

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

GUSTAVO SHIMABUCO RODRIGUES DE ALMEIDA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

VITÓRIA
2017

GUSTAVO SHIMABUCO RODRIGUES DE ALMEIDA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de
Vitória – FDV, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA
2017

GUSTAVO SHIMABUCO RODRIGUES DE ALMEIDA

**A (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente trabalho, através da metodologia dialética, visa estudar a possibilidade da execução provisória da pena, sob a ótica do princípio constitucional da presunção de inocência, presente no art. 5º da CF/88. De início, tem-se no Código de processo penal, que foi criado em 1941 durante um regime autoritário, a presença do art. 637 que estabelece a ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários. Dessa forma, o entendimento aplicado antes da Constituição Federal de 1988 era acerca da possibilidade de se executar provisoriamente a pena. Mas, com o advento da CF/88 (constituição mais protetora dos direitos e garantias individuais), tornou-se discutível, pois a constituição em seu art. 5º. LVII, trouxe expressamente a necessidade do trânsito em julgado para possibilitar a execução. Assim, começaram haver demandas de Habeas Corpus nas instâncias extraordinárias, para suspenderem a execução enquanto não transitasse em julgado, pois teoricamente, se tratavam de prisões ilegais. Porém, mesmo com a constituição exigindo o trânsito em julgado para executar a pena, o primeiro entendimento do Supremo Tribunal Federal, no HC 68.726 de 1991, foi que não haveria a necessidade do trânsito em julgado, apenas precisaria do exaurimento das instâncias ordinárias. Tal entendimento perdurou até 2009, quando foi julgado o HC 84.078, que estabeleceu que só poderia executar a pena após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, excetuando-se os casos de prisões cautelares. Com esse entendimento, finalmente estaria sendo observada a garantia constitucional da presunção de inocência, conforme exposta na constituição de 1988. Todavia, mesmo sem haver alterações significativas nos instrumentos normativos, o STF, durante o julgamento do HC 126.292 de 2016, alterou novamente seu posicionamento, retrocedendo à possibilidade da execução provisória da pena. Portanto, observa-se que a execução provisória no Brasil, é um instituto desprovido de segurança jurídica, na medida em que, por diversas vezes, houve a alteração do entendimento acerca de sua constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVES: Princípio da presunção de inocência; garantismo penal; trânsito em julgado; execução provisória da pena; Habeas Corpus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	07
1.1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....	07
1.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	12
2 EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL	16
2.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	19
2.1.1 Execução provisória da pena nos casos de prisão cautelar.....	19
2.1.2 Execução provisória da pena quando ainda pendente de Recurso Especial ou Extraordinário.....	22
2.2 CPP versus CPC: A INCOMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIA CÍVEL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PENAL.....	25
2.3 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS SOBRE DIREITO COMPARADO E A INCONGRUÊNCIA NA COMPROVAÇÃO DEFINITIVA DE CULPABILIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO.....	28
3 HISTÓRICO DAS MUDANÇAS DE INTERPRETAÇÃO ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF	30
3.1 JULGAMENTO DO HC 68.726 – POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	32
3.2 JULGAMENTO DO HC 90.645 E DO HC 84.078 – IMPOSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	34
3.3 JULGAMENTO DO HC 126.292 – POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva estudar a constitucionalidade, ou não, da execução provisória da sentença penal condenatória pendente de recurso, ou seja, antes do trânsito em julgado. Para compreender melhor sobre o assunto, será analisado o momento histórico de criação do Código de Processo Penal (1941) até a chegada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Isso porque, o Código de Processo Penal foi criado durante um regime autoritário e a Constituição Federal de 1988 foi criada num período de ascensão do Estado Democrático de Direito, ou seja, um período de ampliação do rol de direitos e garantias dos indivíduos.

Nesse sentido, após a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, diante da garantia constitucional de presunção de inocência, vem adotando diversos entendimentos acerca da possibilidade da execução provisória da pena. A alteração mais recente nesse entendimento é do julgamento do Habeas Corpus 126.292 do ano de 2016.

Percebe-se então, que existe uma insegurança jurídica em relação ao tema abordado, na medida em que, ora o STF entende como possível a execução provisória da pena e em outra época, ora como impossível. Portanto, tendo em vista a jurisprudência vacilante, o presente trabalho objetiva estudar a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória pendente de recurso, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Para esse estudo, discussões acerca do princípio da presunção de inocência serão de extrema importância para que se possa analisar a constitucionalidade e a compatibilidade desse tipo de execução da pena no sistema penal brasileiro.

Logo, a finalidade do trabalho, é chegar à resposta da seguinte pergunta: é possível, ou não, diante do princípio da presunção de inocência, a execução provisória da pena?

Para alcançar a resposta do problema acima exposto, o trabalho foi dividido em três capítulos:

No primeiro capítulo, será analisado o momento histórico de criação do Código de Processo Penal (1941), para entender como o regime autoritário do Estado Novo influenciou na criação dessas leis. Igualmente, será analisado a influência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 na interpretação lei processual penal.

Além disso, torna-se importante explicar o princípio constitucional da presunção de inocência, presente no art. 5, LVII da CF/88. Para isso, deve-se analisar do que se trata tal princípio e explicar suas duas faces.

No segundo capítulo, por sua vez, será explicado como se dá a execução da pena no Brasil. Ademais, será abordado a execução provisória da pena em duas hipóteses: a execução provisória no caso de prisões cautelares e execução provisória quando, ainda, pendente de recurso (objeto principal do trabalho).

Posteriormente, ainda no segundo capítulo, será feita uma comparação entre o cumprimento provisório presente no processo civil e a execução provisória do processo penal. E, também, será feita uma análise da legislação de alguns países que aceitam a execução provisória da pena pendente de recurso, a fim de mostrar a impossibilidade aplicar o mesmo entendimento no Brasil.

Por fim, no terceiro capítulo, será feito uma análise dos argumentos utilizados pelos ministros do STF no julgamento dos Habeas Corpus: 68.726, 84.078 e 126.292.

Em relação aos procedimentos técnicos para a realização do trabalho, utiliza-se de igual forma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, uma vez que, existe um capítulo exclusivo para análise de jurisprudência. Dentre os autores utilizados, destacam-se: Aury Lopes, Gustavo Henrique Badaró, Luigi Ferrajoli, Nestor Távora, Antônio Scarance.

1 DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O direito penal, no decorrer de sua história assumiu diferentes funções, a depender do contexto histórico-social em que era empregado. Desde a Antiguidade até os Estados Absolutistas, o direito penal, de modo simplista, é tido sobretudo como instrumento de vingança, onde se entende a pena como o meio de empregar o castigo merecido a todo aquele que praticou o mal. Sendo as penas advindas de vingança privada, ou de poderes soberanos, essas desconheciam humanidade, sendo muitas vezes cruéis e arbitrárias.

Frente aos abusos cometidos pelo Estado Absolutista, nasce o Estado Liberal. Inspirado nos ideais iluministas, o direito penal passou a ter sua aplicação regida pelas concepções de proporcionalidade, razoabilidade, culpabilidade, responsabilidade pessoal e principalmente de legalidade. Para tanto, se seguia regras pré-estabelecidas, o que proporcionava igualdade entre imputados, afastando a lógica retributiva – minimamente – visto que, antes mesmo de serem conhecidos a vítima e o autor do fato, havia previsão sobre qual seria a pena aplicada para determinada conduta.

Nesse sentido, surgiram os códigos de processo penal, com o intuito de estabelecerem previamente as regras para julgamento e aplicação da pena, com a finalidade de conter o caráter vingativo do direito penal, bem como estipular limites para o Estado enquanto aplicador do *jus puniendi*, dando ao indivíduo segurança jurídica, alinhado a ideia de Estado de Direito.

No entanto, a evolução do direito penal não se deu de forma linear e contínua. Em sentido contrário ao que se observou no Estado Liberal, com a ascensão dos Estados Totalitários na Europa, e as ditaduras na América Latina, o século XX foi

marcado pelo retrocesso no tocante ao reconhecimento de direitos e garantias no direito penal e processual penal.

Portanto, para que se compreenda o Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) se faz necessária uma análise do contexto histórico-social em que se deu a sua criação. O CPP brasileiro é datado de três de outubro de 1941, tendo sido decretado pelo Presidente da República Getúlio Vargas, passando a vigor em 1º de janeiro de 1942, ocasião em que o regime político brasileiro era o então Estado Novo, ou Era Vargas¹.

O Estado Novo foi um regime político autoritário, fundado por Getúlio Vargas, sobre grande influência dos Estados Totalitários em ascensão na Europa, principalmente do regime fascista italiano, coordenado por Mussolini, em meados de 1920. Esse regime político pregava a prevalência do Estado e do interesse público em detrimento dos direitos individuais². Nesse contexto, existe, inclusive, a famosa frase de Mussolini "Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado", exaltando as características de um governo autoritário e concentrado.

Dessa forma, embora o Estado Novo guarde suas peculiaridades em comparação ao fascismo italiano, muito se fala sobre as influências que herdou desse regime. No Brasil, o então presidente, Getúlio Vargas, com apoio das Forças Armadas, tomou o Poder Legislativo. Logo, o Poder que antes era dividido, ficou concentrado nas mãos do Poder Executivo.

Os reflexos do autoritarismo na lei instrumental trouxeram a ampliação do poder punitivo do Estado em detrimento dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. Sobre o processo penal em um governo autoritário, Antônio Scarance Fernandes³ aduz:

¹SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A cultura inquisitorial vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. EMERJ – Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf>. Acesso em: 26 de out. 2017. p. 264.

²Ibidem. p. 269.

³FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

Numa concepção autoritária do Estado, o processo penal é então dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas qualquer consideração autônoma e, ligado a uma liberdade inteiramente discricionária do julgador (embora exercida sempre em favor do poder oficial), constitui o único vector processualmente relevante.

