

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
GEOVANA CABRAL CAETANO**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**RUBIATABA/GO
2020**

GEOVANA CABRAL CAETANO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob a orientação do
professor Especialista Gláucio Batista da
Silveira.

**RUBIATABA/GO
2020**

GEOVANA CABRAL CAETANO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob a orientação do
professor Especialista Gláucio Batista da
Silveira.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

**Especialista Gláucio Batista da Silveira
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Rogério Gonçalves Lima
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Lincoln David Martins
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico este trabalho a meu pai, Paulo Atílio Caetano Moreira, por estar sempre ao meu lado, fortalecendo-me e encorajando a lutar pelos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me direcionar durante essa fase de graduação, fazendo com que fosse possível concluir esse trabalho.

Em segundo, agradeço à minha família pelo incentivo e apoio. Por conseguinte, agradeço ao meu professor orientador Gláucio Batista da Silveira por toda sabedoria, paciência e disponibilidade dispensadas a mim em todo processo de produção da monografia.

Por último, estendo meus agradecimentos ao corpo docente, direção e administração desta instituição de ensino.

RESUMO

O objetivo desta monografia é identificar se a execução provisória da pena em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência. Cumpre ressaltar que o método empregado nesta pesquisa é o dialético; nesse sentido há uma pretensão em demonstrar os principais pontos que abarcam o estudo da execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. Para o desenvolvimento da pesquisa dialética serão utilizados livros, que trazem uma abordagem sobre o assunto estudado. Quanto aos objetivos será aplicado o método descritivo que é aquele que se baseia nos detalhes dos dados apresentados com a mínima interferência possível. O método descritivo será trabalhado nessa pesquisa sob o enfoque documental através da leitura de doutrinas, legislações como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei de Execução Penal, a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, Habeas Corpus nº 126.292/SP, 84.078/MG, 151.430/DF e ADCs 43 e 44. No que se refere aos resultados obtidos, verifica-se que a execução provisória da pena viola o princípio da presunção de inocência, considerando o fato de que um indivíduo não deve, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, ser reputado culpado antes de sentença penal condenatória irrecorrível. Ademais, considerar o acusado inocente até que se prove o contrário, é um princípio basilar do estado democrático de direito, este entendimento surge da evolução histórica da humanidade, onde governantes poderosos usavam seu poder contra pobres e indefesos.

Palavras-chave: Execução Provisória. Presunção de inocência. Trânsito em julgado.

ABSTRACT

The goal of this monograph is to identify if the provisional execution of the penalty in second instance violates the principle of the presumption of innocence. Must be point out that the method used in this research is dialectic; on this sense, there is a pretension to show the main points that include the study of the provisional execution of the penalty and the principle of the presumption of innocence. To develop this dialectic research will be used books, which brings an approach about the subject studied. As to the objectives, will be applied the descriptive method, this one based on detailed data which are shown with the minimal interference as possible. The descriptive method will be worked, on this research, highlighting the doctrine readings, legislation as the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the Penal Execution Law, the Declaration of the Men Rights and of the Citizen, the Universal Declaration of the Humans Rights, the American Convention of the Humans Rights, Habeas Corpus n. 126.292/SP, 84.078/MG, 151.430/DF e ADCs 43 e 44. Regarding the results obtained, can be verified that the provisional execution of the sentence violates the principle of the presumption of innocence, considering the fact that an individual should not, under the focus of the 1988 Federal Constitution, be found guilty before an unappeasable condemnatory sentence. Furthermore, considering the accused innocent until proven otherwise, is a basic principle of the democratic rule of law, this understanding arises from the historical evolution of humanity, where powerful rulers used their power against the poor and defenseless.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional Execution. Process in Judgment.

Traduzido por Marise de Melo Lemes, graduada em Letras Modernas com habilitação em Português/Inglês, pela Faculdade de Filosofia do Vale de São Patrício, UniEvangélica, Ceres, Goiás.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ART.	Artigo
DF	Distrito Federal
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
MG	Minas Gerais
MP	Ministério Público
Nº	Número
P.	Página
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE SÍMBOLOS

§ Parágrafo.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	NOÇÕES GERAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .	14
2.1	CORRELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	17
2.2	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988...	20
2.3	A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS	22
3	EXECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
3.1	ANÁLISE DA EXECUÇÃO PENAL COMO VIA DE REGRA.....	27
3.2	ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	30
4	A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	35
4.1	DECISÃO DO STF ACERCA DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA....	38
4.2	REFLEXOS DO ATUAL ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS.....	52

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, o princípio da presunção de inocência é considerado uma das principais conquistas alcançadas pelo Estado Democrático de Direito. Diante disso, a presente pesquisa tem como tema a execução provisória da pena sob a ótica do princípio da presunção de inocência. Através desse estudo, pretende-se averiguar o atual posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, bem como se a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência.

A problemática da monografia infere-se na direção de trazer uma resposta para a seguinte pergunta: tendo em vista a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que tange a possibilidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, bem como considerando o fato de que existem vários recursos no processo penal, e que mesmo havendo condenação, o condenado pode recorrer de uma instância e ser absolvido em outra se questiona: a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência?

Nesse sentido, observando as hipóteses possíveis tem-se que a execução provisória da pena em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que o direito de liberdade constitui uma das mais relevantes garantias conquistadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, considerar o acusado inocente até que se prove o contrário, é um princípio basilar do estado democrático de direito, este entendimento surge da evolução histórica da humanidade, onde governantes poderosos usavam seu poder contra pobres e indefesos.

Por outro lado, observa-se que a execução provisória da pena em segunda instância não viola o princípio da presunção da inocência, visto que, quando o acusado vai cumprir a pena em segunda instância, ele já passou por um processo; teve a oportunidade de defesa, um juiz de direito analisou seu caso, passou por toda a fase de instrução probatória, e assim foi condenado em primeira instância. Teve direito a um recurso, a duplo grau de jurisdição e mesmo assim foi indeferido, ou seja, já teve o primeiro e segundo graus de jurisdição, o devido processo legal, o direito ao contraditório e a ampla defesa e mesmo assim foi considerado culpado. Por conseguinte, a prisão em segunda instância é uma possibilidade vigente no sistema penal brasileiro. Estando de acordo com diretrizes gerais do direito internacional, e até mesmo com o modelo adotado pela maioria dos países.

É importante ressaltar, que o objetivo geral desse trabalho é identificar se a execução provisória da pena em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência. Por

consequente, os objetivos específicos consistem em analisar o princípio da presunção de inocência, averiguar os aspectos gerais ligados à execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro e por último examinar os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) quando permitiram a execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

A pesquisa se justifica, pois gira em torno de uma análise jurídica e política sobre as recentes decisões dos tribunais superiores e se tais decisões foram aplicadas de forma legal, clara, isonômica e justa, sendo assim, de comum acordo com a Constituição Federal de 1988. Este trabalho também é relevante pelo fato de repercutir na seara teórica, social, política, pessoal e outras. Ademais, é possível vislumbrar que este assunto apresenta uma ampla discussão sobre a execução provisória da pena em segunda instância e o princípio da presunção da inocência tanto no campo acadêmico, quanto na esfera político-social.

Quanto ao método empregado na realização do trabalho, este é realizado sob o enfoque bibliográfico e documental, concretizado por meio da leitura de doutrinas, legislações como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; a Lei de Execução Penal, a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, Habeas Corpus nº 126.292- SP, nº 84.078-MG, 151.430/DF e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44. Ressalta-se que esses documentos podem ser encontrados em sites da internet e bibliotecas.

Diante disso, para que se obtenha um resultado concreto por intermédio dessa pesquisa é preciso atentar aos objetivos específicos. Sendo assim, no primeiro capítulo será analisado o princípio da presunção de inocência. Na ocasião, serão expostas as noções gerais acerca do princípio da presunção de inocência, a correlação entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da presunção de inocência, a presunção de inocência na Constituição brasileira de 1988 e nos documentos internacionais.

Para fundamentar esse capítulo será necessário realizar a leitura da obra Constituição Federal para Concursos escrita por Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Júnior, publicada em 2018; Curso de Direito Constitucional escrita por Flávio Martins, publicada em 2019; Curso de Direito Constitucional, escrita por Bernardo Gonçalves, publicada em 2017; Curso de Execução Penal, escrita por Guilherme de Souza Nucci, publicada em 2018; Curso de Direito Constitucional, escrita por Uadi Lammêgo Bulos, publicada em 2018; Ler a obra Execução Penal, escrita por Norberto Avena, publicada em 2018; Lei de Execução Penal, escrita por Rogério Sanches Cunha, publicada em 2017; Processo Penal, escrita por Leonardo Barreto Moreira Alves, publicada em 2018; Processo Penal Esquematizado, escrita por

Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, publicada em 2017; Direito Constitucional Esquemático, escrita por Pedro Lenza, publicada em 2016; Processo Penal e Execução Penal, escrita por Guilherme de Souza Nucci, publicada em 2019.

Vislumbra-se que este capítulo trará contribuições significativas para a solução da problemática, uma vez que ocasionará uma visão ampla da temática, proporcionando uma base concreta para o estudo dos capítulos posteriores.

