: penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e pena pecuniária.

As penas privativas de liberdade dividem-se em reclusão e detenção. As espécies das restritivas de direito são, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. E, por fim no bojo das penas pecuniárias encontram-se as multas (JESUS, 2014, p. 198).

4.4.1 Penas Privativas de liberdade

Como já dito, existem como espécies das penas privativas de liberdade a detenção e reclusão. As diferenças entre elas, se dão sob cinco aspectos, quais

sejam, o regime de cumprimento; concurso material; a incapacidade de exercer o poder familiar, tutela ou curatela; a medida de segurança; a prisão preventiva; a fiança e a intimação da sentença de pronúncia (GRECO, 2010, p. 128).

Por contra ponto,

Inexistindo entre reclusão e detenção qualquer diferença ontológica, mesmo porque a Lei não ofereceu nenhum critério diferenciador, parece não restar outra solução ao intérprete que assentar na insuficiência do critério quantitativo as bases de diversificação (COSTA JUNIOR, 2010, p. 146).

A reclusão é cumprida inicialmente nos regimes, fechado, semiaberto ou aberto, já a detenção só poderá ser cumprida inicialmente no regime semiaberto ou aberto (art. 33, *caput*, CP). E ainda, no caso de concurso material a reclusão será cumprida em primeiro lugar (art. 69, *caput*, CP). Outra diferença se dá, como efeito da condenação, para os crimes apenados com reclusão a hipótese de sobrevir a incapacidade de exercer o poder familiar, tutela ou curatela, no caso de crimes dolosos praticados contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP). Nos casos de medida de segurança, a detenção permite o tratamento ambulatorial, porquanto, a reclusão propicia a internação do indivíduo (art. 97, *caput*, CP). E, por fim, a proibição de fiança aos crimes apenados com reclusão, em que a pena mínima estabelecida for superior a 2 anos (art. 323, I, CP), como também, a intimação da sentença de pronúncia que deve ser feita pessoalmente ao réu quando se tratar de crimes contra a vida apenados com reclusão (art. 420, I, CP) (NUCCI, 2015, p. 360).

4.4.2 Penas Restritivas de Direitos

As penas restritivas de direitos são também chamadas de “penas alternativas”, pelo fato de que, têm como objetivo evitar a desnecessária imposição de pena privativa de liberdade nas situações previstas na lei, referente àqueles indivíduos envolvidos na prática de infrações penais de reduzida gravidade e com condições pessoais favoráveis (NUCCI, 2015, p. 390).

De acordo ainda com Renato Marcão (2015, p. 75) “as penas restritivas de direitos indicam a ideia de restrição de outros direitos que não a de liberdade de locomoção ou penas alternativas à pena de prisão” (MARCÃO, 2015, p. 75).

São divididas em, prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e

limitação de final de semana (art. 43, CP). O rol estabelecido no referido artigo é exaustivo, ou seja, não pode no caso concreto o magistrado, criar outra espécie de pena alternativa (JESUS, 2014, p. 205).

É o entendimento da doutrina que,

O requisito de natureza subjetiva encontra-se no inciso III do art. 44 do Código Penal, que juntamente com os dois anteriores, possibilita a substituição desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (GRECO, 2010, p. 523).

Dispõe o art. 55 do Código Penal o art. 55 do CP que as penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana têm a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. Mas a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas superior a 1 (um) ano pode ser cumprida em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (art. 46, § 4.º, do CP). Essa regra não se aplica às penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, pois em nada se relacionam com o limite temporal da pena privativa de liberdade substituída. Têm, notadamente, cunho patrimonial, e não de restrição de direitos por prazo certo (CAPEZ, 2012, p. 399).

4.4.3 Pena Pecuniária

Consiste na sanção que impõe ao réu o pagamento de uma quantia a título de multa que é aplicada levando-se em consideração a individualização e a peculiaridade do crime cometido, e as condições econômicas do réu, obedecendo a um caráter bifásico, que primeiro fixa o número de dias multa e após o valor de cada dia (art. 49, CP).