Nesse sentido, na própria exposição dos motivos do Código Processual Penal é possível observar a presença dessas características marcantes presente naquela época. Assim, nas palavras de Francisco Campos⁴:

A REFORMA DO PROCESSO PENAL VIGENTE

II –De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

Ademais, na perspectiva de criação do CPP, a Constituição Federal (CF) que estava em vigor era a de 1934. No entanto, desde que fora criado, o Brasil já alterou sua constituição nos anos de 1946, (República Nova), 1967 (Regime Militar), até chegar em sua atual CF de 1988 (Redemocratização). Assim, tem-se que o código processual penal brasileiro, nasceu quarenta e sete anos antes da atual constituição.

⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal brasileiro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 agosto 2017.

A Constituição de 1988, nasce pela ascensão do Estado Democrático de Direito pós Ditadura Militar, em busca de redemocratização e em contrapartida as violações de direitos fundamentais individuais que ocorreram no período autoritário recentemente vivenciado.

Sendo assim, dentre os diversos objetivos da Carta Magna, havia o interesse de garantir/ampliar a proteção dos direitos individuais. A nova Lei Maior vem pautada principalmente na dignidade da pessoa humana, promovendo uma maior normatividade principiológica, assegurando os direitos e garantias. Assim, ensina Eugênio Pacelli⁵:

Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política Pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção oposta.

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”(art. 5º, LVII, CF).

Nesse sentido, com a Constituição de 1988 e seu viés democrático e cidadão, cresce no Brasil os adeptos da Teoria do Garantismo Penal, criada por Luigi Ferrajoli, que de modo simplicista, propõe uma interpretação sistêmica do Ordenamento Jurídico, garantindo a proteção de direitos individuais por meio da observação dos deveres impostos aos aplicadores da lei. Sobre isso, Luigi Ferrajoli⁶ expõe:

As garantias – não só penais – são vínculos normativos idôneos a assegurar efetividade aos direitos subjetivos e em geral ao princípios axiológicos sancionados pelas leis. No direito penal, onde a tutela a liberdade do cidadão contra as proibições indeterminadas e as condenações arbitrárias, eles consistem essencialmente, como se verá, na estrita legalidade dos crimes e na verdade formal de sua investigação processual. Mas é claro que, com a mutação dos direitos fundamentais objetos de tutela, mudam também as técnicas normativas agendadas como sua garantia: se aos direitos de liberdade (ou “direitos de” ou “da”)

⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 8.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-22.

correspondem *garantias negativas* consistentes em limites ou impedimentos de fazer, aos direitos sociais (ou “direito a”) correspondem *garantias positivas* consistentes em obrigações de prestações individuais ou sociais. Em todos os casos, as garantias consistem em mecanismos que, por quanto sua vez normativos, são direcionadas à assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos. Entende-se que, nesse sentido, o “garantismo” não tem nada a ver com o mero legalismo, ou formalismo ou processualismo. Aquele consiste sim na satisfação dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoas, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré políticos, que fundam e justificam a existência daqueles “artifícios” – como os chamou Hobbes – que são o direito e o Estado, e cujo gozo por todos forma a base substancial da democracia.

Como Lei Maior, a Constituição Federal de 1988 é o diploma normativo que confere validade formal e material a todo Ordenamento Jurídico infra constitucional brasileiro. Sendo assim, para que uma norma seja considerada válida, seu processo de criação (validade formal) e o conteúdo de suas disposições (validade material), devem ser compatíveis com o disposto na Constituição.

Como dito, após a criação do CPP de 1941, o Brasil já está na terceira constituição e nesse mesmo tempo, não foi criado um novo CPP. Desta forma, o CPP se trata de uma norma pré constitucional. Nesse caso, o mecanismo adequado para conferir validade ao CPP é a recepção, que consiste na verificação de adequação material da norma anterior à atual constituição.

Dessa forma, compreende-se que o direito brasileiro deve ser interpretado dentro de uma sistemática do Ordenamento Jurídico, isto é, sendo a constituição a norma hierarquicamente superior, as demais leis infraconstitucionais, inclusive o CPP, devem ser interpretadas a luz das normas e princípios constitucionais. Portanto, havendo incompatibilidade entre normas constitucionais e normas de natureza infraconstitucional, estas devem ser consideradas inconstitucionais/não recepcionadas e, conseqüentemente, retiradas do ordenamento jurídico, não tendo validade/aplicabilidade.

Nesse sentido, tendo em vista o escopo previsto pela Constituição de 1988, que como visto em muito se difere daqueles que deram origem ao Código de Processo Penal de 1941, se fez precisa uma adequação.

A princípio o CPP era apenas o instrumento que previa como se daria o julgamento e a aplicação da pena, mas com a vigência da Constituição de 1988, para além de uma norma procedimental, se exigiu um instrumento que assegurasse os direitos e garantias individuais em face dos potenciais abusos cometidos pelo Estado.

É essa adequação do código processual em conformidade com a Lei Maior, que é entendido como o Direito Processual Constitucional. Esse processo de constitucionalização tem um viés mais garantista, visando conter possíveis violações de direitos e estabelecendo um aspecto de Justiça Penal.

Nesse ótica, discorre Pacelli⁷ sobre o Processo Penal Constitucional:

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. 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 monopólio.

Logo, para que efetivamente se faça valer as normas trazidas pela constituição, torna-se necessário observar e aplicar as normas e princípios constitucionais num viés garantista, vedando quaisquer interpretações que levem a violação dos direitos individuais das partes no processo.

1. 2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu preâmbulo⁸ apresenta:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na

⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 9.

⁸ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 agosto 2017.

harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Nesse sentido, percebe-se que a Carta Magna brasileira pretende, como objetivo maior assegurar os direitos e garantias fundamentais, que são preceitos que devem ser indispensáveis para uma vida digna, pois protegem o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Dessa forma, tais preceitos devem ser entendidos como um limite (freio) da atuação do Estado, devendo o poder soberano observar os limites, para que não se viole os direitos estabelecidos na Constituição, garantindo um Processo Penal Democrático.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci⁹, ensina:

Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parta verdadeiramente mais fraca nesse embate.

Por isso, compreender e captar o significado da Constituição Federal na estrutura do ordenamento jurídico, bem como conhecê-la analisá-la à luz da democracia tem como consequência ideal e natural a construção e o fortalecimento do Estado democrático de Direito.

Não há dúvidas que o Estado tenha interesse e o dever de punir aqueles que patrocinarem condutas ilícitas previamente estabelecidas pela lei. Contudo, não pode ser uma punição a qualquer custo, violando os direitos fundamentais do indivíduo. Deve haver um devido processo legal, observando os direitos e garantias constitucionais, como forma de evitar possíveis injustiças.

Um exemplo de direito fundamental que deve funcionar como freio à atuação do Estado, é o princípio da presunção de inocência. O art. 5º, LVII da Constituição Federal da República Brasileira¹⁰ indica que:

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 28.

¹⁰ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Desse direito constitucional, estabelecido como cláusula pétrea, extrai-se o princípio da presunção de inocência. Esse princípio deve ser muito bem utilizado, pois trata-se de uma defesa importante para o réu.

É possível observar que a presunção de inocência traz duas faces: a primeira é que o ônus da prova é do acusador e a segunda é a do tratamento que deve ser dado ao acusado.

Em relação ao princípio da presunção de inocência, Nestor Távora¹¹, pondera:

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado - e não este de provar sua inocência - e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado se não depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Nesse mesmo sentido, Eugênio Pecelli¹², expõe:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo o qual o réu, em nenhum momento do inter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

A Constituição Federal trouxe expressamente a ideia de que o acusado não será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O

¹¹TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Humberto. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 72.

¹²PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 48.

trânsito em julgado se da após a sentença tornar-se irrecurável, ou seja, após enfrentar todos os recursos cabíveis.

Nesse sentido, analisando a segunda face do princípio (o tratamento ao acusado), não poderia haver uma prisão de um acusado no percurso do processo, sob a argumentação de que ele seria culpado, pois desta forma se estaria antecipando a sentença condenatória. E assim, conseqüentemente, se anteciparia a sanção penal.

Portanto, compreende-se que no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a culpabilidade do acusado só será decretada quando a sentença penal condenatória tornar-se irrecurável, isto é, com o trânsito em julgado.

Além disso, a presunção de inocência ou estado de não culpabilidade, é um princípio investido como cláusula pétrea no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal Brasileira. Vale ressaltar a importância da rigidez trazida pelas cláusulas pétreas.

Adriano Sant'Ana Pedra¹³ ensina que:

As cláusulas pétreas são conteúdos especialmente protegidos. Constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

Assim, percebe-se que as cláusulas pétreas tem motivos suficientes para serem impostas como intangíveis quanto a supressão de direitos, podendo ser alteradas somente se for para ampliar os direitos fundamentais, e nunca diminuí-los.

Portanto, percebe-se que ao impor tal princípio como uma cláusula pétrea, corrobora ainda mais com o ideal de garantismo penal estabelecido na constituição, uma vez que tal princípio é favorável aos investigados e não pode ser retirado. Caso contrário, estaria havendo uma supressão de direitos individuais.

¹³ PEDRA. Sant'ana. Adriano. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas na Democracia Participativa.** Rio de Janeiro: LumenJuris. 2012. p. 50.

2 EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Após transcorrido o processo de conhecimento, garantindo ao réu a preservação de todos seus direitos e garantias constitucionais, o juiz criminal profere uma sentença que pode ser ela condenatória, absolutória ou absolutória imprópria.

A sentença condenatória é a que acolhe a pretensão punitiva do estado e não acolhe a tese defensiva, atribuindo a autoria de uma prática delitiva a um indivíduo. Tal espécie de sentença deverá ser muito bem motivada e fundamentada, seguindo rigorosamente os requisitos estabelecidos pelo art. 387 do CPP, para facilitar o contraditório e evitar a presença de nulidades da sentença. Sobre o tema, Nestor Távora¹⁴ estabelece:

A sentença condenatória é a que acolher o pedido em ação penal que imputa um fato delituoso a alguém. Como foi visto supra, tal sentença conterá: (1) o relatório que é “a história relevante do processo”, conferindo certeza as partes de que o juiz esmiuçou todo o processo para decidir, ou seja, conheceu de tudo que foi levado ao processo para formar livremente sua convicção” (ressalvando-se as sentenças condenatórias projetadas na esfera dos juizados especiais criminais, que estão dispensadas de relatório); (2) a fundamentação, ou seja, “a exteriorização do raciocínio defendido pelo juiz”, cuidando-se para que esteja em consonância com a parte conclusiva; e, (3) o dispositivo (conclusão), onde há, propriamente, o julgamento do pedido (procedência), sendo parte essencial para que o ato judicial seja caracterizado como sentença.