No segundo capítulo, serão averiguados os aspectos gerais ligados à execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, será analisada a execução da pena como via de regra e a execução provisória da pena. Igualmente, pretende-se realizar a leitura da obra Execução Penal escrita por Norberto Avena, publicada em 2018; Lei de Execução Penal, escrita por Rogério Sanches Cunha, publicada em 2017; Curso de Execução Penal, escrita por Guilherme de Souza Nucci, publicada em 2018 e Constituição Federal para Concursos escrita por Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Júnior, publicada em 2018

Ademais, este capítulo tem como objetivo esclarecer os principais pontos acerca da execução provisória da pena o que é crucial para uma melhor compreensão não só do atual posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, mas também a respeito da relevância do princípio da presunção de inocência.

Por último, para materializar o objetivo de examinar os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) quando permitiram a execução provisória da pena após condenação em segunda instância; é imprescindível que seja feito o estudo dos enunciados jurisprudenciais, bem como a leitura das obras escritas por Uadi Lammêgo Bulos, Alexandre de Moraes, Pedro Lenza, Flávio Martins, Bernardo Gonçalves, Norberto Avena, Guilherme de Souza Nucci, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Sílvio Motta, Rogério Sanches, Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Júnior.

Ante o exposto, conclui-se que há divergências tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais, no que tange a execução provisória da pena em segunda instância sob a ótica do princípio da presunção de inocência. Desse modo, não se pode esquecer que há um longo caminho para que essa celeuma jurídica seja solucionada, o que enseja, portanto, uma análise criteriosa e aprofundada, a fim de que os direitos e as garantias individuais não sejam violados por negligência dos operadores de direito. Da mesma maneira, não se pode aceitar que a omissão legislativa permita que a impunidade reine em nosso seio social.

2. NOÇÕES GERAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A pesquisa que se introduz por intermédio desse capítulo tem como objetivo expor as noções conceituais acerca do princípio da presunção de inocência. Como referencial metodológico que servirá de esteio para alcançar informações sobre a temática a ser pesquisada, emprega-se a pesquisa bibliográfica e documental sobre o assunto, através de obras doutrinárias e legislações como: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei de Execução Penal, a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Para melhor entendimento do assunto, nas subseções posteriores, será demonstrada a correlação entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da presunção de inocência, a presunção da inocência na Constituição de 1988 e por último, a presunção de inocência nos documentos internacionais.

Nesse desígnio, antes de iniciar a abordagem, especificamente, a respeito do princípio da presunção de inocência, necessário se faz apontar a distinção entre regras e princípios.

Diante disso, Lenza (2018, p.169) assevera “Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida”. Infere-se que as regras atuam no campo da objetividade, enquanto que os princípios trazem na sua essência certo grau de subjetividade. Ademais, o autor diz que “Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta”. Por conseguinte, “Os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante”.

Consecutivamente, Lenza (2018, p.170) alude que as regras “São normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Por fim, o doutrinador acima citado relata que os princípios “São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Vislumbra-se que os princípios são mais flexíveis, enquanto que as regras são mais rígidas.

Levando-se em conta, as informações anteriormente citadas, cumpre ressaltar que na atualidade o princípio da presunção de inocência é considerado uma das principais

conquistas alcançadas pelo Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Avena (2018, p.26) esclarece “Também chamado de princípio do estado de inocência, trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito”.

Por sua vez, Novelino e Júnior (2018, p.118) tecem as seguintes considerações: “A presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas”.

Da mesma sorte, Moraes (2019, p.138) diz que “Há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente”. Inclusive, o mesmo autor aduz a ideia que a transgressão desse princípio constitui retrocesso, visto que, traz o retorno do arbítrio estatal, o que permite o afastamento dos direitos e das garantias individuais.

Destaca-se que o princípio da presunção de inocência estabelece duas regras em relação ao acusado. Diante disso, Oliveira (2016, p. 48) preceitua:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da presunção, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõem ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do interpersecutória, 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

Ademais, constata-se que tanto no âmbito do direito penal quanto do direito processual penal, a presunção de inocência ou de não culpabilidade veda que o Estado trate o acusado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Conforme ainda esclarece Novelino e Júnior (2018, p.118) “Enquanto na pronúncia a dúvida milita em favor da sociedade (*in dubio pro societate*), na decisão final, havendo fundada incerteza, o réu deve ser absolvido (*in dubio pro reo*). A comprovação inequívoca da culpabilidade compete ao Ministério Público”. Sendo assim, é incoerente exigir do acusado a comprovação de sua inocência.

Com a lição sempre precisa de Bonfim (2017, p. 100) “O princípio do estado de inocência refere-se sempre aos fatos, já que implica que seja ônus da acusação demonstrar a ocorrência do delito e demonstrar que o acusado é, efetivamente, autor do fato delituoso”. Nesse sentido, deduz-se que o referido princípio não é absoluto, visto que a presunção de inocência pode ser alterada quando se comprova a autoria do fato criminoso.

Em seguida, Bulos (2018, p. 724) ratifica: “Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados”. Desse modo, pressupõe-se que há uma presunção relativa de não culpabilidade daqueles que são réus em processos penais de cunho condenatório.

Outro ponto relevante discutido no âmbito da presunção de inocência diz respeito às medidas cautelares durante a persecução. Para tanto, Távora e Alencar (2017, p.70) argumentam:

Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura.

Sendo assim, é imprescindível que haja um cuidado especial no que tange a aplicação das referidas medidas cautelares. É importante mencionar, que tal princípio possui relação com o teor da Súmula 444 do STJ. Sobre isso, melhor explica Bonfim (2017, p. 100) quando afirma:

É corolário do princípio da não culpabilidade a impossibilidade de se considerarem, para efeitos de dosimetria da pena, os inquéritos e processos criminais em andamento do acusado, sem trânsito em julgado. Aliás, este é o teor da Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Relevante salientar, que a incidência do princípio da presunção de inocência na ordem jurídica não retira a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias que possuem, inclusive, reconhecimento na doutrina e na jurisprudência. Diante dessas afirmações, Moraes (2019, p. 168) informa:

A presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status *libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado.

De igual forma, observamos que a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante e crimes inafiançáveis, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência. Diante disso, Capez (2020, p. 342) assinala:

A prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), mesmo porque a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII).

Pode, assim, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência.

Registre-se, ainda, que nas suas explanações Novelino e Júnior (2018) noticiam que tendo como base o princípio da presunção de inocência, no âmbito administrativo, o fato do candidato ter em curso inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória não impede a sua participação em concursos públicos.

Em virtude dessas considerações, verifica-se que por meio desse tópico inicial, foi possível obter como resultado a concepção de que a presunção de inocência é reputada como uma garantia processualista fundamental que atua como mecanismo limitador do poder estatal de maneira a assegurar a dignidade da pessoa humana. Diante disso, na subseção posterior, a abordagem será sobre a correlação existente entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da presunção de inocência.

2.1 CORRELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No tópico antecedente foram discutidas as noções gerais acerca do princípio da presunção de inocência. Para tanto, a presente subseção, tem como finalidade demonstrar a correlação entre o referido princípio e o princípio do duplo grau de jurisdição, considerando como base a execução provisória da pena. Ademais, para a fundamentação desse tópico serão utilizadas as obras doutrinárias escritas por Antônio Alberto Machado, Fernando Capez, Eugênio Pacelli, Edilson Mougnot Bonfim, Renato Marcão, Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar.

Sem maiores digressões, vislumbra-se que o princípio da presunção de inocência possui estreita relação com o princípio do duplo grau de jurisdição. Desse modo, Bonfim (2017, p.116) elucida que o princípio do duplo grau de jurisdição é aquele “Segundo o qual as decisões podem ser revistas por órgãos jurisdicionais de grau superior, por meio da interposição de recursos”. Em acréscimo Távora e Alencar (2017, p.84) ratificam “Este princípio assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais, através do sistema recursal, onde as decisões do júízo a *quo* podem ser reapreciadas pelos tribunais”.

Consoante noção cediça Machado (2014) reitera que uns dos fundamentos que justifica a aplicação do duplo grau de jurisdição é o fato das decisões serem sujeitas a estarem

eivadas de erros, imperfeições e injustiças, diante disso é sempre importante que essas decisões possam ser revistas pelo tribunal.

Por iguais razões Machado (2014, p. 744) diz que “Há ainda o argumento político em favor do duplo grau de jurisdição que é a necessidade de se estabelecer alguma forma de controle sobre todos os atos estatais”.

Para tanto, Reis e Gonçalves (2018, p.71) mencionam algumas observações, sendo que a mais significativa é a que informa que:

Esse princípio não está descrito de forma expressa na Constituição, mas é facilmente percebido, posto que a Carta Magna regulamente a competência recursal dos diversos órgãos do Poder Judiciário em seus arts. 102, II e III; 105, II e III; 108, II, e 125, § 1º.

Assim, de igual maneira, observa-se que o princípio do duplo grau de jurisdição não é contemplado na Constituição, existindo processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, no qual esse duplo grau não recai, Távora e Alencar (2017, p.84) dizem que:

Todavia, interessa sublinhar que o duplo grau de jurisdição não é princípio contemplado na Constituição, haja vista que processos existem sem que esse duplo grau incida, a exemplo daqueles de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Sucessivamente, Reis e Gonçalves (2018, p.71) afirmam “Por este princípio as partes têm direito a uma nova apreciação, total ou parcial, da causa, por órgão superior do Poder Judiciário”. Em linhas gerais é preciso que as partes manifestem interesse na reanálise da questão posta em discussão direcionando assim o devido recurso a um órgão superior.