Sobre a fixação da pena de multa,

Não se pode esquecer o peculiar fator determinado pela lei para a fixação da pena de multa: o magistrado deve atentar principalmente para a situação econômica do réu (art. 60, caput, CP). Verificando-se que a sua situação financeira é consistente e elevada, deverá ter o valor de cada dia-multa estabelecido em valores superiores a um trigésimo do salário mínimo. Se, feito isso, continuar insuficiente, pode o juiz elevar o número de dias-multa. O mais relevante é que a sanção pecuniária tenha repercussão considerável no patrimônio do condenado. Não se compreende a razão pela qual haja, atualmente, tanto descuido para a fixação da pena de multa, tratando o julgador, por vezes, com minúcia da pena privativa de liberdade e

padronizando a multa em “10 dias-multa, calculado cada dia no mínimo legal (NUCCI, 2015, p. 407).

Multa é a espécie de sanção penal, de cunho patrimonial, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Em se tratando de pena, deve respeitar os princípios da reserva legal e da anterioridade. O Fundo Penitenciário Nacional foi instituído pela LC 79/1994, e constituem-se em seus recursos as multas decorrentes de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado. Como, entretanto, a citada lei não indica a origem das penas de multa, isto é, se provenientes da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, bem como o respectivo destino de cada uma delas, entende-se que os Estados podem legislar sobre o assunto, com a finalidade de encaminhar a sanção pecuniária para o fundo sob sua gestão. Essa posição tem amparo no art. 24, I, da CF, que fixa a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal sobre direito penitenciário (CAPEZ, 2012, p. 405).

5 EVOLUÇÕES NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

5.1 Entendimento adotado pelos Tribunais Superiores até 2009

Desde a Constituição de 1988, era pacífico o entendimento de que se o acusado fosse condenado por um Tribunal de segundo grau, aquela pena poderia ser executada, visto que os Recursos Extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, conforme preconiza o art. 637 do Código de Processo Penal (LIMA, 2016, p. 302).

Portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo (STF, 1ª turma HC 91.675/PR Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 04/09/2007, Dje 157 06/12/2007).

Em manifestação positiva acerca da execução provisória da pena,

Passou-se a entender, com razão, que nada impede que se providencie a execução provisória da sentença na pendência de recurso do acusado, quando transitada em julgado a decisão condenatória para a acusação. Realmente, prevê a lei de execução institutos penais como a progressão, remição, livramento condicional, indulto, etc [...]. Urge, pois, o disciplinamento legal regular da execução provisória, a fim de que não fique postergada para após o trânsito em julgado definitivo da sentença a concessão dos referidos benefícios. Trata-se de aplicação de dispositivos de caráter penal que não pode ser protelada (MIRABETE, 2004, p. 36).

Portanto, era assente o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal de que o mero efeito devolutivo do Recurso Especial ou Extraordinário previsto no artigo 637 do Código de Processo Penal contra decisão condenatória não impediria a execução imediata da pena pelo simples esgotamento das vias ordinárias, sem que isso implicasse em ofensa ao princípio da presunção da inocência (AVENA, 2015, p. 28).

Este posicionamento, foi admitido até 2009, ano em que o STF mudou seu entendimento que a partir de então impediria que a execução penal ocorresse de forma antecipada e provisória.

5.2 Julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG de 2009

O Habeas Corpus em questão foi interposto por Omar Coelho Vítor, em que pleiteava o direito de recorrer em liberdade. Depois de ter sido condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos- MG à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigo 121, §2º, I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código penal), e ter sua condenação confirmada pelo Tribunal, interpôs recurso especial (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de jurisprudência.** Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

Devido ao efeito não suspensivo desse recurso, o STJ havia negado o direito de recorrer em liberdade, tendo então, sido interposto o HC ao STF, cuja decisão a ser proferida pela 2ª Turma foi submetida ao Plenário. O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de jurisprudência.** Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

Com os votos vencidos, os ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa ampararam o argumento de que o esgotamento de matéria fático probatória se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STF e ao STJ não tem efeito suspensivo, ou seja, não suspendem os efeitos da sentença condenatória. Além disso, sustentaram também que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário), não possibilita direito absoluto de recorrer em liberdade, como ocorre no Brasil (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de jurisprudência.** Brasília, 5 fev. 2009. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

Por contra ponto, afirmou o Ministro Celso de Mello que a execução provisória da pena não é juridicamente viável para o sistema normativo que vigora no Brasil. Admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do CPP – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de jurisprudência.** Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