A sentença absolutória é aquela em que o juiz acolhendo a tese defensiva, entende da não culpabilidade do réu. Tal espécie de sentença está prevista no art. 386 do CPP e é aplicada quando o juiz estiver diante de alguma hipótese dos incisos do art. 386. Logo, conseqüentemente, o juiz deverá cessar qualquer tipo de sanção, caso haja. Acerca desse tipo de sentença, Távora¹⁵ aduz:

A absolvição do acusado poderá ocorrer por diversos motivos. A indicação do motivo na sentença é importantíssima, pois ela demarca os efeitos que

¹⁴ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Humberto. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1103.

¹⁵ *Ibidem*, p. 1117.

dela decorrem. A sentença absolutória é aquela que rejeita pretensão punitiva estatal, isto é, julga improcedente o pedido condenatório.

Já a sentença absolutória imprópria, ocorre quando o juiz, mesmo não acolhendo a tese de defesa, não pode aplicar uma sanção de prisão, pois reconhece a inimputabilidade do agente, devendo, então, aplicar uma medida de segurança. Nesse sentido, Aury Lopes¹⁶ ensina:

No caso de absolvição, devemos recordar que, sendo afastada a tese defensiva e reconhecida a imputabilidade do réu, deverá o juiz absolver e aplicar medida de segurança, proferindo uma absolvição imprópria.

Assim, superada a fase de conhecimento do processo penal, caso o entendimento do juiz seja por uma sentença condenatória ou absolutória imprópria, abre-se o prazo para os possíveis recursos e, após o julgamento dos recursos, chega-se a fase de execução da pena. Para essa fase, um pressuposto indispensável é a existência de um título executivo judicial, isto é, sentença condenatória ou absolutória imprópria.

Da mesma forma que ocorre no processo de conhecimento, o processo executivo também deve ter observado todos os direitos e garantias do condenado, tendo como princípio basilar devido processo legal (art. 5º, LIV CF), bem como deve ter o juízo competente. Para regular esse fase processual, existe uma lei específica, a Lei de Execução Penal (LEP - Lei 7.210 de 1984).

Em suma, a execução consiste na fase de aplicação da sanção aos condenados, após transcorrido todo o processo de conhecimento, tendo sido observado todos os direitos e garantias do réu. O processo penal estabelece duas possíveis sanções, que são aplicadas de acordo com o tipo de sentença que o indivíduo recebeu: a primeira possibilidade é a sanção pena, que incide para as sentenças condenatórias e a segunda possibilidade é a medida de segurança, que incide para as sentenças absolutórias impróprias. Nesse sentido, Távora¹⁷ expõe:

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 855.

¹⁷TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Humberto. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1693.

Execução penal é um procedimento destinado a aplicação da pena ou de medida de segurança fixada por sentença. Em regra, a execução penal não prossegue como fase subsequente ao processo penal condenatório, mas como processo autônomo. Isso equivale dizer que os autos são reproduzidos por cópia e, desse modo, formado novo volume com as peças imprescindíveis ao acompanhamento do cumprimento da pena e da concessão de benefícios, notadamente com a guia de execução penal inclusa.

O motivo da execução tornar-se um processo autônomo, está na individualização e intranscendência da pena, conforme art. 5º, XLV da CF. Dessa forma, mesmo que mais de um agente tenha praticado o mesmo delito, o juiz ao condenar ambos, pode aplicar penas diferentes para cada agente, pois podem existir circunstâncias subjetivas que só se aplicam a um único agente.

Nesse sentido, mostra-se de grande importância destacar quem são os sujeitos do processo de execução. Sabe-se que o poder-dever de punir é uma atribuição exclusiva do Estado. Sendo o Estado sujeito ativo dessa relação, não importa a natureza da ação penal que deu origem aquela sanção, a aplicação da pena sempre será realizada pelo Estado no papel de exequente.

Já como sujeito passivo, tem-se qualquer indivíduo que tenha praticado um delito e passado pelo devido processo legal. É exatamente neste ponto que entra a ideia da intranscendência da pena. Sobre o executado, Renato Marcão¹⁸ observa:

Observado o princípio da personalidade ou da intranscendência, segundo o qual o processo e a pena, bem como a medida de segurança, não podem ir além do autor do fato, executado será sempre aquele em desfavor de quem se proferiu sentença condenatória ou de absolvição imprópria.

Logo, tem-se que os sujeitos da execução penal sempre devem ser muito bem definidos, para que não ocorra a fatalidade de um inocente responder no lugar de um culpado.

¹⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

2.1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Uma outra forma de se executar a pena é através da “Execução Provisória da Pena”. Tal instituto, possibilita ao Estado executar a pena, mesmo antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

A execução provisória da pena deve ser analisado por duas faces: a primeira é a execução provisória no caso de algum tipo de prisão cautelar (ou pré-cautelar, como é o caso da prisão em flagrante) e a outra é a execução provisória, quando ainda esta pendente o julgamento de um Recurso Especial ou Extraordinário.

2.1.1 Execução provisória da pena nos casos de prisão cautelar

O ordenamento jurídico brasileiro aceita, em alguns casos, as chamadas prisões cautelares e pré-cautelares, que ocorrem quando, motivadamente, o juiz ordena a prisão do réu antes ou no curso do processo. Essas possibilidades devem ser interpretadas de forma bem restrita e somente podem ocorrer se estiverem legalmente estabelecidas.

A primeira possibilidade é a prisão em flagrante, presente no art. 301 e seguintes do CPP, é uma prisão no qual o delito é visível, estando presente e muito forte o “*fumus commissi delicti*”. Ademais, o art. 302 estabelece, taxativamente, em quais hipóteses podem ocorrer a prisão em flagrante. Como se trata de um “flagrante” de um crime que está ocorrendo no momento, é o único tipo de prisão que não depende de ordem judicial. Sobre prisão em flagrante, o CPP¹⁹ estabelece:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

¹⁹ BRASIL. Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 15 abril 2017.

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Esse tipo de prisão, tem caráter pré-cautelar, pois o que se busca é colocar o infrator a disposição do Juízo, para que seja adotado uma medida cautelar ou não. Nesse sentido, Aury Lopes²⁰ aduz que:

A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

Fora a prisão em flagrante, existem os casos das prisões cautelares que podem ocorrer antes ou durante o curso do processo, isto é, a prisão preventiva ou temporária. Sobre a prisão preventiva, dispõe os arts. 311 e 312 do CPP²¹:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

A prisão preventiva, é uma medida cautelar que deve ser apenas utilizada como *ultima ratio*, ou seja, apenas em último caso, uma vez que o art. 319 do CPP traz outras diversas medidas cautelares que não a prisão.

Tal tipo de prisão, poderá ocorrer ao longo do processo, na fase de investigação policial ou, até mesmo, na sentença suscetível a recurso. A prisão preventiva,

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 617.

²¹ BRASIL. Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 15 abril 2017.

somente poderá ser decretada pelo juiz, quando coexistir o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, devendo haver uma plausibilidade na justificativa do perigo, para que não haja prisões fundadas em falso perigo.

Sobre o *periculum libertatis*, Aury Lopes²² ensina:

Por fim, sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório para legitimar tão gravosa medida.

(...)

Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti*, pode ser traduzido como a fumaça da existência de um crime, assim deve ser compreendido como a presença forte da prova de materialidade delitiva e os indícios de autoria. Já em relação ao *periculum libertatis*, deve ser compreendido como o perigo da liberdade, que se faz presente quando o réu incorre em alguma das hipóteses do art. 312 do CP, colocando em risco o resultado útil do processo.

Portanto, provado o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, poderá o juiz, decretar a prisão preventiva do réu, tipo de prisão que não tem um prazo máximo estipulado pela lei.

Por fim, a prisão temporária, que está prevista em uma lei especial (Lei 7.960/89)²³, que dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicadonãotiverresidênciafixaounãofornecerelementosnecessáriosaoesclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 637.

²³ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Lei da Prisão Temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 15 setembro 2017.

As hipótese para esse tipo de prisão, assim como a de todas as outras formas de prisão, são taxativas. Assim, observada a necessidade e a adequação para a aplicação dessa medida, o juiz poderá, fundamentadamente, decretá-la. Esse tipo de prisão é mais fácil de ser utilizada do que a preventiva, pois seus requisitos são menos rigorosos e somente é utilizado na fase de investigação.

Sobre a prisão temporária, Gustavo Henrique Badaró²⁴ ensina:

Para que a prisão temporária seja compatibilizada com a garantia da presunção de inocência, que tem como um dos corolários a admissão de prisão processual somente a caráter cautelar, a interpretação das hipótese de cabimento da prisão temporária do art. 1º da Lei 7.960/89 deve ser feita a luz do *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*.

Diferentemente da prisão preventiva, a lei que estabelece a prisão temporária, impõe em seu art. 2º, um prazo máximo de duração. Assim, em regra, terá duração máxima de 5 dias, podendo ser prorrogado por período igual caso haja extrema necessidade comprovada e, sendo um crime hediondo, poderá ter duração de 30 dias, com possível prorrogação em mais um período igual.

Porém, em relação à necessidade de aplicação dessa medida, a prisão temporária converge com a preventiva, pois somente haverá necessidade em último caso (*ultima ratio*), quando não tiver como substituir por uma outra medida cautelar do art. 319 do CPP.

2.1.2 Execução provisória da pena quando ainda pendente de Recurso Especial ou Extraordinário

No caso da execução provisória pendente de Recurso Especial ou Extraordinário é um pouco mais complexo. Essa complexidade, é facilmente justificada pela insegurança jurídica gerada pelos artigos de lei presente dentro do mesmo ordenamento jurídico.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 995.