Por conseguinte, Capez (2020, p.74) informa que o princípio do duplo grau de jurisdição “Trata-se da possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau”. Em seguida, o autor adiciona que esse princípio não está expressamente previsto no Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que ele decorre da estrutura do poder judiciário.

Pacelli (2018, p.954) relata que “A exigência do duplo grau de jurisdição, enquanto garantia individual, permite ao interessado a revisão do julgado contrário aos seus interesses, implicando o direito à obtenção de uma nova decisão em substituição à primeira”.

Assinale-se, ainda, que o princípio do duplo grau de jurisdição possui previsão expressa não somente na Constituição Federal de 1988, mas também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A propósito Machado (2014, p. 745) informa:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu art. VIII, estabelece que toda pessoa tem direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. E o Pacto de San José da Costa Rica, no seu art. 8.2, letra h, proclama entre os direitos da pessoa humana o “direito de recorrer de sentença para juiz ou tribunal superior.

Denota-se a imprescindibilidade de tal princípio na ordem jurídica, haja vista que garante o direito de recorrer das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau. Em rápidas pinceladas Marcão (2017, p. 1067) traz as seguintes informações:

O fundamento político do duplo grau de jurisdição está no fato de que, no Estado de Direito, todo e qualquer ato estatal se encontra subordinado a controle jurisdicional, e não poderia ser de modo diverso em relação às decisões proferidas por determinado órgão judiciário, mesmo que em sede de controle interna *corporis*.

Tendo em vista essas afirmações sobre o fundamento político do duplo grau de jurisdição, bem como a sua relação com o princípio da presunção de inocência, denota-se pelas lições de Lenza (2018) que esses princípios são considerados fundamentos valiosos para a existência e a manutenção do Estado Democrático de Direito; existindo, portanto, a necessidade de que se esgotem todas as vias recursais, sob a pena de violação dos princípios da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição.

Não obstante, há entendimentos de que a execução provisória da pena em segunda instância não viola o princípio da presunção da inocência, uma vez que, quando o acusado vai cumprir a pena em segunda instância, ele já passou por um processo, teve a oportunidade de defesa, um juiz de direito já analisou seu caso, passou por toda a fase de instrução probatória, foi condenado em primeira instância, teve direito a um recurso, a duplo grau de jurisdição e mesmo assim foi indeferido, ou seja, teve o primeiro e segundo grau de jurisdição, teve o devido processo legal, o direito ao contraditório e a ampla defesa e mesmo assim foi considerado culpado.

Assim, depreende-se que, essa subseção trouxe como principal resultado o levantamento da discussão acerca dos princípios do duplo grau de jurisdição e a sua relação com o princípio da presunção da inocência, pontos esses fundamentais para a obtenção da resposta para a problemática suscitada em discussão na pesquisa. Dessa maneira, no próximo

tópico o estudo estará voltado à análise da presunção de inocência na Constituição brasileira de 1988.

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Cumpramos examinar nesse passo sobre a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, nesse contexto esse capítulo tem como finalidade averiguar a maneira em que se procedeu à positivação do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro. O referencial teórico desse tópico será construído por intermédio de uma investigação bibliográfica e documental do assunto, tendo como esteio a verificação do artigo, 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 e a leitura de diversos livros que tratam sobre a temática.

Infere-se que o princípio da presunção de inocência está contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, trazendo a seguinte redação “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Assim, nas suas precisas lições Bulos (2018, p. 724) adverte “Pelo princípio da presunção de inocência, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ademais, o doutrinador relata a respeito da amplitude do princípio, deixando claro que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, não se refere somente a processos penais condenatórios, mas também processos cíveis e administrativos.

No que tange ao conteúdo do princípio da presunção de inocência, Bonfim (2017, p. 99) esclarece “Este princípio reconhece, assim, um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido status processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória”.

Diante disso, destaca-se que a presunção de inocência é uma novidade implementada na Constituição Federal de 1988. Algumas décadas atrás ela não possuía uma previsão legal específica o que fazia com que ela fosse analisada sob a ótica dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, Távora e Alencar (2017, p. 69) apresentam os seguintes argumentos “Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita”.

Registra-se ainda, os relatos de Bulos (2018, p. 724) que ratifica “A propósito, lembre-se que a presunção de inocência foi uma novidade da Carta de 1988. No passado, ela era extraída do contraditório e da ampla defesa, pois não vinha prevista taxativamente”. Verifica-se que o princípio da presunção de inocência na realidade constitui uma projeção de outros princípios tais como os princípios do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, do *in dubio pro reu* e da *nulla poena sine culpa*.

Por conseguinte, Martins (2019, p.1139) concorda com tais concepções anunciando da seguinte maneira:

No Brasil, a primeira Constituição a admitir o princípio foi a de 1988, mesmo assim, com uma redação diferente: influenciada pelos textos fascistas italianos, em vez de dizer que o réu era inocente até decisão contrária, preferiu chamá-lo de “ainda não culpado”. Seguramente, uma opção infeliz do constituinte, que não nos impede de interpretar o dispositivo da seguinte maneira: o réu é considerado inocente, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse contexto, Martins (2019) aduz que o princípio da presunção de inocência é tratado como um direito individual, possuindo caráter negativo, tendo em vista que o Estado não poderá considerar o réu culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ademais, considerando essas informações, Bulos (2018, p.724) informa: “Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ostentar o status de condenado”. Diante disso, todo indivíduo será considerado inocente até que se prove o contrário.

Nessa esteira Paulo e Alexandrino (2017, p.238) anunciam:

Com efeito, conquanto referida especificamente ao preso, essa garantia constitucional abrange toda e qualquer pessoa, perante qualquer esfera do Estado, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do indivíduo (art. 5.º, LVII), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação.

Nesta perspectiva, qualquer indivíduo que esteja sendo investigado terá direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo. No que concerne a anatomia do princípio da presunção de inocência Bulos (2018, p.724) anuncia:

Nenhuma acusação penal presume-se provada. Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade (ou do estado de inocência) das pessoas sujeitas a procedimentos persecutórios.

Observa-se que a finalidade desse princípio é evitar que sejam atribuídas presunções prejudiciais ao acusado, sendo vedada a aplicação de punições antecipadas. Em seguida, Bulos (2018, p.725) narra “De outro lado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador”. Isso significa que é preciso uma comprovação inequívoca da prática do crime por parte do investigado, haja vista que não é permitida condenação por meras presunções.

Em virtude dessas considerações, verifica-se que a implantação da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, com a positivação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, foi um marco essencial para a proteção dos direitos daqueles que, eventualmente, possuem ação penal em curso das arbitrariedades infundadas do Estado; uma vez que é necessária a comprovação do trânsito em julgado para que o agente seja considerado culpado. Diante disso, na próxima subseção a análise terá como foco a presunção de inocência nos documentos internacionais.

2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Superada a fase inicial onde foram explanados os pontos que regulam a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988. Oportuno se faz agora o estudo da presunção de inocência nos documentos internacionais. A finalidade desse tópico é demonstrar os reflexos ocasionados por este princípio na ordem jurídica internacional. Para a construção dessa subseção serão utilizadas diversas obras doutrinárias, bem como legislações específicas, a título de exemplo, destaca-se, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em seus relatos Bonfim (2017, p. 98) expõe “o princípio se positiva pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rousseau etc.)”.

Em consonância com o acatado Martins (2019, p. 1.138) diz “O direito à presunção de inocência tem expressão positiva pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789”.

Nesse contexto, Martins (2019, p.1.138) assinala que a Declaração do Homem e do Cidadão prevê que “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que,

reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão; todo o rigor desnecessário, empregado para efetua-la, deve ser severamente reprimido pela lei”. Posteriormente, Novelino e Júnior (2018, p.118) apregoam “No plano internacional, tal garantia encontra-se positivada em valiosos documentos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, cunhada no período da Revolução Francesa, estabelece que “todo homem é inocente até que seja declarado culpado”.

Ademais, Novelino e Júnior (2018, p.118) preceituam que com o término da segunda guerra mundial, a presunção de inocência foi consagrada na Declaração dos Direitos Humanos como um direito fundamental. Nesse contexto, os autores ponderam:

Após o fim da Segunda Grande Guerra, a presunção adquire status de direito humano fundamental ao ser consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos seguintes termos: Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei.

Na mesma direção, a presunção de inocência foi consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, Martins (2019, p.1.138) argumenta:

Igualmente foi proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, no seu art. 11: “ninguém será condenado à pena de ofensa tendo o direito de ser presumido inocente até provado a culpa de acordo com a Lei no processo público ele tem toda a garantia necessária para a sua defesa”

Vislumbra-se que o princípio da presunção possui ampla repercussão no cenário universal. Diante disso, inadequado seria esquecer os valiosos preceitos de Novelino e Júnior (2018, p.118) que asseveram:

Posteriormente, é também incorporada ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo a qual toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade.

Em virtude dessas considerações, deduz-se que essa subseção demonstrou a amplitude do princípio da presunção de inocência não somente no ordenamento jurídico brasileiro, mas também na seara internacional. Em linhas gerais, este capítulo proporcionou resultados significativos para a pesquisa, pois, apresentou os principais desdobramentos do princípio da presunção de inocência como garantia de ordem constitucional, sendo expostas as suas noções conceituais, bem como a sua relação com outros princípios. Nessa direção, no capítulo que sucede serão averiguados os aspectos ligados à execução penal no ordenamento jurídico brasileiro.