Portanto, a Suprema Corte a partir deste julgamento modificou o entendimento já reiterado nos Tribunais Superiores, visto que, suspendeu a execução provisória da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido,

A pretexto de se tratar de *prisão provisória*, cautelarmente decretada durante a instrução, não se pode obstar esse direito, uma vez que, existindo eventual triunfo da defesa, por ocasião do julgamento de seu recurso, o máximo que poderá ocorrer será a imediata liberação do réu – quando houver absolvição ou diminuição da pena. Lembremos que o tempo de prisão provisória será computado como se pena cumprida fosse, em virtude da detração (art. 42, CP), o que fortalece, ainda mais, a possibilidade de se conceder ao sentenciado algum benefício, caso tenha preenchido o requisito objetivo, concernente ao tempo de prisão (NUCCI, 2015, p. 966).

A execução provisória só será possibilitada através da prisão preventiva, que poderá ter sido decretada durante a investigação ou no curso do processo, de acordo com os arts. 311 a 316 e 413, § 3º do CPP. E, ainda, desde que mantida por ocasião da sentença condenatória, ou originariamente decretada neste momento (MARCÃO, 2015, p. 36).

De acordo com o entendimento constitucionalista do STF, a prisão, fundada exclusivamente "na lei", que desrespeita os princípios assegurados no Estado constitucional e democrático de Direito, viola manifestamente a presunção de

inocência, o que significa um retrocesso, implicando na execução provisória indevida da pena (LIMA, 2016, p. 309).

5.3. Julgamento do Habeas Corpus nº126.292/SP de 2016 e o novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, em sede de Habeas Corpus nº 126.292/SP, por maioria dos votos, entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que, sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário é possível sem que se possa acarretar violação ao princípio da presunção da inocência, ou seja, a sentença do juiz, confirmada pelo Tribunal do Estado ou Federal, é suficiente para determinar o início do cumprimento de pena, ainda que esteja pendente de análise um recurso ao STJ ou ao próprio STF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

O julgamento teve por relator o ministro Teori Zavascki, que foi responsável pelo voto vencedor, seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Votaram contra os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

O Habeas Corpus sobre o qual se pronunciou a Corte foi impetrado em favor de um homem condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial fechado pela prática do crime de roubo, com direito a recorrer em liberdade. Ele apelou da sentença e o tribunal manteve a sentença de primeiro grau, determinando a imediata expedição do mandado de prisão. Contra essa ordem, foi impetrado Habeas Corpus junto ao STJ, sendo indeferido posteriormente pelo presidente do STJ, o ministro Francisco Falcão. Destarte, foi impetrado novo Habeas Corpus junto ao STF com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da não culpabilidade, além de outros dispositivos constitucionais e jurisprudenciais já consolidados na

suprema corte, com exceção apenas das prisões de naturezas cautelares, preventivas e outras de natureza extrema (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

O STF declarou ainda, que tal execução de pena não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, porque a confirmação da decisão pelo Tribunal de segundo grau encerra a análise dos fatos e das provas, baseando-se na culpa do condenado, autorizando assim o início da execução da pena (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

5.3.1 Argumentos do Ministro Teori Zavascki

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, assinalou que o chamado princípio de não culpabilidade e suas consequências existe até que seja confirmada a decisão condenatória em segundo grau. Até então, deve-se presumir a inocência do réu. Entretanto, depois desse momento, uma vez que os recursos já não versam sobre questões de prova mas somente sobre o direito aplicável, ou seja, sobre a interpretação das leis ou da Constituição, já não se pode impedir a execução da condenação com base na presunção de inocência (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Os argumentos expostos pelo ministro relator se voltaram em duas vertentes: em primeiro lugar, pretendeu discutir o alcance do chamado princípio da presunção de inocência; em segundo lugar, estabeleceu o que explicou como “um equilíbrio entre o princípio em questão e a necessidade de efetividade da função da jurisdição penal”. No que respeita ao alcance do princípio, começou por afirmar que, desde o ano 1991 até 2009, o STF considerou que a presunção de inocência não impedia a prisão