Através de uma seleção dos principais dispositivos legais que legislam sobre o assunto, tem-se os art. 283²⁵ e 637 do CPP e o art. 5º, LVI, CF²⁶. Porém, é evidente a existência de entendimentos divergente dado por tais dispositivos. Nesse mister, aparentemente, são contrários a ideia de execução provisória os seguinte artigos:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Art. 5. LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Nesse sentido, os dois primeiros dispositivos elencados aparentam serem contrários a possibilidade de executar provisoriamente a pena, pois estabelecem condições indispensáveis para a execução da pena privativa de liberdade.

Por esse entendimento, só seria possível a execução da pena caso a prisão tivesse natureza cautelar, ou então, caso fosse mediante a uma sentença penal condenatória irrecorrível transitada em julgado.

Por outro lado, os arts. 637 do CPP²⁷ e 27,§ 2º da lei 8.038/90 (Lei dos Recursos Especiais e Extraordinários)²⁸ aparenta dar um entendimento diferente dos demais dispositivos:

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.

²⁵ BRASIL. Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>Acesso em: 18 agosto 2017.

²⁶ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 setembro 2017.

²⁷BRASIL. Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>Acesso em: 18 agosto 2017.

²⁸ BRASIL. Lei nº8.038, de 28 de maio de 1990. **Lei dos Recursos Especiais e Extraordinários**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>Acesso em: 18 setembro 2017.

Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.

(...)

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Esses dispositivos elencam a falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e especiais, ou seja, tais recursos só seriam providos do efeito devolutivo.

O efeito suspensivo presente em alguns recursos é o que possibilita que a decisão perca a sua eficácia até o julgamento do recurso pendente. Acerca desse efeito recursal, Távora²⁹ pondera:

É o que tem o fito de paralisar a eficácia da decisão recorrida.

É importante sublinhar que o efeito suspensivo não recai sobre a tramitação do processo: não há suspensão do andamento do processo em face do efeito suspensivo. O que tecnicamente ocorre é que a suspensão da produção dos efeitos da decisão impugnada, devendo o processo seguir seus trâmites normais.

Assim, verificado a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, tal dispositivo aparenta ser favorável a possibilidade da execução provisória da pena. Inclusive, para os que defendem a possibilidade da execução provisória, esse é um dos argumentos mais utilizados.

Assim, como o ordenamento jurídico brasileiro tem a presença de dispositivos divergentes em relação à possibilidade da execução penal provisória, o Supremo Tribunal Federal, faz um grande desenvolvimento argumentativo, jogando com tais dispositivos. Dessa forma, mesmo não havendo mudanças significante nas leis que regulam a execução provisória da pena, o STF, em certos momentos permite e em outros momentos proíbe, a depender de quem são os ministros que compõe o Tribunal Constitucional.

Tal mudança corriqueira de posicionamento demonstra uma falta de firmeza no entendimento do STF, contratando uma falta de segurança jurídica no ordenamento

²⁹ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Humberto. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1345.

brasileiro sobre a execução provisória da pena, quando se tem uma decisão pendente de julgamento de recurso especial e extraordinário.

2.2 CPP *versus* CPC: A INCOMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO CÍVEL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PENAL

Muito se fala sobre a importação da possibilidade do cumprimento provisório da pena do processo civil para o processo penal, porém tal hipótese não deveria ser cogitada. Explica-se.

No processo civil, o cumprimento provisório está previsto no artigo 520 do Código de Processo Civil³⁰, que estabelece:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Nesse ponto, é importante ressaltar algumas regras previstas para o cumprimento provisório do processo civil, que reforçam a incompatibilidade desse instituto com o processo penal.

³⁰BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>Acessoem: 23 setembro 2017.

Como pode ser observado com a leitura do art. 520, I e II, do CPC, existe a responsabilidade objetiva do exequente caso haja reforma da sentença e essa reforma venha trazer prejuízos ao executado. Isso porque, muitas vezes a execução pode trazer dano além do próprio patrimônio executado. Nessa ótica, Araken de Assis³¹ esclarece:

Reconhece o art. 520, I, o vetusto princípio *qui sentit commoda, et incommoda sentire debet*: à vantagem produzida pela execução provisional em suas expectativas processuais correspondente, simetricamente, a responsabilidade objetiva do exequente pelo dano, produzido pela atividade processual, na esfera jurídica do executado. Por isso, estabelece que a execução provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, obrigado a reparar os danos provocados pela reforma do julgado.

Assim, como sendo uma forma de evitar prejuízos ao executado caso a sentença seja reformada, o CPC prevê que qualquer danos em decorrência da execução provisória é encargo do exequente.

Ademais, seguindo com a leitura do art. 520, IV, percebe-se que em alguns casos o prejuízo pode ser tão grande caso haja reforma da sentença, que o CPC estabelece a necessidade da uma caução (garantia) para possibilitar a execução provisória.

O exemplo de execução provisória do processo civil mais próximo com a execução provisória do processo penal é a tutela de urgência antecipada (tutela provisória). Essa tutela possibilita o juiz, liminarmente, obrigar o requerido a cumprir uma obrigação que satisfaça a vontade do autor, assim, o ônus do tempo do processo passa a ser do requerido.

A concessão da tutela de urgência antecipada não é algo simples, pois é preciso que se cumpra alguns requisitos trazidos pelo art. 300 do CPC³²:

³¹ASSIS, Araken. **Manual de Execução**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 473.

³²BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>Acessoem: 23 setembro 2017.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim, caso esteja presente, concomitantemente, o *fumus boni iuris* e o perigo do dano, o juiz poderá obrigar que o requerido cumpra alguma obrigação que satisfaça o pedido do autor. Se, ao chegar ao fim do processo, com a cognição exauriente, o juiz entender de forma diferente da tutela provisória e julgar o pedido improcedente, é dever do autor reestabelecer a situação anterior à concessão da liminar, bem como indenizar possíveis danos.

Nessa perspectiva, o art. 297 do CPC³³, parágrafo único que estabelece que “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”. Assim sendo, aplica-se para as tutelas provisórias as regras do cumprimento provisório trazidas pelo art. 520 do CPC.

Além das regras do art. 520 do CPC, as tutelas provisórias têm regras específicas, como as regras do art. 300, § 3º do CPC que obsta que o juiz conceda a liminar caso haja o perigo de irreversibilidade dos efeitos dessa decisão.

Nesse sentido, Fredie Didier³⁴ aduz que:

Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, “ante irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

Portando, observa-se que o Ordenamento Jurídico Brasileiro se preocupa com a possibilidade da reversibilidade do status *quo ante*, bem como a indenização dos danos trazidos por uma execução indevida. Dessa forma, se o direito brasileiro

³³ BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 setembro 2017.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 680.

busca proteger de forma tão intensa o patrimônio, com mais razão ainda, deveria haver uma proteção mais intensa ao bem mais valioso, a liberdade.

Além disso, observa-se já existe no processo penal uma execução provisória compatível com a execução provisória prevista pelo processo civil. Essa hipótese é o caso das prisões cautelares, pela qual exige a comprovação do *fumus commssi delicti* e o *periculum libertatis*, enquanto o cumprimento provisório do processo civil exige o *fumus boni iuris* e o perigo do dano.

Logo, nota-se que se justificada/fundamentada, cabe sim a execução provisória da penal no processo penal. Igualmente, analisando o art. 300, §3º do CPC, vê-se que o perigo da irreversibilidade é uma óbice ao cumprimento provisório no processo civil.

Portanto, se no processo civil que regulamenta lides que envolvem obrigações patrimoniais, não se tem execução provisória quando há um risco de irreversibilidade, no processo penal, com mais razão ainda, não deveria ter, pois a liberdade e o tempo não são bens restituíveis.

2.3 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS SOBRE DIREITO COMPARADO E A INCONGRUÊNCIA NA COMPROVAÇÃO DEFINITIVA DE CULPABILIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

Muito se compara o Ordenamento Jurídico Brasileiro com o ordenamento jurídico de outros países, a fim de corroborar com a ideia acerca da possibilidade da execução provisória da pena, quando pendente de recuso especial ou extraordinário.

Ao realizar essa comparação, deve-se tomar muita cautela com o país que está sendo comparado, para não incorrer em uma falácia argumentativa. Dessa forma, é preciso analisar o texto constitucional do país para entender a partir de quando o réu é considerado culpado, pois isso é diferente em cada país.

Existem alguns países, como é o caso da Espanha e da França, que não estabelecem um marco temporal objetivo para o fim da presunção de inocência. Assim, Gustavo Badaró e Aury Lopes³⁵ ponderam:

Aliás, é de se observar que, algumas Constituições modernas não estabelecem o momento final da presunção de inocência. No continente europeu, no art. 24.2 da Constituição Espanhola de 1978, prevê que “todos têm direito a um Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a serem informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não prestar declarações contra si mesmo, a não se confessar culpado e à **presunção de inocência**”. No mesmo sentido, a Constituição Francesa de 1958, declara adesão aos princípios da Declaração de 1789 que, com já visto, assegura “o povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos do Homem e aos princípios de soberania nacional tal como foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”, que garante: **acusado é considerado inocente até ser declarado culpado.**

Nesse sentido, percebe-se que o único marco para o fim da presunção de inocência, é quando o réu é declarado culpado. Assim, não havendo um marco temporal objetivo (como é o caso do trânsito em julgado, que deveria ser o marco objetivo para acabar a presunção de inocência no ordenamento brasileiro), é totalmente viável que se tenha uma discussão de a partir de quando poderia começar a executar uma sentença penal condenatória.

Porém, em alguns outros países, como Portugal e Itália, existe sim um marco para o fim da presunção de inocência e esse se dá concomitantemente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Portanto, tendo Portugal, Itália e Brasil, estabelecido a presunção de inocência como um princípio constitucional, presente expressamente em suas respectivas constituições, deveria ser, até mesmo, desnecessário um debate quanto a possibilidade de se executar a pena, quando existe ainda a pendência de recurso.

³⁵LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência:** Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf> Acesso em: 18 de outubro de 2017. p. 16.