3 EXECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O capítulo que se inicia tem como meta realizar a análise da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Para a concretização desse objetivo serão utilizadas múltiplas obras doutrinárias, bem como serão averiguados artigos específicos contidos na Lei de Execução Penal de 1984.

A título de esclarecimento essa seção apresentará três tópicos, onde se discutirá a respeito da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, a execução penal como via de regra e por último, a execução provisória da pena.

Nesse propósito, imprescindível, se faz apontar o entendimento de Nucci (2018, p. 15) que descreve a execução penal como “fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal”. Ademais, Brito (2019, p. 35) informa “A execução penal pressupõe, obviamente, uma pena concreta. E a pena, para ser aplicada, necessita de um processo”. Em acréscimo, Marcão (2016, p. 31) diz que “Visa-se pela execução fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria”.

Nesse passo, o doutrinador Nunes (2013, p. 27) esclarece acerca da execução penal no Brasil “A execução penal, no Brasil, atualmente é disciplinada pela Lei Federal n. 7.210, de 11.07.1984, que vigorou concomitantemente com a Lei n. 7.209, que veio para introduzir uma profunda reforma na Parte Geral do atual Código Penal de 1940”.

Dessa maneira, o doutrinador evidencia que a Lei de Execução Penal possui como finalidade o cumprimento da sentença penal condenatória ou a aplicação de medida de segurança. Nunes (2013, p.28) declara “A execução da pena e da medida de segurança há de ser sempre embasada em uma sentença judicial proferida por juiz competente; obedecidos os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório”.

Além disso, Nucci (2018, p.17) assevera “Com o trânsito em julgado da decisão, a sentença torna-se título executivo judicial, passando-se do processo de conhecimento ao processo de execução”. Por conseguinte, o autor ainda tece as seguintes considerações sobre “A sentença condenatória é o título principal a ser executado pelo juízo próprio (Vara da Execução Penal), mas há, também, decisões criminais (interlocutórias), proferidas durante a execução da pena, que devem ser efetivadas”.

Nesse contexto, verifica-se que a execução tem como base uma sentença penal condenatória, sendo que no decorrer do trâmite legal do referido procedimento o juiz da execução irá proferir diversas decisões interlocutórias, tais como a passagem de um regime

severo para um regime mais favorável e a concessão de benefícios. Cumpre salientar, que todas essas decisões possuem como fito a ressocialização do preso ou do internado.

Assim, é importante destacar o artigo 1º da Lei 7.210 de 1984, que preleciona “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

Em suas lições Cunha (2017, p. 11) anuncia “Os comentários ao artigo inaugural da LEP nos obriga a lembrar que a pena, no Brasil, é polifuncional, isto é, tem tríplice finalidade: retributiva, preventiva (geral e especial) e reeducativa”.

De igual maneira, Cunha (2017) aborda sobre a prevenção geral que é aquela que ocorre antes da prática da infração penal. A prevenção especial e o caráter preventivo possuem repercussão no período da imposição e execução da pena. De resto, o caráter reeducativo da pena é evidenciado somente na fase de execução, uma vez que se busca a ressocialização do apenado para que possa reintegrar o convívio na sociedade.

A par disso, Nunes (2013, p. 26) expõe “Enquanto o processo penal é exclusivamente jurisdicionalizado, a execução penal tem natureza mista, no momento em que a atividade do Juiz de Execução Penal é judicial e também administrativa”. Diante disso, o doutrinador acima transcrito ainda acrescenta “Não há dúvidas de que a pena e a medida de segurança devem ser executadas preservando-se os princípios constitucionais e as regras infraconstitucionais”. Como se depreende há uma vedação a aplicação de tratamento desumano ou degradante ao condenado.

No que tange a natureza jurídica da execução penal Nucci (2018, p. 17) diz “Cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto”. Por sua vez, Avena (2018, p. 23) posiciona “Não é pacífica na doutrina a natureza jurídica da execução penal, havendo, por um lado, quem defenda seu caráter puramente administrativo e, por outro, quem sustente sua natureza eminentemente jurisdicional”. Não obstante, predomina o entendimento de que a execução penal coloca ponto final na atividade complexa que atua tanto na esfera administrativa como no plano jurisdicional, sendo regulada, inclusive, por normas que pertencem a outros ramos do direito. Sucessivamente, Marcão (2017, p. 27) narra “A execução penal tem caráter de processo judicial contraditório. É de natureza jurisdicional, como bem evidencia o art. 2º da LEP ao indicar a submissão do processo executacional à jurisdição”.

Diante disso, Nunes (2013, p.37) preleciona:

Analisando-se o inteiro conteúdo da LEP, nota-se que a execução da pena e da medida de segurança, a partir da sua vigência, se desenvolve no âmbito do devido processo judicial de execução, que deve tramitar perante o juiz da Vara de Execução competente, seja ele federal ou estadual, do que se conclui que a atividade jurisdicional, realizada pelo juiz de Execução, é parte integrante da execução da pena e da medida de segurança, o que não acontecia antes da LEP. Vale esclarecer, por oportuno, que, de forma diferenciada dos demais magistrados, o juiz de Execução Penal exerce, também, atividades administrativas, é dizer, tem atuação fora do processo judicial, como é o caso da realização de inspeções periódicas aos estabelecimentos prisionais.

Por conseguinte, Nunes (2013) explica que no âmbito judicial continuamente são utilizados o Código Penal e o Código de Processo Penal. Ademais, na execução não se exclui os procedimentos administrativos que são imprescindíveis na apuração de indisciplina prisional.

Em se tratando da autonomia da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro Nunes (2013, p. 40) declara “Diz-se que um ramo do Direito é autônomo quando ele possui legislação específica e autônoma disciplinando a matéria, quando ele é constitucionalizado e, finalmente, quando é disciplina regular nas Faculdades de Direito”.

Nucci (2018, p.18) informa “O tratamento a ser concedido à execução penal é de ser vivenciado de modo autônomo. Vale-se de princípios penais e constitucionais penais, mas não se podem olvidar as regras absolutamente próprias da execução da pena”.

Em acréscimo, Nucci (2018, p.18) consigna “Trata-se de ciência autônoma, com princípios próprios, embora jamais se desvincule do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por razões inerentes à sua própria existência”. Em seus relatos Nucci (2018, p.18) ainda pontua “A autonomia decorre de legislação específica (Lei Federal 7.210/84), além de se poder apontar a existência de inúmeras Varas Privativas de Execução Penal, evidenciando a especialidade da atividade judiciária”.

Por fim, Marcão (2017, p. 27) preceitua “A execução penal tem caráter de processo judicial contraditório. É de natureza jurisdicional, como bem evidencia o art. 2º da LEP ao indicar a submissão do processo execucional à jurisdição”.

No que diz respeito à jurisdição no âmbito da execução penal Nunes (2013, p.47) determina “Sempre exercida por autoridade judiciária, em todo território nacional, desde que exista um processo de execução regularmente instaurado, com a competência jurisdicional previamente estabelecida na LEP e no Código de Processo Penal”.

Ademais, Nunes (2013, p. 47) contextualiza “A jurisdição é própria e exclusiva dos magistrados, ou seja, dos membros do Poder Judiciário, regularmente investidos na

função judicante”. Todavia, cumpre salientar que para a autoridade obter essas prerrogativas é fundamental que ela esteja em pleno exercício de sua função.

Com base no exposto, conclui-se que essa seção produziu relevantes resultados para a pesquisa, haja vista que trouxe esclarecimentos sobre a execução penal no ordenamento jurídico. Diante disso, foram expostos o conceito, a natureza jurídica, a autonomia e as principais características da execução penal. Sendo assim, no tópico que se segue o estudo estará voltado à execução penal como via de regra no sistema jurídico brasileiro.

3.1 ANÁLISE DA EXECUÇÃO PENAL COMO VIA DE REGRA

Em rápidas pinceladas, esse tópico irá delinear acerca da execução penal como regra. Sendo assim, esse título tem como finalidade esclarecer a maneira como é realizado o procedimento da execução penal, bem como apontar as principais peculiaridades da temática em discussão. O objetivo dessa parte da seção é exteriorizar o início e os principais pontos do referido procedimento. Na elaboração do referencial teórico serão utilizadas obras doutrinárias de renomados escritores disponíveis em bibliotecas e em recursos informatizados das bases eletrônicas de dados, bem como serão analisados artigos contidos na Lei de Execução Penal de 1984.

Sem maiores digressões, observa-se, preliminarmente, que a execução penal como regra é aquela que se origina logo após sentença ou decisão criminal. Desse modo, Nunes (2013, p.53) salienta “Nenhuma execução do ponto de vista processual pode ser iniciada sem a existência de um título executivo. No âmbito da execução da pena, este título executivo é a sentença penal condenatória transitada em julgado”.

Em conformidade Távora e Alencar (2017, p.1740) pontuam “O procedimento para a execução penal se desenvolve judicialmente, perante o juízo da execução, ou seja, perante o juiz criminal com competência prevista nas leis de organização judiciária. A legitimidade para o impulso da execução penal é ampla”.