imediate se assim tinha sido disposto na sentença, ainda sendo possível recorrer da decisão em instâncias superiores (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Igualmente, sustentou o ministro relator que, apesar de ter presumido a inocência do acusado antes da sentença penal condenatória, a primeira condenação já “representa, por certo, um juízo de culpabilidade” derivado da apreciação que fez o juiz sobre os elementos de prova obtidos no curso do processo. Ainda que esta condenação não seja definitiva, o juiz afirmou sua convicção a respeito da culpa do réu (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Dessa maneira, com a seguinte confirmação da condenação por um Tribunal de Justiça ou Federal, de hierarquia imediatamente superior, resta esgotado o exame da prova e, com ele, o sentido do duplo grau de jurisdição. Assim, os recursos de natureza extraordinária ou especial não são desdobramentos do mesmo princípio porque não possuem efeito devolutivo amplo, ou seja, não podem conhecer questões relativas às provas, mas unicamente facultam a revisão do direito (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Também fez uma comparação com a decisão do STF sobre a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que determina expressamente que constitui impedimento para propor-se como candidato em eleições públicas a existência de uma condenação derivada de órgão colegiado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Acrescentou, ademais, que desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004 só é possível conhecer e julgar os recursos extraordinários no STF se o tema tratado, além de ser matéria exclusivamente constitucional, cumpre o requisito de repercussão geral, que vai além ao simples interesse das partes demandantes (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

No que refere ao segundo argumento, ou seja, à necessidade de compatibilizar o princípio de presunção de inocência e a efetividade da função da jurisdição penal, o ministro relator afirmou, primeiramente, que os juízos realizados nos Tribunais Superiores não discutem a culpa, mas que, em geral, tratam unicamente temas de direito, com o que só excepcionalmente pretendem modificar as decisões dos Tribunais dos Estados e Tribunais Regionais Federais (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Trouxe ainda, estatísticas apuradas pelo ministro Joaquim Barbosa, no julgamento sobre o Habeas Corpus nº 84.078, no qual afirmou que dos 167 recursos extraordinários em que havia atuado como relator na Corte Suprema, tão só 36 tinham sido aprovados, e deles 30 tratavam exclusivamente da questão do regime inicial de cumprimento de pena, com o que, cerca de 4% dos recursos tinham alterado efetivamente as decisões de segunda instância. Por isso, sustentou o ministro Teori Zavascki, os recursos manejados frente às Cortes Superiores (STF e STJ) são, de regra, simples instrumentos dilatórios, com o objetivo de produzir o advento da prescrição pelo transcurso exagerado do tempo sem juízo definitivo. Pelo dito, tais recursos se estariam convertendo em instrumentos para alcançar a não efetividade da jurisdição penal, sob o disfarce de um instrumento de garantia (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17

fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Nesse sentido,

“Quando há a confirmação pelo tribunal de segundo grau de um acórdão condenatório, a matéria fática probatória já foi resolvida ainda que seja possível a interposição de um recurso extraordinário ou especial e, ainda que esses recursos tenham o efeito de obstar o trânsito em julgado eles não permitem a devolução de matéria de fato probatória que já teriam sido definidas nas instâncias ordinárias então não há porque se procrastinar o início da execução da pena” (2017, p. 320).

O Ministro relator então, concluiu seu voto sustentando que incumbe ao STF garantir a efetividade do processo como único meio de realização do *ius puniendi* estatal.

5.3.2. Argumentos Divergentes

Contra a tese vencedora, os principais argumentos são observados nos votos dos ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. À vista disso votaram no sentido de manter o posicionamento já sedimentado no HC nº 84.078/MG quanto à impossibilidade da execução penal provisória, motivados pela importância atribuída ao princípio da presunção da inocência pela CF/88 como instrumento de garantia da liberdade do indivíduo. Nesse segmento,

O princípio do estado de inocência ou, como preferem da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII), determina, antes de sentença condenatória transitar em julgado, a impossibilidade de se impor, ao acusado de um crime qualquer, medida de coação pessoal ao seu direito de liberdade, que se revista de características de execução de pena. Proíbe-se a denominada “pena antecipada”, exceção às providências de natureza cautelar, como a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária (JESUS, 2014, p. 221).