A vedação da execução provisória no Direito Brasileiro, foi uma escolha do constituinte originário, que fora colocado como uma cláusula pétrea, dificultando, ainda mais, a sua alteração.

Nesse aspecto, não cabe ao Poder Judiciário, se valendo de uma competência que não é a sua originária, ou seja, a de legislar, fazer uma ginástica argumentativa, com o intuito de alterar o sentido da norma. O constituinte originário, ao elaborar o texto constitucional escolheu um critério objetivo para estabelecer o fim da presunção de inocência, seja ela o trânsito em julgado.

Portanto, sendo a presunção de inocência, uma escolha do constituinte originário, presente no art. 5º da CF/88, estabelecido como cláusula pétrea, não pode haver interpretações que suprimam as garantias individuais trazidas pela norma, a não ser que seja retirado por um novo poder constituinte originário, na criação de uma nova constituição.

O STF, como última instância do Poder Judiciário Brasileiro e guardião da constituição, não pode se valer do clamor social para, dessa forma, construir uma argumentação contrária ao instrumento que ele mesmo deveria proteger. Num Estado democrático de direito, o papel da Corte Suprema, muitas vezes, é contrário à maioria, ou seja, deve defender as minorias, garantindo o cumprimento dos princípios elencados na Lei Maior.

3 HISTÓRICO DAS MUDANÇAS DE INTERPRETAÇÃO ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF

Como foi observado, existem diversos dispositivos legais para versarem sobre a possibilidade ou não de executar a pena provisoriamente – na pendência de recurso especial ou extraordinário -, mas esse ainda é um tema muito instável. Essa

instabilidade se da pela divergência entre os comandos de artigos dentro do mesmo Ordenamento Jurídico, possibilitando interpretações para ambos os lados.

Como dito anteriormente, a chegada da CF/88 foi uma quebra de paradigma no direito, na medida em que trouxe uma série de ideais diferentes dos que vigoravam até então. A constituição ao ascender a ideia de redemocratização do direito, com a inclusão da proteção do indivíduo contra o Estado, divergiu de varias lei infraconstitucionais já existente.

Nesse contexto, a constituição trouxe expressamente a ideia de que o acusado não poderá ser preso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O trânsito em julgado se da após a sentença tornar-se irrecorrível, ou seja, após enfrentar todos os recursos cabíveis.

Portanto, compreende-se que no texto constitucional brasileiro, que a culpabilidade do acusado só é decretada quando a sentença penal condenatória torna-se irrecorrível/imutável, isto é, com o trânsito em julgado.

Porém, ao passar do tempo, após Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem utilizando diversos entendimentos acerca dessa questão. A alteração mais recente nesse entendimento é do julgamento de um Habeas Corpus do ano de 2016.

Atualmente, o entendimento que vigora é acerca da possibilidade da execução provisória, assim, é importante que seja realizada uma análise do histórico das mudanças do posicionamento acerca do tema, desde a chegada da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje.

De início, tem-se que, antes da CF/88, o dispositivos legal que versava sobre o assunto, era o art. 637 do CPP, que dispõe acerca da inexistência de efeito suspensivo no Recurso Extraordinário. Dessa forma, diante da interposição de um recurso Extraordinário, os autos originários desceriam até a primeira instância e começaria a execução da pena.

Então, naquela época, a possibilidade da execução provisória da pena era algo pacificamente aceito, pois o dispositivo que versava o tema era favorável a essa situação e, o Brasil, não havia passado pelo período de redemocratização. Ademais, as leis vigentes à época, eram menos protetivas em relação ao indivíduo.

3.1 JULGAMENTO DO HC 68.726 – POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Nesse sentido, com a mudança imposta pela chegada da nova constituição, começaram a surgir as divergências quanto a norma aplicável ao caso. Isto porque, a constituição vigente valorou como o mais importante a proteção dos direitos e garantias individuais.

Porém, mantendo o padrão que já vinha sendo utilizado, mesmo com a chegada da constituição, mantiveram o entendimento favorável à possibilidade de executar provisoriamente a pena. Apesar de esse entendimento ter continuado, não havia, ainda, uma manifestação final do STF sobre o tema. Isso perdurou até o ano de 1991, quando foi o julgamento do Habeas Corpus 68.726.

Segue a ementa do HC³⁶:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR.2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE,

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 68.726** 29/06/91, rel. Min. Néri Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>> Acesso em: 18 abril.

EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

(STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209)

Ao julgar o HC supracitado, que tinha como relator o Ministro Néri da Silveira, os ministros entenderam, por unanimidade, que a execução provisória da pena não violaria o princípio da presunção de inocência, pondo fim a qualquer dúvida que houvesse quanto a interpretação do art. 5º, LVII CF/88.

Para defender a possibilidade de se executar provisoriamente a pena, o STF, utilizou da Lei dos Recursos Especiais e Extraordinários (Lei nº 8.038/90), que no §2º do art. 27, estabelece que tais recursos só seriam recebidos pelo efeito devolutivo e não teriam efeito suspensivo.

Ademais, os ministros, se valendo dos ensinamentos de Espínola Filho, diferenciaram coisa julgada de trânsito em julgado. Para esse doutrinador, a coisa julgada ocorre somente quando não há mais nenhum recurso para ser interposto contra a decisão, já em relação ao trânsito em julgado, este ocorre quando pode executar a sentença, mesmo que ela ainda seja suscetível a recursos de ordem extraordinária, ou seja, sem efeito suspensivo.

Nesse sentido, os ministros entenderam que caso o Tribunal, após apelação do réu, mantiver a decisão do juiz de piso, ficariam esgotadas as instâncias ordinárias. Dessa forma, sobre a discussão dos fatos haveria preclusão, então teoricamente o réu já poderia ser considerado culpado, e, por isso, caberia a execução provisória da sanção penal. Com isso, os ministros “alteraram” o significado do trânsito em julgado, para que pudesse ficar de acordo com o comando do art. 5º, LVII, CF.

Nesse mesmo sentido fora o entendimento do Subprocurador Geral da República da época, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, que em seu parecer alegou que o princípio constitucional da presunção de inocência, não pode ser um escudo para manter o

réu intocável até o fim do processo, quando o juízo condenatória já foi estabelecido após confirmação da sentença pelo colegiado em sede recursal.

Diante disso, com o julgamento do HC 68.726, foi firmado o entendimento que a execução provisória da pena não feriria o art. 5º, LVII da CF/88 e, portanto, não seria inconstitucional o §2º do art. 27 da Lei 8.038/90.

3.2 JULGAMENTO DO HC 90.645 E DO HC 84.078 – IMPOSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O entendimento sobre a possibilidade de executar provisoriamente a pena durou muitos anos, até que em 2007, no julgamento do HC 90.645 começou a sinalizar uma possível mudança. Segue a ementa da decisão deste HC³⁷:

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. Habeas corpus indeferido.

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.

Neste julgamento, apesar do Habeas Corpus ter sido indeferido, é possível observar que o Ministro Marco Aurélio (relator do caso), posicionou-se a favor da impossibilidade da execução antecipada da pena. Para isso, sua argumentação foi de que o réu poderia conseguir reverter a situação em sede de recurso extraordinário ou especial e o tempo que passou preso provisoriamente não teria como ser recuperado. Porém, fora voto vencido, em sentido diverso votou a Min. Carmen Lúcia e o Min. Carlos Britto.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 90.645** 11/09/07, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494640>> Acesso em: 18 abril 2017.

Com esse voto do Ministro Marco Aurélio, sinalizando uma possível mudança, deu margem para que se voltasse a instabilidade acerca da possibilidade ou não de se executar a pena provisoriamente.

Nesse contexto, somente em 2009, com vinte e um anos de atraso em relação à Constituição de 1988, o STF finalmente alterou o entendimento sobre o tema, consagrando o princípio constitucional da presunção de inocência, impossibilitando o início da execução penal pendente de recurso especial ou extraordinário. Tal decisão foi dado por meio do HC 84.078³⁸, conforme ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5o, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5o, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.
3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 84.078MG** 05/02/09, rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 18 abril 2017.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2o da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5o da Constituição do Brasil. Isso porque -- - disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaçaàs liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1o, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual
Ordem concedida.

O julgamento o HC 84.078, a princípio ocorria na primeira turma e tinha o Min. Eros Grau como relator, que votou, a princípio, denegando a ordem. Porém, como havia uma instabilidade acerca do tema dentro das turmas do STF, o Min. Carlos Britto pediu que fosse remetido ao pleno, para que houvesse uma decisão definitiva.

O julgamento foi para o pleno do STF, onde o relator (Min. Eros Grau), mudou seu posicionamento, votando pela concessão da ordem, entendendo pela impossibilidade de se executar a pena provisoriamente, somente sendo possível no caso de prisão cautelar.

Nessa oportunidade, foi acompanhado em sua votação pelos Ministros: Cezar Peluso, Celso de Mello, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Em sentido contrário votaram os Ministros: Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carmén Lúcia e Menezes Direito. Sendo assim, tendo a maioria votado pela concessão da ordem do Habeas Corpus, ficou fixado o entendimento de que não poderia executar provisoriamente a sanção penal, pois se executasse, estaria violando o princípio constitucional da presunção de inocência, presente no art. 5º, LVII, CF.

Após o relatório, começaram a ser proferido os votos, pelo qual, o Ministro relator, Eros Grau, iniciou com um brilhante voto concedendo a ordem do HC. De início, a primeira tese defendida foi a de que o art. 164 da Lei 7.210/84 (LEP) superaria o art. 637 do CPP, uma vez que o art. 164 da LEP³⁹ expõe:

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.

Para sustentar esse posicionamento, o Ministro elencou que o art. 164 da Lei 7.210/84 estaria de acordo com o art. 5, LVII, da CF/88, pois somente a certidão da sentença condenatória com o trânsito em julgado valeria como título executivo judicial.

Dessa forma, sendo uma lei totalmente de acordo com o texto constitucional e mais recente do que o CPP, esta lei deveria ser considerada superior hierarquicamente ao art. 637 do CPP.