Isto posto, Távora e Alencar (2017, p.1740) discorrem sobre o início desse rito processual, como “O rito pode ser assim iniciado de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Assim, em seus relatos Avena (2018, p.24) ainda explica:

O processo de execução desenvolve-se por impulso oficial, não havendo necessidade de provocação do juiz pelo Ministério Público ou por quem quer que

seja. Transitando em julgado a sentença condenatória ou absolutória imprópria, cabe ao juiz da execução, recebendo os autos do processo ou cópia das principais peças que o compõem, determinar as providências cabíveis para cumprimento da pena ou da medida de segurança.

Sobre a competência desse procedimento Távora e Alencar (2017, p.1740) argumentam “Tratando-se de ação criminal de competência dos juizados especiais criminais, a execução penal é desenvolvida perante ele próprio, porquanto nos termos do art. 3º, § 1º, I, da Lei no 9.099/1995, compete aos juizados promover a execução de seus julgados”.

Além do mais, o artigo 105 da Lei de Execução Penal de 1984 estabelece o seguinte “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução” (BRASIL, 1984). Em acréscimo Nunes (2013, p.54) diz “Especificamente sobre a execução da pena privativa de liberdade, além da sentença condenatória, exige-se, também, que o réu esteja preso e que seja expedida a Guia de Recolhimento correspondente”.

Por conseguinte, o artigo 147 da Lei de Execução Penal preceitua que:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares (BRASIL, 1984).

É evidente que o artigo 147 da Lei de Execução Penal trata delimitadamente da pena restritiva de direitos. Quanto aos sujeitos da execução Avena (2018, p.25) indica “Sujeito ativo da execução penal é o Estado. Note-se que, no processo de conhecimento, o ofendido pode atuar como autor da ação penal privada ou na condição de assistente de acusação no curso da ação penal pública”. Ademais, Avena (2018, p. 25) argumenta sobre o sujeito passivo:

Por outro lado, quanto ao sujeito passivo, trata-se do executado, isto é, a pessoa a quem imposta a pena (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) ou aplicada medida de segurança. Conforme se infere do art.2º, parágrafo único, da Lei. 7.210/1984, em se tratando de pena privativa de liberdade, o executado pode ser tanto o preso definitivo quanto o provisório. Ainda, poderá ser executado o autor do fato que não cumprir a transação penal homologada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Diante das informações anteriormente mencionadas, vislumbra-se que o sujeito passivo será aquele que sofrer a imposição de uma pena sendo ela privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa. Por seu turno, Nucci (2017, p.990) tece significativas

considerações sobre o procedimento da execução penal, citando sobre esse procedimento que “Como regra, a execução penal tem início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impondo pena privativa de liberdade, se o réu estiver preso ou vier a ser preso, expedindo o juiz da condenação à guia de recolhimento (art. 105, LEI)”. Não obstante, Nucci (2017, p. 990) complementa informando que:

O conteúdo da guia de recolhimento é o seguinte: o nome do condenado; a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; a data da terminação da pena; outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciários (art. 106, LEI). Cada vez que houver modificação quanto à pena imposta, retifica-se a guia de recolhimento (art. 106, §2º, LEI). Sob outro aspecto, vale ressaltar que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária (art. 107, caput, LEI).

Convém ponderar a forma que é realizada o cumprimento da pena. Nesse sentido, Nucci (2017, p. 990) explica “O cumprimento da pena deve ser concretizado em forma progressiva, passando-se do regime mais severo (fechado) aos mais brandos (semiaberto e aberto)”. Ademais, Nucci ainda (2017, p. 990) adverte:

A progressão deve contar dois fatores fundamentais: o cumprimento de pelo menos um sexto no regime anterior (requisito objetivo) e merecimento (requisito subjetivo). Este último deve ser analisado em visão globalizada, envolvendo todos os aspectos possíveis da execução da pena.

Nesse contexto, depreende-se que, é fundamental que haja o auxílio de profissionais do presídio, que façam parte da Comissão Técnica de Classificação, uma vez que essa equipe poderá emitir um parecer recomendando ou não a progressão de regime.

Inferese dos relatos expostos que o trânsito em julgado constitui marco imprescindível para o início da execução penal, considerando que a decisão condenatória estará revestida de imutabilidade. Sucessivamente, inadequado seria esquecer-se de mencionar a respeito da importância do cumprimento dos princípios constitucionais, das garantias e direitos fundamentais.

Assim, cumpre obtemperar, inclusive, acerca do princípio da presunção de inocência, assunto este discutido ao longo do trabalho. Em consonância com Nucci (2019, p. 201) que narra: “Imposição da pena não significa transformar o ser humano em objeto, logo, continua o condenado, ao cumprir sua punição, e o internado, cumprindo medida de segurança, com todos os direitos humanos fundamentais em pleno vigor”.

Por tais razões, conclui-se que, essa subseção trouxe como resultado uma visão abrangente sobre o procedimento da execução penal como via de regra no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a necessidade de que este procedimento tenha como norte a observância das normas constitucionais. Nessa direção, no próximo tópico a análise será sobre a execução provisória da pena.

3.2 ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A discussão que se inicia nessa subseção tem como finalidade relatar acerca dos principais pontos que abarcam a execução provisória da pena. Quanto à estrutura metodológica aplicada nesse tópico serão utilizadas as obras escritas por Alexi Couto de Brito, Noberto Avena, Renato Marcão, Rodrigo Duque Estrada Roing, Adeildo Nunes, Guilherme de Souza Nucci, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar.

Superada as noções iniciais onde foram demonstradas a maneira de elaboração desse título, o próximo passo será expor o conceito de preso provisório. De acordo com Avena (2018, p. 29) “O preso provisório, para efeitos da LEP, é aquele que, conquanto já tenha sido condenado, ainda não se operou o mencionado trânsito, quer porque ainda não foi decidido seu recurso, quer por não estarem preclusas todas as vias impugnativas possíveis”. Sobre o tema Távora e Alencar (2017, p. 1741) cientificam “A execução provisória da pena se fundamenta na ideia de que depois de prolatada a sentença condenatória, já preclusa ao MP, se impõe a prisão decorrente da condenação”.

De antemão Marcão (2018, p. 41) declara “A execução provisória pressupõe, nesses termos, o encarceramento cautelar decorrente da decretação de prisão preventiva e a existência de sentença penal condenatória, sem trânsito em julgado definitivo”. A par disso, como bem salienta Avena (2018, p. 216) “A execução provisória da pena privativa de liberdade ocorre na hipótese de prisão do indivíduo já sentenciado, porém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

De igual maneira, Roing (2018, p. 59) em sua obra doutrinária preceitua que a execução provisória ocorre “(Quando já há sentença ou acórdão condenatório, mas sem o devido trânsito em julgado). Logo, a LEP, exatamente como estabelece seu art. 2º, parágrafo único, se aplica tanto ao condenado quanto ao preso provisório”.

Nesse contexto, Avena (2018, p. 30) confirma as informações anteriormente mencionadas “Pois bem, quer se trate de preso provisório, quer se trate de preso definitivo, ambos estão sujeitos ao mesmo tratamento jurídico, o que implica conferir-lhes os mesmos

direitos e deveres, no que for compatível, evidentemente, com o texto expresso da lei”. Sendo assim, o doutrinador adverte que o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em que ficou estabelecido que o preso provisório tivesse direito a progressão de regime prisional, desde que a decisão tenha transitado em julgado para o Ministério Público.

Ademais, Avena (2018, p. 30) pontua no mesmo sentido, a Súmula 716 do STF dispõe que “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Em termos correlatos Marcão (2018, p. 42) preleciona “Não havendo recurso do Ministério Público, do assistente da acusação ou do querelante, restando somente o da defesa, a execução pode ser realizada em caráter provisório”.

Posteriormente, Marcão (2018) relata que a Suprema Corte por intermédio da Súmula 717 deixa claro que o fato de o réu estar em prisão especial não é empecilho para a progressão de regime de execução da pena, determinada em sentença que não transitou em julgado.

De igual forma, Roing (2018, p. 59) tece significativas considerações, vislumbrando que:

Em diversos casos a pessoa presa possui contra si uma condenação ainda não definitiva e, em razão do decurso de lapso temporal e de bom comportamento carcerário, já possui algum dos direitos da execução penal (ex.: progressão de regime, livramento condicional etc.). para estes, deve-se aplicar a execução provisória da pena (com a interpretação do art. 105 à luz do parágrafo único do art.2º da própria LEP), de modo que possam requerer seus direitos junto ao juízo encarregado da execução.

Não obstante, verifica-se que essa hipótese de que o indivíduo preso possui direitos da execução penal, estende-se também aos réus soltos. Isso é tão verdade que Roing (2018, p. 59) informa “Aos réus soltos também deve ser franqueada a possibilidade de pleitear seus direitos junto ao Juízo da execução”. Todavia, o autor adverte “Embora cabível para réus soltos, a execução provisória é, na maioria absoluta das vezes, aplicável aos réus presos”.

Roing (2018) ainda destaca que a execução provisória da pena destinada para beneficiar réus presos é diferente da expedição de mandado de prisão, bem como a guia de recolhimento antes do trânsito em julgado, contra aqueles réus que estão soltos no decurso do processo.