A ministra Rosa Webber referiu que tem procurado manter a jurisprudência já sedimentada, pois a “segurança jurídica, sobretudo quando a Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito cara à sociedade, e há de ser prestigiada” e no caso, a decisão sedimentada no HC nº 84.078/MG deveria ser mantida (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

O ministro Marco Aurélio sustentou que a execução da pena sem culpa devidamente formada é uma execução antecipada de forma excessiva. Afirmou ainda que não é possível dar ao texto constitucional uma interpretação diversa da que está escrita e o que ali se diz é, precisamente, a impossibilidade de executar uma condenação enquanto seja possível exonerar a responsabilidade penal do agente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Igualmente, o Ministro Marco Aurélio, seguindo uma iniciativa anterior do Ministro Cezar Peluzo, propôs uma emenda constitucional tratando exatamente de permitir a execução de pena a partir da segunda decisão confirmatória da condenação, mas o Poder Legislativo não acolheu a pretensão (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Segundo o ministro Celso de Mello, a presunção de inocência supõe a impossibilidade de executar a pena antes de encontrar-se esgotada a via recursal, constituindo isto uma hermenêutica emancipadora dos direitos básicos da pessoa humana (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

O ministro Lewandowski apontou que a decisão implicaria incrementar o número de pessoas na prisão, resultando um cenário caótico. Afirmou também que se no processo civil, no caso da discussão de questões patrimoniais, se estabeleceu um sistema de proteção e caução para evitar prejuízos enquanto se encontra pendente a decisão de um recurso, com mais razão deveria estabelecer-se se o risco é até a liberdade de uma pessoa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017).

Pelo exposto, tem-se que é possível que o princípio da presunção da inocência possa ser interpretado de diversas maneiras; os que entendem possível a execução provisória da pena buscam conferir efetividade às decisões penais, já os contrários que são defensores da Carta Magna, atentam para a importância da presunção da inocência como direito fundamental.

6 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE FRENTE AO ENTENDIMENTO DO STF

O princípio da presunção da não culpabilidade, também conhecido como princípio do estado de inocência ou presunção de inocência, prevista na nossa Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, LVII e confirmada por tratados e convenções internacionais diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Este princípio é considerado um dos princípios basilares da nossa constituição, responsável por tutelar à liberdade dos cidadãos (CABETTE, 2015).

No ano de 1969, com a convenção americana dos direitos humanos (pacto São José da Costa Rica), o princípio da não culpabilidade foi expressamente consagrado em seu art. 8º, item 2 que diz: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (Dec. nº 678/92 – art. 8º, parágrafo 2º).

A doutrina faz interessante leitura de direito comparado e adota o conceito de que transita em julgado a decisão que não comporta mais recurso, inclusive especial e extraordinário, definindo assim os limites processuais da presunção de inocência:

A norma constitucional do inciso LVII, agora sob nosso exame, garante a *presunção de inocência* por meio de um enunciado negativo universal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim também o faz a Constituição Italiana (art. 27, alínea 2 – embora não por meio de um juízo universal, porque particulariza o destinatário da norma em *l'imputato* = o imputado). Usa-se de uma forma negativa para outorgar uma garantia positiva. A Constituição Espanhola emprega uma fórmula positiva: “todos tienen derecho (...) a la presunción de inocencia”. Falta, porém, um limite. A Constituição Colombiana de 1993, declara, positivamente: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Na verdade, o texto brasileiro não significa outra coisa senão que fica assegurada a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O *trânsito em julgado* se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário. Essa garantia de inocência é que fundamenta a prescrição do inciso LXXV, segundo a qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (SILVA, 2014, p. 155).

Apesar de recepcionado pela CF através do decreto lei 678/92, este difere quanto ao texto expresso em nossa CF de 1988, onde fala na necessidade do trânsito em julgado da condenação para o reconhecimento da culpa. No texto da convenção americana dos direitos humanos, não se exige o trânsito em julgado para afastar a culpabilidade do acusado, mais sim a comprovação da culpa, na qual restaria comprovado no

exercício do duplo grau de jurisdição. Entendimento este que não pode ser retirado da nossa carta magna, exigindo para isto o trânsito em julgado da sentença para o total afastamento do princípio da não culpabilidade (LIMA, 2016, p. 43).