Além disso, o Ministro Eros Grau, argumentou sobre o entendimento acerca do art. 147 da LEP⁴⁰, que estabelece:

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

³⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm > Acesso em: 20 setembro 2017.

⁴⁰ Ibidem.

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

Na época do julgamento do HC 84.078, o entendimento pacificado de ambas as turmas do STF, era sobre a impossibilidade de se executar provisoriamente as penas restritivas de direito. Assim, por uma questão de respeito ao princípio da isonomia, não deveria, a Corte Constitucional, entender diferente em casos semelhantes.

Portanto, se não pode executar provisoriamente a sanção penal das penas restritivas de direito, que é uma espécie de pena menos gravosa, a fortiori, não se deve poder executar provisoriamente a sanção penal das penas privativas de liberdade, uma vez que esse tipo de pena é muito mais gravoso do que a restritiva de direito.

Após o brilhante voto do Ministro Eros Grau, o Ministro Menezes Direito pediu vista e proferiu seu voto contrariando o voto do relator, ou seja, denegando a ordem do HC.

No início de seu voto, o Min. Menezes Direito começou com o argumento de que os recursos extraordinários (Especial e Extraordinário) não discutem mais a matéria fática, na medida em que a matéria fática se esgota com o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça. Ademais, seria justamente por essa razão que os recursos extraordinários têm efeitos limitados e são desprovidos de efeito suspensivo.

Ao falar da falta de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, conforme art. 27 da Lei 8.038/90, o ministro afirma que permitir a execução provisória da sanção penal, estaria dando uma “resposta tempestiva” aos infratores, pois ao violar as regras de direito, estariam atingindo a sociedade como um todo.

Nesse sentido, segundo o entendimento do Min. Menezes Direito, o Poder Judiciário estaria considerando o julgamento do recurso de apelação como o marco temporal final do princípio constitucional da presunção de inocência ou, até mesmo, estaria

modificando o conceito de trânsito em julgado. Outrossim, o STF estaria se rendendo aos apelos sociais, o que não cabe ao Poder Judiciário.

Logo, caso ocorresse qualquer uma das hipóteses acima descritas, estaria o STF, defensor da constituição, incorrendo em graves violações aos direitos e garantias individuais, bem como ofendendo o instrumento que, a princípio, deveria proteger. Inclusive, Aury Lopes e Gustavo Badaró⁴¹ concluem:

Evidente que o Supremo Tribunal Federal, dentro da organização judiciária nacional, é o guardião da Constituição, cabendo-lhe dar a última palavra sobre a sua interpretação. A Constituição, contudo, é uma Carta escrita pelo Constituinte, e não uma folha em branco. É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a 'golpes de decisão'. Não pode o STF, com a devida vênua e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina.

Por fim, Menezes Direito, argumentou que não se trata de uma medida autoritária e, inclusive, em países liberais como o caso dos Estados Unidos, do Canadá e da França, a prisão na pendência de recurso é amplamente aceita.

Todavia, apesar da execução provisória ser amplamente aceita nesses países, tal permissão não tem como ser importada para o Brasil, ao passo que, a Constituição Federal Brasileira, veda expressamente tal prática, diferentemente das leis desses países.

Após o voto do Min. Menezes Direito, o Ministro Celso de Mello proferiu seu voto, acompanhando o Min. Relator Eros Grau.

O voto do Min. Celso de Mello se assemelha com o voto do relator, na medida que concedeu a ordem pugnada por meio do HC, alegando que a CF/88, estabelece em

⁴¹LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência:** BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JUNIOR, Aury. **Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf> Acesso em: 18 de outubro de 2017. p. 17.

seu art. 5º, LVII, um momento definido para o fim da presunção de inocência, isto é, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Da mesma forma, devido ao marco temporal estabelecido pela constituição, não há uma diminuição da presunção de inocência ao longo das instâncias que vai passando. Isto pois, somente o trânsito em julgado teria força suficiente para retirar a garantia constitucional.

Dessa forma, não haveria motivos para discutir a possibilidade da execução provisória da pena. Para o ministro, só deveria existir execução penal antes do trânsito em julgado em casos totalmente excepcionais, os quais a prisão estaria fundamentada em cautelaridade.

Em sequência, o Min. Joaquim Barbosa entendeu pela constitucionalidade da execução provisória após as duas instâncias ordinárias, não inovando muito em relação aos outros ministros que entendem de forma semelhante.

Para sustentar seu posicionamento, começou argumentando que o Judiciário deveria conferir validade e credibilidade às decisões das instâncias ordinárias, uma vez que são elas que analisam as questões fáticas. Além disso, afirmou que o art. 637 do CPP expõe expressamente a inexistência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários.

Nesse ponto, salienta-se que o fim da discussão da matéria fática não é sinônimo de trânsito em julgado, assim sendo, com observância do art. 5º, LVII da CF, não seria possível executar a pena, pois exige expressamente o trânsito em julgado.

Ademais, é inegável que o art. 637 do CPP, demonstra a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, mas como a lei constitucional é hierarquicamente superior e temporalmente mais nova, a norma infra-constitucional deve ser interpretada a luz da constituição.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes⁴² ensina:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

Assim sendo, a interpretação possível da norma infra-constitucional à luz da constituição, a fim de evitar a não recepção do art. 637 do CPP, é de que a inexistência do efeito suspensivo do recurso extraordinário é para os casos de sentença absolutória.

Outro argumento utilizado pelo ministro é que, caso houvesse a proibição da execução provisória, o Judiciário estaria colaborando para a ineficácia da tutela jurisdicional. Isso ocorreria, pois, os réus usariam o máximo de recursos possíveis (de forma protelatória), postergando o trânsito em julgado e no final alegariam a prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, o ministro argumenta que com a Emenda Constitucional nº 45, começou a ser exigido a repercussão geral para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, ou seja, é preciso mostrar algo que transcenda o interesse subjetivo da parte. Dessa forma, a maioria dos RE (após a EC nº45) não preenche os requisitos mínimos. Assim, não haveria motivos para a suspensão da execução, pois na maioria das vezes não é admitido.

Todavia, não se pode utilizar o argumento da ineficácia judiciária e nem mesmo o de baixa admissibilidade dos recursos extraordinários para, simplesmente, rasgar uma garantia constitucional.

Para o Ministro Carlos Ayres Britto, que também acompanhou o relator e concedeu a ordem, a liberdade é o maior dentre os direitos individuais. Portanto, obedecendo a

⁴²MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.

garantia constitucional trazida pelo art. 5º, LVII da CF/88, a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia existir caso fosse prisão: em flagrante, temporária ou preventiva.

Além disso, o ministro relata sobre a irreparabilidade do dano causado por uma prisão, na medida em que atinge o preso em quatro esferas: a primeira é a esfera individual, pois afeta a autoestima; a segunda é a familiar, pois gera um desprestígio; a terceira é uma desqualificação funcional; por último tem-se a discriminação social sofrida.

Em sequência do Min. Carlos Britto, o Min. Cezar Peluso proferiu seu voto que também acompanhou o relator. Para esse ministro, a presunção de inocência é uma garantia constitucional sobre o tratamento do réu no curso de um processo.

Assim sendo, não poderia haver a imposição da medida mais gravosa ao réu, antes que houvesse um juízo de culpabilidade definitivo (com a sentença condenatória definitiva). A justificativa para isso é a irreversibilidade dos efeitos de uma prisão, ainda mais quando um inocente é preso de forma indevida, pois desperta um sentimento profundo de injustiça.

Após o voto do Min. Cezar Peluso, a Min. Ellen Gracie começou a proferir seu voto relatando que caso o entendimento fosse pela impossibilidade da execução provisória da pena, o STF estaria alterando um entendimento que vigorou por mais de vinte anos, mostrando que os ministros antecessores estiveram sempre errados.

Todavia, no direito não funciona bem assim. Ao longo dos anos, os ideais vão sendo alterados e a sociedade começa a enxergar as coisas de forma diferente, cabendo ao Judiciário acompanhar o desenvolvimento social. Ademais, sabe-se que com a quebra de paradigma trazido pela CF/88, cada vez mais, a tendência é de alargar os direitos individuais.

Sendo assim, não há de se falar, necessariamente, que os ministros antecessores estavam errados, pois até o momento que eles julgavam, era amplamente aceita a possibilidade da execução provisória.

Para a ministra, a presunção de inocência, deveria ser chamada de presunção de não culpabilidade, a qual deveria vigorar até o fim da instrução criminal, em que caberia à acusação o ônus da prova. Assim, após a confirmação da decisão do juiz de piso pelo Tribunal, a presunção de inocência acabaria e deveria ser substituída por um juízo de culpabilidade, mesmo que ainda esteja suscetível a recurso.

Em que pese tal argumento, sabe-se que é arduamente rebatido, uma vez que reduziria a garantia constitucional da presunção de inocência. E, como já fora falado, se o entendimento for pela possibilidade da execução provisória, das duas uma: ou o STF está alterando o significado de trânsito em julgado ou está violando uma garantia constitucional.

Outro argumento utilizado pela ministra discorre sobre o princípio da proporcionalidade, ou seja, ao mesmo tempo que deve ser evitado o excesso, deve ser proibido a insuficiência. Dessa forma, deveria presumir como acertada a decisão confirmada pelo Tribunal, pois, caso contrário, as decisões de primeira e segunda instância não teriam validade.

Nesse ponto, é preciso verificar que não é possível reparar os danos causados caso haja uma prisão injusta e indevida. Igualmente, a proibição da execução provisória da pena é algo expressamente vedado pela garantia constitucional do art. 5º, LVII da CF/88.

Para a ministra, também existe uma diferenciação entre antecipação da pena e prisão provisória. Sendo assim, não estaria havendo uma antecipação da pena, pois a execução estaria sendo feita em unidade prisional diferente dos presos em caráter definitivo. Porém, sabe-se que a prisão antes do trânsito em julgado ou é cautelar ou antecipação da pena. E, não havendo os requisitos de prisão cautelar, deve ser considerado antecipação da pena.

Após o voto da Min. Ellen Gracie, o Min. Marco Aurélio proferiu seu voto, acompanhando o relator.