Como se depreende, Nunes (2013) esclarece que no decorrer de um determinado período processou-se no Supremo Tribunal Federal uma Ação de Inconstitucionalidade

oferecida pela Procuradoria Geral da República fomentando a inconstitucionalidade da Resolução n. 19. Nesse contexto, Nunes (2013, p. 180) expõe que “A execução provisória também era inconstitucional, uma vez que estava sendo realizada sem que o réu tivesse sido considerado culpado, em exaltação ao princípio da presunção de inocência”. Em consonância com o acatado Marcão (2018, p. 43) declara:

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.

Verifica-se que, a presunção de inocência é um princípio que possui relevante papel na execução penal. Inadequado seria esquecer, também dos direitos e deveres do preso provisório. Sendo assim, Nucci (2018, p. 23) pontua “O preso provisório deve trabalhar, se quiser progredir; deve ter bom comportamento, se pretender obter benefícios”. No que tange ao juízo competente Avena (2018, p. 31) informa que há dois entendimentos, um determinando que é desconhecido o juízo que irá avaliar os pedidos formulados pelo preso provisório e por último, o autor declara que a outra corrente defende que o juízo da Vara de Execuções Penais é que realizará essas análises.

Para tanto, Avena (2018) salienta que se adota o segundo entendimento como regra, tendo em vista que a abertura da execução provisória traz como consequência à determinação da expedição da guia de recolhimento provisório. Em seguida, declara que é na Vara de Execução que será processada a execução, bem como os pedidos relacionados a ela.

Não se pode perder de vista a relevância da execução provisória da medida de segurança, que é analisada subjetivamente, dependendo, portanto, do caso concreto. Sobre isso Nucci (2018, p. 24) destaca:

Se o sentenciado estiver solto, quando proferida a decisão impondo a medida de segurança, deve-se aguardar o trânsito em julgado para determinar o seu cumprimento. porém, é possível que esteja provisoriamente internado (art. 319, viii, CPP), razão pela qual, uma vez imposta a medida de segurança de internação, pode-se iniciar o seu cumprimento provisório do próprio sentenciado. lembremos que, atualmente, aceita-se a desinternação progressiva, de forma que a execução provisória da medida de segurança pode configurar-se um fator positivo.

Em observância ao mencionado, visualiza-se que a execução provisória da medida de segurança é vista como algo positivo. Ademais, no que concerne ao preso provisório e a prisão domiciliar Avena (2018, p. 31) preleciona “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do apenado à sua residência, de onde apenas poderá sair com prévia autorização

judicial”. Em seguida, o autor comenta que o Código de Processo Penal também traz previsão expressa a respeito da prisão domiciliar, direcionada ao preso provisório. Diante disso, Avena (2018, p. 31) alude que para uma melhor compreensão do assunto, a própria legislação apresentou requisitos específicos que deverão ser respeitados, a fim de que o apenado tenha direito de gozar da prisão domiciliar. Assim, destaca-se:

Nesse caso, é ela aplicável para o indivíduo que se encontrar em uma das seguintes situações: maior de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante; mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; e, por fim, homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (AVENA, 2018, p.31)

A par disso, infere-se que para a aplicação do referido instituto, é indispensável que o apenado se encaixe em uma dessas situações anteriormente citadas. Assim, Brito (2019, p. 404) preceitua: “O que se nomeia por execução provisória não é a simplória submissão do condenado que ainda aguarda o julgamento de seu recurso à pena imposta na sentença condenatória recorrível”.

Dessa maneira, há quem defenda a possibilidade do cumprimento não somente das penas restritivas de direito, mas também dos *sursis* na fase da execução provisória, o que de certa forma é considerado positivo para o apenado, visto que constitui tratamento mais favorável. Brito (2019, p. 405) cita “A vantagem de uma execução provisória é abrir caminho para a detração penal, remição, progressão de regime com a remoção para o estabelecimento adequado, bem como aos demais direitos assegurados pela Lei de Execução Penal”.

Posteriormente, Brito (2019) argumenta sobre a conveniência da execução provisória, sendo afirmado pelo autor que a Lei de Execução Penal deve ser aplicada cautelosamente ao réu, pois a seu favor milita a presunção de inocência.

Em acréscimo, verifica-se que o termo provisório aduz a ideia de que os efeitos da condenação podem, ocasionalmente, serem alterados ou até mesmo anulados, tornando assim a execução sem efeitos, igualmente, Brito (2019, p. 404) noticia “Devemos esclarecer o termo. O que se nomeia por execução provisória não é a simplória submissão do condenado que ainda aguarda o julgamento de seu recurso à pena imposta na sentença condenatória recorrível”. Pelo relatado, observa-se que, comumente, a sentença provisória é executada após o trânsito em julgado para o Ministério Público, haja vista que pelo princípio da *reformatio in pejus*, a situação do réu não poderá ser agravada.

Em suma, fazendo análise dos resultados alcançados com a construção dessa subseção, conclui-se que a execução provisória da pena ainda apresenta diversos pontos controvertidos na esfera jurídica, principalmente, no que se refere à presunção de inocência, princípio este amplamente discutido no decorrer da pesquisa.

Considerando, esse apontamento não se pode olvidar que é de extrema relevância o estudo da constitucionalidade da execução provisória da pena. Dessa forma, no próximo capítulo, além da constitucionalidade da execução provisória da pena, será também averiguada a decisão do STF acerca da condenação em segunda instância, bem como os reflexos do atual entendimento do STF quanto à execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência.

4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O presente capítulo que se introduz tem como meta averiguar a (in) constitucionalidade da execução provisória da pena. Desse modo, esse tópico foi elaborado utilizando como instrumentos de investigações a obra Curso de Direito Constitucional, escrita por Uadi Lammêgo Bulos, a obra Processo Penal escrita por Noberto Avena, a obra Curso de Direito Processual Penal, escrita por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar e a obra Curso de Execução Penal escrita por Renato Marcão.

Para uma compreensão mais clara do assunto, essa seção foi fracionada de maneira que, inicialmente, será abordado sobre a (in) constitucionalidade da execução provisória da pena. Posteriormente, analisa-se a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da condenação em segunda instância e por derradeiro os reflexos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência.

É inegável que aconteceram diversas mudanças no que diz respeito ao entendimento da inconstitucionalidade ou não da execução provisória da pena em segunda instância. Nesse contexto, é visto calorosos debates no cenário jurídico, tanto que até mesmo o Supremo Tribunal Federal já oscilou o seu entendimento sobre a temática. Em sua obra doutrinária Marcão (2018, p. 34) relata que as controvérsias relacionadas ao assunto em discussão gira em torno do momento em que é possível o início da execução da pena, ou seja, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. Nesse sentido, o autor argumenta:

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

Diante disso, sobre as variações de posicionamentos adotados Bulos (2018, p. 727) preceitua que “Houve mudança drástica de entendimento da Corte, que, desde 2009, no julgamento do HC 84.078, condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, ressalvando, todavia, a possibilidade de prisão preventiva”. Verifica-se que até esse período o Supremo Tribunal Federal defendia que a presunção de inocência não impossibilitava a execução da pena que fosse ratificada em segunda instância.

Távora e Alencar (2017, p. 1741) anunciam “Em um momento, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, entendendo só possível a prisão antes do trânsito em julgado com esteio no princípio da necessidade”.

Denota-se por essas lições que este instituto possui caráter cautelar resguardando-se que na ordem jurídica houvesse a aplicação daquele princípio de maneira eficaz. Demais disso, afirma-se ainda, que a expedição da guia de recolhimento enseja o privilégio de estender os benefícios aos réus que ainda não obtiveram sentença condenatória transitada em julgado, sendo, portanto, necessária uma cautelosa observação das diretrizes estabelecidas na Lei de Execução Penal para que não agrida o princípio da presunção de inocência.

Em seguida, Marcão (2018, p. 43) tece as seguintes considerações sobre o tema “Durante longo período a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal admitiu a execução provisória da pena quando pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário, porquanto desprovidos de efeito suspensivo”. Não obstante o doutrinador assevera:

Entretanto, quando do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal mudou de posicionamento e deixou de admitir execução provisória em tais casos, ressalvada a hipótese de encontrar-se preso o recorrente em razão de prisão preventiva regularmente decretada (MARCÃO, 2018, p. 46).

Observa-se que o precedente que predominou foi o que até que seja proferida sentença, confirmada em segunda instância, a presunção de inocência do acusado deve ser presumida. Contudo, Bulos (2018, p. 727) acrescenta “Após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou ao STF, não se prestam para discutir fatos e provas, e sim matéria de direito”.

Para tanto, Marcão (2018, p. 43) comenta sobre a decisão da Excelsa Corte afirmando:

O art. 637 do CPP estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

Em atenção ao exposto, verifica-se que só pode ser decretada prisão antes do trânsito em julgado se ela possuir caráter cautelar. Desse modo, Marcão (2018, p.43) adverte “A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Englobam todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”. Assim, denota-se que a presunção de inocência só é superada a partir do trânsito em julgado da condenação criminal, sendo vedada a execução provisória da pena enquanto não resolvido o julgamento do recurso especial ou extraordinário.

Posteriormente, Bulos (2018, p. 727) comenta sobre o Habeas 85.886. De antemão ele afirma:

No HC 85.886, ficou assentado que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte. No caso concreto, impetraram habeas corpus, que visava desconstituir acórdão, o qual, em sede de apelação, determinara a imediata prisão do paciente por força de sentença condenatória de primeiro grau.

Inicialmente ao concluir o caso o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a discussão a respeito da execução provisória de sentença condenatória possui como norte duas diretrizes, quais sejam, o alcance do princípio da presunção de inocência e a estabilidade ente o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional (BULOS, 2018).