Acontece que no dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, de relator o ministro Teori Zavascki, a suprema corte, decidiu por sete votos a quatro pela possibilidade de execução provisória da pena em acórdão de segunda instância e que tal decisão não ofenderia o princípio da presunção da não culpabilidade. Na visão dos ministros, o princípio da presunção da não culpabilidade não impede que as condenações sejam executadas depois de uma decisão de segunda instância, visto que os recursos Especial e Extraordinário não são dotados de efeito suspensivo e não discutem os fatos, apenas matéria de direito. Decisão esta oposta que a exposta em decisões anteriores, em que ratificava o que havia descrito na Constituição Federal.

Houve, segundo o STF, uma relativização do princípio da presunção da não culpabilidade na medida em que objetiva um equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional.

6.1 A relativização do Princípio da presunção da não culpabilidade e as ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 de 2016

Como desdobramento dessa ampla discussão acerca dessa “relativização do princípio da presunção da não culpabilidade”, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional (PEN) ingressaram com ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) com pedido de liminar junto ao STF para que não sejam determinadas novas execuções provisórias e que sejam suspensas as já determinadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >.
 Acesso em: 31 jul. 2017).

O pedido formulado na inicial foi de que a Suprema Corte declarasse a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal que ratifica o texto do art. 5º, LVII, da CF condicionando o início da pena após o trânsito em julgado da ação penal.

Na ADC, protocolada pelo PEN18 em 18/05/2016, há uma crítica no fato de que o STF não analisara o art. 283 do CPP, inserido na legislação em 2011. Eles também alegam que faltou um amplo debate necessário ao caso, devido a sua relevância (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

O conselho federal da ordem dos advogados do Brasil chamou este entendimento do Supremo de “mutilação inconstitucional”, para eles o supremo fez uma superinterpretação da norma ao permitir a execução antecipada da pena depois de confirmada por tribunal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

Na ação requerida dia 19/05/2016, assinada pelo presidente Claudio Lamachia e pelos advogados Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade e Juliano Breda, o conselho requereu, assim como fora protocolada pelo PEN, que se reconheça a constitucionalidade do art. 283 do CPP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

Nas palavras do conselho federal da OAB:

“Tal dispositivo, encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio da presunção de inocência, esculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ao optar por simplesmente deixar de aplicar o artigo 283 do Código de Processo Penal, os órgãos fracionários incorrem em flagrante usurpação da competência do plenário para julgar questões constitucionais incidentais, contrariando, expressamente, a Súmula Vinculante 10, editada em resposta ao drible hermenêutico frequentemente praticado nos tribunais à cláusula da reserva de plenário, também conhecida como full bench, insculpida no artigo 97 da Constituição. Na verdade, os órgãos fracionários dos tribunais até podem entender que a execução antecipada da pena deve prevalecer sobre a presunção de inocência, mas desde que superem – e não contornem! – pela via adequada o obstáculo representado pelo artigo 283 do Código de Processo Penal”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta

de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

As análises dessas duas ADC's foram ao plenário do STF inicialmente no dia 01/09/2016, tendo como relator das duas ações o ministro Marco Aurélio tendo este votado no sentido da constitucionalidade do art.283 do Código de Processo Penal e concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, no dia 05/10/2016, com a retomada da sessão, foi decidido que a norma não veda o início da prisão depois de confirmada por tribunal e, por 6 votos a 5, as ADC's foram indeferidas, ratificando o entendimento até então firmado no HC 126.292/SP.

6.2 Principais argumentos utilizados pelo STF no julgamento das ADC's 43 e 44

Nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o artigo de lei em questão é o 283 do Código de Processo Penal (com redação da Lei 12.403/2011) e se discutiu qual a sua constitucionalidade ou qual interpretação lhe deve ser dada ou vedada para o melhor atendimento à garantia constitucional de presunção da inocência (CUNHA, Rogério. Execução Penal, 10 mar. 2017, 13 jul. 2017. Notas de aula).

Partiu-se da premissa de que o Princípio da proibição da proteção deficiente se traduz na sistemática de garantismo penal, sendo modelo de direito que repudia dois extremos, quais sejam, o excesso a hipertrofia da punição, e a vedação da proteção deficiente do Estado (CUNHA, Rogério. Execução Penal, 10 mar. 2017, 13 jul. 2017. Notas de aula).

Portanto, utilizou-se a tese de que no Brasil enquanto não houver o duplo grau de jurisdição de matéria fática e probatória não caberá execução penal, mas a partir do esgotamento da matéria fática probatória é possível a execução, assim, aguardar a análise de recursos seria como aliar-se à proteção deficiente do Estado (CUNHA, Rogério. Execução Penal, 10 mar. 2017, 13 jul. 2017. Notas de aula).