O principal argumento do ministro foi baseado nos efeitos irreparáveis que tem a execução provisória da pena. Para isso, fez uma relação entre o direito processual civil e o direito processual penal.

No campo do processo civil, é possível executar provisoriamente a sentença, pois, por se tratar de questões patrimoniais, há como exigir uma garantia do ressarcimento caso o título executivo venha ser alterado posteriormente por meio do recurso. Inclusive, em certa passagem de seu voto, o Min. Marco Aurélio indaga:

Já no campo do processo penal não é possível pedir uma garantia de ressarcimento ao exequente, vez que os bens que estão sendo perdidos são a liberdade e o tempo do indivíduo, isto é, bens que não tem como serem ressarcidos.

Portanto, devido a impossibilidade de se retornar ao status *quo ante* na execução provisória da pena no processo penal, o Min. Marco Aurélio, optou por acompanhar o relator.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes que começou seu voto expondo o art. 5º, LVII da CF, alegando que a presunção de inocência deve durar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, caso houvesse a possibilidade de executar provisoriamente a pena, estaria não só a presunção de inocência, mas também princípios como a dignidade humana e a proporcionalidade.

Nesse ponto, o ministro⁴³ pondera:

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à prisão por força legal, tal como se vem aplicando por interpretação da Lei no 8.038/90, afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 84.078MG** 05/02/09, rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 18 abril 2017.

Posteriormente, o ministro desconstrói o argumento utilizado pela Min. Ellen Graciede que a alteração no posicionamento da Jurisprudência do STF significaria dizer que os ministros antecessores estavam errados. Segundo Gilmar Mendes, isso seria um equívoco, na medida em que não há como pensar que um posicionamento do Tribunal será sempre igual, até porque, no direito, as interpretações das normas devem se adequar à sociedade daquele tempo. Assim, como a sociedade está em constante evolução, as normas jurídicas devem acompanhar o desenvolvimento.

Conclui-se, portanto, que a execução provisória da pena não estaria em conformidade com a o princípio constitucional da presunção de inocência e, por isso, acompanhou o relator e concedeu a ordem do HC.

Logo, por maioria do votos, o STF, no julgamento do HC 84.078, rechaçou a possibilidade de se executar provisoriamente a pena, tendo sido voto vencido os ministros: Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carmén Lúcia e Menezes Direito.

3.3 JULGAMENTO DO HC 126.292 – POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Passados sete anos do julgamento que, finalmente, consagrou o princípio da presunção de inocência, o STF, no julgamento do HC 126.292, retrocedeu ao entendimento antigo, possibilitado a execução provisória da sanção penal. Segue a ementa do HC⁴⁴ supracitado:

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

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 126292SP** 17/02/2016, rel. Min. TeoriZavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 18 abril 2017.

1. 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 afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

Nesse contexto, observa-se que após um jogo argumentativo, o STF, por sua maioria retornou com entendimento, um tanto quanto discutível, possibilitando a execução da pena, antes mesmo do trânsito em julgado. Para isso, bastaria uma sentença condenatória, e, posteriormente, sua confirmação pelo Tribunal em sede de recurso.

Nessa oportunidade, o Min. relator Teoria Zavascki, iniciou a votação com o entendimento de que a execução provisória da pena seria constitucional e não violaria o Princípio da Presunção de Inocência.

Para isso, o ministro relator iniciou seu voto com o argumento de que o art. 5, LVII da CF, não se trata propriamente do princípio da presunção de inocência e sim princípio da não-culpabilidade. Nessa ótica, se o réu, condenado em primeira instância, apelar da decisão e o Tribunal de Justiça mantiver a condenação, já seria possível a aplicação da responsabilidade penal.

Nesse sentido, o princípio da “não-culpabilidade” somente vigoraria até a instrução criminal, ou seja, até o momento que se discute a meteria fática (até o recurso de apelação). Assim, no curso dos recursos extraordinários, o juízo de culpabilidade já estaria exaurido e, portanto, a execução provisória da pena poderia iniciar, uma vez que durante o processo ordinário criminal foram observadas todas as garantias do acusado.

Todavia, a constituição brasileira não recepcionou apenas um princípio de não-culpabilidade, mas sim o princípio da presunção de inocência, que deve vigorar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, Aury Lopes⁴⁵ pondera:

⁴⁵ JÚNIOR LOPES, Aury. *Prisões Cautelares*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 21.

O Brasil recepcionou sim a presunção de inocência e, como presunção, exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente.

Ademais, o fato de não haver mais revisão fática após o recurso de apelação, não significa trânsito em julgado, até porque os recursos extraordinário, apesar de somente discutirem matéria de direito, também podem alterar o comando da sentença e absolver o réu. Nesse ponto, Aury Lopes e Gustavo Badaró⁴⁶ esclarecem que:

Portanto, o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito (sublinhando que essa dicotomia “questões de fato x questões de direito” é tênue, artificial e muitas vezes ilusória, sendo superada e manipulada quando querem os tribunais superiores (mais espaço fértil para o decisionismo), não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena.

Porque o caráter “extraordinário” desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o “tratamento de culpado”.

Além disso, não há respaldo normativo para falar em limitação à presunção de inocência, por dois motivos: o primeiro é que o art. 27, §2º, da Lei no 8.038/90 foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15) e o segundo é que, com a CF/88, o art. 637 do CPP deve ser interpretado no sentido que não haverá efeito suspensivo, apenas em casos de sentença absolutória.

Sobre a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, Ada Pellegrini, Antônio Gomes Filho e Antônio Scarance⁴⁷, ponderam:

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar, para o processo penal, que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título

⁴⁶LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência:**

Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf> Acesso em: 18 de outubro de 2017. p. 27.

⁴⁷GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**, 4a ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não-culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária (art. 637 CPP) ser revistas à luz da Lei Maior.

Outro argumento utilizado pelo ministro é de que em outros países, como é o caso da Inglaterra, EUA, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, após o duplo grau de jurisdição, a execução não fica suspensa até transitar em julgado.

Nesse ponto, como já foi esclarecido, salienta-se que quase em todos países acima citados, a legislação local não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas apenas que o acusado seja considerado culpado.

Todavia, diferentemente desses países, o Poder Constituinte Originário brasileiro, escolheu um momento claro e objetivo para possibilitar a execução da pena, qual seja, o trânsito em julgado. Havendo essa clareza quanto ao momento que acaba a presunção de inocência e sendo o art. 5º, LVII da CF, uma cláusula pétrea, não há espaços para interpretações que restrinjam essa garantia constitucional.

O ministro relator, também expõe a ideia de que a proibição da execução provisória não estaria garantindo a observância da presunção de inocência, mas sim colaborando para a ineficiência da jurisdição penal. Ademais, no caso concreto, caso houvesse algum excesso/injustiça, poderia o tribunal conceder o efeito suspensivo, ou até mesmo o réu impetrar um habeas corpus.

Em que pese tal argumento, não é justo/viável que o Estado transfira o ônus da possibilidade de executar a pena provisoriamente para o réu, justificada na ineficácia do Poder Judiciário em julgar o processo num tempo hábil para que não ocorra a prescrição. E, em relação a possibilidade de poder conceder efeito suspensivo em alguns casos, apesar de parecer um bom argumento, é preciso observar que a presunção de inocência garante esse efeito para todos os casos.

Em seguida, o Min. Edson Fachin começou seu voto apenas reforçando o entendimento do ministro relator quanto aos argumentos da esfera constitucional. Ademais, o ministro acrescentou que no plano infraconstitucional, o art. 27, §2º da Lei 9.038/90 teria revogado os art. 147 e 164 da LEP, que são os artigos presente na LEP que exigem o trânsito em julgado para executar a pena.

Em que pese tal argumento, é de extrema importante salientar que o art. 27, §2º da Lei 9.038/90 foi expressamente revogado pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15). Logo, tal argumento que exalta o art. 27, §2º da Lei dos Recursos Especiais e Extraordinários perde total sentido.

Posteriormente, seguindo a votação, o ministro Luis Roberto Barroso votou no sentido de que a execução provisória da pena não viola o princípio da presunção de inocência. Isso porque a prisão em segunda instância encontraria amparo em três fundamentos jurídicos. Primeiramente, segundo o ministro, a constituição brasileira condiciona a prisão à culpabilidade e não ao trânsito em julgado.

Em segundo lugar, a presunção de inocência é princípio e não regra, podendo, por isso, ser aplicado em maior ou menor grau, uma vez que pode ser ponderada com outros bens jurídicos constitucionais. Princípios expressam valores a serem seguidos, mas que dependem da realidade para serem aplicados. No caso em tela, há o embate da presunção de inocência com o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

Já o terceiro argumento é que os recursos especial e extraordinário não servem para rever matéria fática e sim violações a direitos no curso do processo, tanto que não possuem efeito suspensivo, via de regra. Para o ministro, esse fato, muitas vezes relevado, corre “desapercebido” para as partes de maneira proposital, com o intuito protelatório e abusivo do direito de recorrer, ferindo assim um princípio muito caro ao direito brasileiro: o da duração razoável do processo.

Porém, como já foi rechaçado, sabe-se que o fato de terem exaurido as instâncias ordinárias, não significa o trânsito em julgado da sentença penal. Além disso, um princípio constitucional (garantia individual) que exige expressamente o trânsito em

julgado, não deveria ser relativizado a fim de diminuir a proteção do indivíduo. E, o Brasil recepcionou o princípio da presunção de inocência e não o da não-culpabilidade, como sustenta o ministro. Dessa forma, o trânsito em julgado é uma exigência expressa, não cabendo outras interpretações.

Seguindo sua linha de raciocínio, Barroso ainda menciona três outros fundamentos pragmáticos: a funcionalidade do sistema, a diminuição na seletividade do sistema jurídico punitivo, e a quebra do paradigma da impunidade no sistema penal.