Em seguida, sobre o equilíbrio anteriormente citado, Bulos (2018, p. 727) adverte “Tal equilíbrio deveria atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro”.

Ademais, verifica-se que os princípios previstos no ordenamento jurídico deixam claro que não é viável ao acusado provar a sua inocência. Em virtude dessas considerações Bulos (2018, p.728) anuncia:

Com efeito, antes de prolatada a sentença penal, há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que levaria a atribuir ao acusado, para todos os efeitos, mas, sobretudo no que se refere ao ônus da prova da incriminação, a presunção de inocência.

Vislumbra-se que uma possível condenação demonstraria juízo de culpabilidade. Não obstante, Marcão (2018, p.44) informa que a Suprema Corte “Retomou seu anterior entendimento, e novamente passou a admitir a execução provisória da pena na pendência de recurso especial ou extraordinário”. Em acréscimo, Avena (2019, p.24) afirma:

Em 17.02.2016, o Plenário do STF, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, modificou essa orientação, deliberando no sentido de que a execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória (e isto se estende, por óbvio, à hipótese de reforma da sentença absolutória) em Segundo Grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva.

Do mesmo modo, Bulos (2018, p. 728) tece “Nesse juízo de apelação, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”. Assim, nesse momento estará exaurido o duplo grau de jurisdição. Para tanto, Bulos (2018, p. 728) complementa “A presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”. Nesse sentido, determinou-se que decretada ou mantida a condenação em segunda instância será admitida a execução provisória da pena.

Encerrado o estudo sobre a (in) constitucionalidade da execução provisória da pena, é possível concluir que ainda há divergências quanto ao momento em que se deve iniciar o cumprimento da reprimenda do indivíduo que está em julgamento no sistema judiciário. Inquestionavelmente este tópico acarretou satisfatórios resultados para a pesquisa, haja vista que foram analisados diversos pontos dos principais Habeas Corpus que propiciaram essa discussão jurídica.

Não se pode esquecer, que recentemente no ano de 2019 houve novamente mudanças no posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, na subseção posterior, será de suma relevância a análise dessas mudanças, bem como o estudo da decisão do STF acerca da condenação em segunda instância.

4.1 DECISÃO DO STF ACERCA DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No presente tópico será realizada a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da condenação em segunda instância. Cumpre sublinhar que a finalidade é demonstrar como o STF tem reagido diante da discussão sobre a execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, para elaboração da subseção será averiguado o Habeas Corpus 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado no dia 05 de fevereiro do ano de 2009. Em seguida, examina-se o Habeas Corpus 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016 e por fim, serão estudadas às ADCs 43 e 44,

julgadas no ano de 2019, bem como será utilizada a obra doutrinária Curso de Direito Constitucional redigida pelo renomado jurista Uadi Lammêgo Bulos.

Inicialmente, a investigação surge com a verificação dos principais pontos apresentados no Habeas 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, endereçado ao Supremo Tribunal Federal.

Conforme se depreende nos autos em epígrafe o paciente em tese foi denunciado pela prática da conduta prevista no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Verifica-se que o Tribunal do Júri acatou o argumento de homicídio privilegiado, condenando o acusado a uma pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Posteriormente, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. Por sua vez, o acusado foi submetido a novo júri, sendo condenado a 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. A defesa interpôs recursos extraordinário e especial. Destaca-se que o recurso especial foi reconhecido pelo presidente do Tribunal Estadual. Não obstante, o órgão acusatório pugnou pela prisão preventiva do paciente, antes mesmo da aceitação do recurso especial. Diante disso, o Ministério Público fundamentou:

[...] o paciente é renomado produtor de leite nas paragens da comarca de passos, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou a venda, ajustando leilão para o próximo dia 22/09/2001, onde propõe a Liquidação Total do Rebanho Holandês, bem como de máquinas agrícolas e equipamentos de leite; daí que pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar o seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar a sua evasão [...]. (BRASIL, 2009).

A prisão preventiva do acusado foi decretada. Em seguida, o paciente impetra Habeas Corpus questionando a violação do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o julgamento da medida cautelar foi anterior ao julgamento do Habeas Corpus impetrado naquela corte. Assinale, ainda, que o impetrante afirmou que não tinha o objetivo de se eximir da aplicação da lei penal ao expor os seus bens a venda, uma vez que sua intenção era simplesmente exercer nova atividade econômica.

Observando, as informações anteriormente mencionadas cumprem ressaltar o voto do Ministro Grau que em linhas gerais apresentou relevantes argumentos no Habeas Corpus 84.078/MG, sobre a execução provisória da pena em segunda instância e o princípio da presunção de inocência. Nesse contexto, o ministro pontua:

[...] Afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena. Após votar pela denegação da ordem, na linha da jurisprudência da Corte, que afirma a inexistência de óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, a turma deliberou afetar a matéria ao pleno. Refletindo a propósito da matéria estou inteiramente convicto que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto [...]. (BRASIL, 2009).

Vislumbra-se pelos apontamentos de Grau expostos no Habeas Corpus 84.078/MG, a necessidade de que seja revisto o entendimento do Supremo, considerando que a prisão do acusado em segunda instância, constitui execução antecipada da pena. Por iguais razões, o referido ministro ainda narra:

[...] A Lei de Execução Penal Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473). Dispõe ainda, em seu artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n.7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP [...]. (BRASIL, 2009).

Em consonância com o acatado, infere-se que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória transgride frontalmente o princípio da presunção de inocência. Nesse contexto, o Ministro Grau em análise do Habeas Corpus 84.078/MG esclarece:

[...] Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade indubitavelmente mais grave enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é a isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas [...]. (BRASIL, 2009).

É sobretudo importante assinalar que o fato de já existirem precedentes, bem como em observância ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, é inadmissível a execução provisória da pena, uma vez que além de violar o princípio da presunção de inocência, viola também o princípio da igualdade.

Por sua vez, o Ministro Menezes ao proferir seu voto no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, apresentou argumentos divergentes aos apontamentos do Ministro Grau, afirmando que:

[...] Se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é. E é essa a exegese que se extrai, pelo menos na minha avaliação e na histórica jurisprudência desta Suprema Corte, do sistema instituído na Constituição da República. Assim, considerando que na forma do parágrafo segundo do art.27 da Lei nº 8.038/90 os recursos especial e extraordinário não têm em regra efeito suspensivo, a execução da prisão decretada pelo Magistrado que proferiu ou confirmou a decisão condenatória é um efeito que não pode ser obstado por sua só interposição [...]. (BRASIL, 2009).

Assim, em atenção ao trecho anteriormente citado, verifica-se que o Ministro Menezes deixou claro que não é viável afirmar que a execução provisória da pena em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência, visto que o ordenamento jurídico brasileiro admite prisão cautelar antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Em contrapartida, compulsando o Habeas Corpus 84.078/MG, o Ministro Mello tece significativas considerações afirmando preliminarmente:

[...] O instituto da prisão cautelar considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente não pode ser utilizado como objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade [...]. (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, o Ministro Mello declara que a prisão cautelar se distingue da prisão pena, tendo em conta que a prisão cautelar não visa necessariamente punir o agente que sofre a sua decretação, mas assegurar que o processo tramite de forma satisfatória. Para tanto, o referido Ministro destaca:

[...] É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado [...]. (BRASIL, 2009).

Como se pode notar o entendimento do Ministro Mello tem como fundamento a ideia de que deve prevalecer o princípio da presunção de inocência, de modo que a prisão só pode ser concretizada depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em sentido contrário, o Ministro Barbosa em estudo do caso concreto apresentado no Habeas Corpus 84.078/MG, assevera:

[...] É de se ter em conta que a possibilidade de execução provisória do julgado vem da necessidade de dar efetividade ao processo, evitando que se frustrasse a condenação já exaustivamente determinada nas instâncias ordinárias, em que a ação penal tramitou e foi submetida à análise percuciente pelos órgãos competentes para análise dos fatos [...] (BRASIL, 2009).

Posta assim a questão, é de se dizer que para o Ministro Barbosa a concepção de que só com o trânsito em julgado pode executar a pena, ocasiona impunidade, haja vista a gama de recursos existentes, bem como a grande carga de processos, que muitas das vezes impede com que o poder judiciário atue de maneira eficiente. Não obstante, o Ministro Britto na discussão do Habeas Corpus 84.078/MG, replica:

[...] Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: "o homem é inocente até prova em contrário". A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai, além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado [...] (BRASIL, 2009).

Observa-se que, para o Ministro Britto o termo presunção de não culpabilidade é mais amplo do que o termo presunção de inocência, porque, ele abarca a noção de que o indivíduo só será tratado como culpado, depois de ser submetido a um devido processo legal consubstanciado por provas concretas. Em concordância, o Ministro Peluso ao proferir o seu voto no Habeas Corpus 84.078/MG, ratifica:

[...] A consagração do chamado princípio de inocência do réu aparece nítido como reação política contra a maneira como o réu era tratado no processo. É, portanto, uma conquista histórica sobre o modo de tratamento processual do réu, uma reação contra o tratamento desumano e injusto que lhe dispensava o Estado [...] (STF-DF, 2009, p.113, online) (BRASIL, 2009).