Para o Ministro Barroso, impedir a execução acabava fomentando o direito penal seletivo, porque na maioria das circunstâncias somente pessoas abastadas conseguem fazer o processo chegar aos Tribunais Superiores (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

Para Teori Zavaski e Luiz Fux a exigência de recurso viola a igualdade, pois pessoas que não tem condições de levar os processos aos tribunais superiores iniciarão desde logo o cumprimento da pena (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

Os Ministros entenderam ainda, que não houve mitigação ao princípio da presunção de inocência, porque este princípio tem sentindo dinâmico, leia-se que o seu valor varia conforme o transcurso do feito (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

O Ministro Teori Zavascki revelou estatísticas que se mostram favoráveis a execução provisória da pena já que dos REsp e RE impetrados somente 1,7% obtiveram sucesso, sendo só 0.48 % favorável a defesa e muitos argumentos pela defesa diziam respeito à prescrição ou poderiam ser deduzidos pelo HC (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

Por fim, Zavascki alertou que o caos carcerário não tem relação com a execução, tem relação com a banalização da prisão provisória cautelar leia-se a preventiva. Dizendo que precisa-se mais de execução provisória e menos preventiva banalizada pelo Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 43 e 44/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> >. Acesso em: 31 jul. 2017).

7 CONCLUSÃO

O trabalho teve como objetivo o estudo e análise do recente julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP no ano de 2016, em que, a Suprema Corte modificou o entendimento já pacificado entre os tribunais superiores acerca do instituto da execução provisória da pena. Passou-se então, admitir, no sistema normativo brasileiro a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que, sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário.

Por conseguinte, foram discutidos os fundamentos favoráveis e contrários arguidos pelos ministros na construção desse entendimento, onde dentre os argumentos favoráveis, destacou-se que o princípio da presunção da inocência, ao exigir o trânsito em julgado da decisão como condição para executar a pena, possibilitou ao indivíduo valer-se dos inúmeros recursos que o ordenamento prevê como meio de procrastinar ou tornar prescrita a aplicação da pena imposta, tonando ineficaz a prestação jurisdicional do Estado. Bem como, de que a presunção de inocência se exaure após a prolação do acórdão condenatório sendo o trânsito em julgado alcançado com o exercício do duplo grau de jurisdição.

Já, dentre os contrários, essencialmente, frisou-se a observância da literalidade do disposto no art. 5º, LVII da CF/88, o qual é enfático ao exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória para possibilitar a execução da pena – e isso significa que deve haver uma certeza de culpa contra o indivíduo, e não uma presunção – sendo que a pendência de recurso de qualquer natureza obsta o seu cumprimento, ainda porque, o princípio da presunção da inocência é considerado um princípio fundamental, não cabendo ao STF dar interpretação diversa ao positivado pela CF/88.

Portanto, entende-se que, mesmo que a intenção do STF tenha sido louvável, buscando conferir efetividade às decisões condenatórias, impugna-se o meio pelo qual o fez – autorizando a execução penal provisória, e contrariando preceito fundamental. Com efeito, há de se encontrar um meio para equilibrar essa demora processual, sem, contudo, se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais, como o fez. Também, porque, a presunção da inocência é elevada a condição de cláusula pétrea, e tampouco poderia ser alterada por emenda constitucional, sendo uma possível solução a modificação do sistema processual penal brasileiro.

Além disso, se o objetivo era dar uma resposta mais célere aos criminosos, o ideal seria firmar o entendimento de que eventual condenação em segundo grau poderia justificar a decretação da *prisão preventiva* do acusado e não a execução provisória da pena. Dessa forma, seria resguardado o sentido de presunção de inocência previsto no texto constitucional, não sendo afetado, outrossim, o próprio significado de trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal comentários à Lei n. 7.210**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRITO, Alexis Augusto Couto. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 2011.
- BENETI, Agostinho Sidnei. **Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. 11. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de Execução Penal para concursos**. 2. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.
- JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13. ed. ver. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.
- AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2015.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10.ed. Niterói: Impetus, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Pesquisa de jurisprudência**. Brasília, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.