Para o Ministro, desse modo, é evidente e necessária a mudança de jurisprudência da corte (alterada da visão defendida pelo seu voto para a visão da supremacia do princípio da presunção de inocência em 2009), uma vez que menos de 0,1% dos recursos especiais ou extraordinário em casos semelhantes são conhecidos e providos (critério pragmático) e o entendimento de que, no embate do princípio da presunção de inocência com a efetividade da tutela jurisdicional e a duração razoável do processo, no caso concreto, haveria uma predominância para a segunda hipótese, além de entender que, com dois julgamentos do processo (primeira e segunda instância), há de se entender que não há mais uma presunção de inocência como existia (ou deveria existir) no começo do processo.

Por essas razões, o ministro votou denegando a ordem do HC, isto é, reconhecendo a constitucionalidade da execução provisória.

Em seguida, a Ministra Rosa Weber preferiu seu voto, sendo o primeiro voto divergente, entendendo pela concessão da ordem do Habeas Corpus.

A ministra começou esclarecendo é a favor da manutenção da jurisprudência que o STF já vinha adotando, até porque não havia nenhuma mudança significativa das leis desde o julgamento do HC 84.078. A única alteração que ocorreu foi em relação aos ministros que compõe a Suprema Corte.

Logo, a ministra votou no sentido de manter o entendimento que já vinha sendo adotado, ou seja, reconhecendo a impossibilidade de executar provisoriamente a pena.

Posteriormente, o Min. Luiz Fux proferiu seu voto acompanhando o entendimento do ministro relator e dos demais que haviam se pronunciado em desfavor à concessão da ordem. Em seu voto, o ministro não inovou em relação aos argumentos lançados pelos demais ministros que denegaram a ordem do HC, tendo como principal argumento a impossibilidade de discutir matéria fática nas instâncias extraordinárias.

Dando sequência ao julgamento, a Min. Carmen Lúcia manteve fielmente o posicionamento já adotado quando proferiu seu voto no HC 84.078. Dessa forma, a ministra não inovou na argumentação e apenas acompanhou o entendimento do ministro relator, ou seja, denegou a ordem do HC.

Já o ministro Gilmar Mendes, que deu sequência ao julgamento e também havia participado do julgamento do HC 84.078. Naquela oportunidade, o ministro havia votado pela inconstitucionalidade da execução provisória, porém, no julgamento do HC 126.292 alterou seu posicionamento.

Na votação do HC 126.292, além do ministro não ter rechaçado nem os próprios argumentos de quando entendeu pela inconstitucionalidade da execução provisória, o ministro não trouxe novos argumentos em relação aos outros ministros que partilham da mesma ideia.

Nesse sentido, os principais argumentos utilizados pelo ministro, foram os seguintes: I) a impossibilidade da execução provisória aumentaria a ineficácia das jurisdição penal; II) que o Poder Judiciário devia dar mais credibilidade/eficácia as decisões dos juízes e dos Tribunais de Justiça; III) segundo o ministro, não há a necessidade de trânsito em julgado da sentença, o que seria preciso é o exaurimento das instâncias ordinárias. Ademais, conforme vários tratados internacionais (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem) dos quais Brasil é signatário, exige-se apenas a comprovação de culpa para possibilitar a prisão; IV) por fim, o ministro alega que a presunção de inocência pode ir diminuindo ao logo do processo, conforme vai sendo comprovado a culpa do agente.

Apesar de toda a brilhante argumentação do ministro, percebe-se que tais argumentos já foram exaustivamente rebatidos em outras oportunidades. Logo, mesmo sendo bons argumentos, não são suficientes para embasar a possibilidade da execução provisória da pena.

Logo após o Min Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio prosseguiu com a votação, mantendo o seu posicionamento de quando votou no julgamento do HC 84.078 e concedeu a ordem do HC.

Para isso, o ministro preferiu não prolongar muito seu voto, afirmando que a liberdade de ir e vir é algo muito sagrado e, por isso, não deveria haver a possibilidade de executar provisoriamente a pena. Ademais, o ministro preferiu ficar com a interpretação mais fiel à literalidade do art. 5º, LVII da CF, entendendo que só poderia ser considerado culpado após transitar em julgado a sentença penal condenatória. Logo, o ministro divergiu do relator e votou a favor da concessão da ordem do HC.

Em sequência, o Min. Celso de Mello, começou proferindo seu voto alegando que a Presunção de Inocência é uma conquista histórica que protege a sociedade contra os excessos praticados pelo Estado e o abuso de poder.

Outro argumento utilizado pelo ministro foi que o fim da presunção de inocência é um momento claro e bem definido, não devendo haver interpretações alterando essa garantia constitucional. Nas palavras do Min. Celso de Mello⁴⁸:

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 126292SP** 17/02/2016, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 18 abril 2017.

bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Ademais, o ministro ressalta que não tem como comparar o Brasil com países como França e Estados Unidos, uma vez que as leis desses países não exigem o trânsito em julgado para considerar o acusado culpado, enquanto a constituição brasileira exige expressamente.

Assim, o ministro se manteve fiel ao posicionamento adotado no julgamento do HC 84.078, entendendo pela impossibilidade de executar provisoriamente a pena, acompanhando os ministros Marco Aurélio e Rosa Weber.

Por fim, o Min. Ricardo Lewandowski, também se manteve fiel ao entendimento proferido na votação do HC 84.078 e votou de forma divergente ao entendimento fixado pelo relator.

Para isso, o ministro insistiu na argumentação já elencada por outros ministros, no sentido de que o art. 5º, LVII da CF é muito claro, que não permitiria interpretações, ou seja “*in claris cessat interpretativo*”⁴⁹.

Ademais, o ministro argumentou que no processo civil, que cuida de questões meramente patrimoniais, o Estado visa a proteção do executado, exigindo até mesmo caução para o cumprimento provisório (conforme art. do 520 CPC), a fim de evitar ao máximo prejuízos caso haja uma execução indevida. Por tal razão, o Estado tinha que se preocupar muito mais com a execução provisória de uma pena de prisão, uma vez que a liberdade é um bem irreparável.

Por fim, o Min. Lewandowski elencou alguns dados interessantes, mostrando que no Brasil, em 2016, existiam cerca de 600 mil presos e desse total, cerca de 40% (240 mil) eram provisórios. Assim, caso houvesse a liberação da execução provisória da

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 126292SP** 17/02/2016, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 18 abril 2017.

pena, aumentaria exponencialmente o número de presos e o sistema carcerário brasileiro não suportaria.

Assim, por maioria dos votos, o STF, no julgamento do HC 126.292, entendeu pela constitucionalidade da execução provisória da pena, tendo sido voto vencido os ministros: Rosa Weber, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência é uma garantia constitucional estabelecida no art. 5º, LVII da CF/88. Esse princípio deve ser muito bem utilizado, pois trata-se de um direito fundamental importante para o réu. É possível observar que a presunção de inocência traz duas faces: a primeira é que o ônus da prova é do acusador e a segunda é a do tratamento que deve ser dado ao acusado.

Nesse sentido, analisando mais precisamente a segunda face (tratamento ao acusado), o motivo para prender um acusado no percurso do processo, não pode ser pela mera alegação que este é culpado, pois assim estaria se antecipando a sanção penal. Portanto, percebe-se aqui um dever de tratamento, visto que o acusado deve ser considerado inocente até que se prove sua culpabilidade.

A Constituição Federal, trouxe expressamente a ideia de que o acusado não poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sabe-se que o trânsito em julgado se dá após a sentença tornar-se irrecurável, ou seja, após enfrentar todos os recursos cabíveis.

Portanto, compreende-se que no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a culpabilidade do acusado só é decretada quando a sentença penal condenatória torna-se irrecurável, isto é, com o trânsito em julgado.

Porém, mesmo com a Constituição Federal estabelecendo um marco objetivo do fim da presunção de inocência, qual seja o trânsito em julgado, percebe-se que o STF tem mudado seu entendimento sobre a execução provisória da pena ao longo dos anos.

De início, com o julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, o entendimento era de que poderia haver a execução provisória da pena, pois não violaria o princípio da presunção de inocência.

Esse entendimento durou até o ano de 2009, quando finalmente o STF se adequou à Constituição Federal. No julgamento do HC 84.078/MG, feito pelo plenário em 05/02/2009, houve a alteração do entendimento, concluindo que a execução provisória da pena seria incompatível à presunção de inocência.

Porém, infelizmente, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, em 2016, houve outra mudança de entendimento, retrocedendo à possibilidade da execução provisória da pena.

Nesse sentido, observa-se que a execução provisória da pena, além de ser um tema polêmico, ele é totalmente desprovido de segurança jurídica, pois esta sempre sendo alterado. Inclusive, atualmente há indícios de uma nova alteração de entendimento, retornando à impossibilidade de executar a pena provisoriamente, quando pendente de recurso.

Portanto, ante tudo que foi exposto durante o trabalho, conclui-se que a execução provisória da pena (pendente de recurso) é um instituto totalmente incompatível ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que prisão antes do trânsito em julgado e sem fundamento de prisão cautelar, seria apenas uma antecipação de pena, o que é contrário com o princípio constitucional da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Manual de Execução**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 agosto 2017.

BRASIL. Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 15 setembro 2017.

BRASIL. Lei nº8.038, de 28 de maio de 1990. **Lei dos Recursos Especiais e Extraordinários**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm> Acesso em: 18 setembro 2017. Acesso em: 10 set 2017.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Lei da Prisão Temporária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em: 15 setembro 2017.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 20 setembro 2017.

BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 setembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 68.726** 29/06/91, rel. Min. Néri Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>> Acesso em: 18 abril.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 90.645** 11/09/07, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494640>>
Acesso em: 18 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 84.078MG** 05/02/09, rel. Min. Eros Grau.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso
em: 18 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 126292SP** 17/02/2016, rel. Min. Teori
Zavascki. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>
Acesso em: 18 abril 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova,
Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.
Salvador: Jus Podivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-22.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São
Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio
Scarance. **Recursos no processo penal**. 4a ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma
do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57-58.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:
Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**:
Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em:
<http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf> Acesso
em: 18 de outubro de 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

PEDRA. Sant'ana. Adriano. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas na Democracia Participativa**. Rio de Janeiro: LumenJuris. 2012.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A cultura inquisitorial vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. EMERJ – Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf>. Acesso em: 26 de out. 2017.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Humberto. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.