Para tanto, a Ministra Gracie na discussão do Habeas Corpus 84.078/MG, anuncia:

[...] Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art.5º, LIV). O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação [...] (BRASIL, 2009).

Diante disso, ela ainda afirma que, o acusado não tem o dever de comprovar a veracidade das acusações que lhe são imputadas. Ademais, em discussão da temática exposta no Habeas Corpus 84.078/MG, o Ministro Aurélio esclarece:

[...] O que estamos discutindo é se, havendo uma condenação ainda passível de reforma mediante recurso, pode-se acionar o título condenatório para iniciar-se o que será, sem sombra de dúvidas, a execução da pena. A meu ver, não. Surge o aspecto alusivo à quadra vivenciada pela sociedade brasileira quadra que admito de delinquência maior [...] (BRASIL, 2009).

Por último, o Ministro Mendes apresenta de maneira pormenorizada o seu voto no Habeas Corpus 84.078/MG, afirmando que:

[...] Também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art.312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que se quer possui uma condenação definitiva contra si [...] (STF-DF, 2009, p.149, online) (BRASIL, 2009).

Neste contexto, o Ministro Mendes argumentou que a execução antecipada da pena fere diversos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência. Sendo assim, conclui-se que no ano de 2009, o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal foi o da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Contudo, verifica-se, que no dia 17 de fevereiro de 2016, esta discussão foi novamente suscitada por meio do Habeas Corpus 126.292/SP, ocorrendo, portanto, mudança de entendimento na Suprema corte.

Diante disso, cumpre sublinhar que, o paciente que impetrou o citado Habeas Corpus, foi condenado pela prática da conduta amoldada no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, a uma pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. O juiz de primeiro grau concedeu o direito de o sentenciado recorrer em liberdade.

Não satisfeita, a defesa apresentou apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não deu provimento ao recurso e ainda estabeleceu a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado. Visualizando o embate no que diz respeito à decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o entendimento até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a temática foi mais uma vez direcionada ao plenário, a fim de que os ministros discutissem e estabelecessem o precedente que iria prevalecer.

Mister se faz ressaltar, que por sete votos contra quatro, o STF, entendeu que a execução provisória não viola o princípio da presunção de inocência. Na mesma direção, Bulos (2018, p. 729) ratifica “Segundo a maioria dos juízes do Supremo, a execução provisória da pena, após o julgamento da segunda instância judiciária, em nada fere o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Por iguais razões, cumpre mencionar os principais argumentos que foram utilizados pelos Ministros que votaram a favor da execução antecipada da pena. Em rápidas pinceladas, o Ministro Zavascki, relator do *Habeas Corpus* 126.292/SP, assevera:

[...] A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior [...] (BRASIL, 2016).

De modo geral, o Ministro entende que o princípio da presunção de inocência não pode constituir óbice para o cumprimento antecipado da pena, pois no juízo de primeiro grau já foi possibilitada uma análise fática do caso concreto, o que já garante a presunção de inocência. Não contrário a isso, a Ministra Lúcia acompanhou o voto do Ministro Teori Zavascki, relator do caso.

Seguindo o mesmo posicionamento o Ministro Fachin no *Habeas Corpus* 126.292/SP, pontua:

[...] Se afirmarmos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias [...] (BRASIL, 2016).

Vislumbra-se que no ponto de vista do Ministro Fachin considerar a presunção de inocência exaurida somente depois de submeter o processo para averiguação em segundo grau, faz com que nasça a conjectura de que as análises dos juízes de primeiro grau são superficiais e eivadas de vícios, o que é um erro grave.

A par disso, o Ministro Barroso compulsando o *Habeas Corpus* 126.292/SP, argumenta:

[...] Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal

condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente [...] (BRASIL, 2016).

Diante disso, o Ministro Barroso narra que os dispositivos contidos na Constituição Federal de 1988 não devem ser analisados de forma isolada, ocorrendo assim uma interpretação sistêmica capaz de ser justa e efetiva. Na mesma direção, o Ministro Fux, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, argumenta:

[...] A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência [...] (BRASIL, 2016).

Como se depreende, o Ministro citado também defende que havendo a observância de todo o procedimento criminal por parte dos juízes das instâncias ordinárias não há razão para que a pena não seja executada provisoriamente.

Por conseguinte, o Ministro Mendes tece significativas considerações sobre o caso debatido no Habeas Corpus 126.292/SP, afirmando:

[...] O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio [...] (BRASIL, 2016).

Verifica-se que o Ministro Mendes afirma que é preciso haver um juízo de ponderação no momento da aplicação do princípio da presunção de inocência, pois, apesar, desse princípio ser de suma relevância para a ordem jurídica, é imprescindível que se observem também as diretrizes do Direito Penal e Processual Penal.

Importante mencionar, que no ano de 2019, mais uma vez a execução antecipada da pena foi tema de debate na Suprema Corte. Diante disso, cumpre examinarmos, neste passo os principais pontos dessa discussão. Nessa esteira, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, proferiram votos em desfavor da possibilidade da execução provisória da pena os Ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Ricardo

Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Ademais, tiveram os votos vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Pontua-se que devido as ADCs 43 e 44 possuírem o mesmo objeto de debate foram analisadas conjuntamente.

Por este viés, o Ministro Mello em sua brilhante fundamentação do voto das ADCs 43 e 44 acerca da execução antecipada da pena e o princípio da presunção de inocência informou:

[...] Com fundamento na presunção de inocência, que as sanções penais somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, em razão de as penas impostas ao condenado, a qualquer condenado, depender, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou, eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário [...] (Brasil, 2019).

Convém notar, outrossim, que o Ministro Mello sustenta que a presunção de inocência limita a atuação estatal, fixando o ônus substancial da prova a acusação. Desse modo, ainda consultando às ADCs 43 e 44, o Ministro arguiu que:

[...] Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita [...] (BRASIL, 2019).

Na mesma direção, a Ministra Weber em suas alegações ratifica que todo indivíduo tem o direito de ser considerado inocente, até que haja provas inequívocas de sua culpabilidade. Em suas palavras:

[...] A primeira consequência do princípio da presunção de inocência reside no fato de que o ônus probatório recai, fundamentalmente, sobre o Estado acusador, sabemos que ela de modo algum é a única. O princípio impõe também a racionalidade na administração das medidas de cautela [...] (BRASIL, 2019).

Por sua vez, o Ministro Lewandowski, em concordância com o acatado, em suas explanações teceu as seguintes considerações:

[...] A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17

mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada [...]. (BRASIL, 2019).

Posta assim a questão, é de se dizer que na atualidade a presunção de inocência constitui garantia fundamental para a proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado. Isto é tão verdade que o entendimento que prepondera é o de que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ofende diversos princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Diante disso, conclui-se que essa subseção trouxe como resultado para a pesquisa uma retrospectiva do debate jurídico travado no Supremo Tribunal Federal durante vários anos sobre a (in) constitucionalidade da execução provisória da pena. Para tanto, verifica-se, que fomentar o estudo dessas controvérsias retro mencionadas acarretaram pontos positivos para a pesquisa e conseqüentemente na solução da problemática inicialmente apresentada, pois deixou claro como cada Ministro tem se posicionado sobre essa temática tão relevante. À vista disso, na próxima subseção serão demonstrados os reflexos do atual entendimento do STF quanto à execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência.

4.2 REFLEXOS DO ATUAL ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No presente tópico serão analisados os reflexos do atual entendimento do STF quanto à execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. Cumpre sublinhar que a finalidade desse tópico é analisar a repercussão que esse posicionamento gerou no seio social. Na elaboração dessa subseção será utilizado além do Habeas Corpus 151.430/DF, julgado no dia 03 de setembro de 2019, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, variadas obras doutrinárias capazes de possibilitarem a construção de um referencial teórico concreto.

Sem maiores digressões, o tópico antecedente teve como objetivo expor o histórico das principais decisões do STF sobre a execução provisória da pena e a presunção de inocência. Nesse sentido, no ano de 2019 ficou consolidado que a execução da pena está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sobre isso, Martins (2019, p. 1144) adverte:

Essa seria, em nosso entender, a melhor interpretação: em regra, por forçado disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena somente pode se iniciar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (eficácia máxima do princípio da presunção de inocência).

Em sentido correlato, o Ministro Lewandowski em observação do Habeas Corpus 151.430/DF, informa:

[...] O texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento [...]. (BRASIL, 2019).

Por conseguinte, o Ministro Lewandowski relata que a Constituição possui força normativa e que o STF é guardião da Carta Magna. Ademais, Fernandes (2017, p. 15) em sua obra doutrinária preleciona “O princípio da presunção de inocência decorre de uma regra de tratamento, a qual se traduz na impossibilidade do acusado ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Em suas explanações, Moraes (2019, p. 139) aborda sobre a eficácia do texto constitucional e ainda destaca que:

A presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Registre-se ainda a visão dos doutrinadores Távora e Alencar (2017, p. 70) que asseveram:

Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283). Aliás, não foi sequer considerada a letra deste último artigo do Código, referentemente ao texto da Lei Maior.

Verifica-se que pela orientação dos autores que não é viável considerarem o acusado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Posteriormente, Mendes e Branco (2018) falam sobre o valor de se observar a presunção de inocência e evitar juízos precipitados. De igual forma, o Ministro Lewandowski ainda no julgamento do Habeas Corpus 151.430/DF, exterioriza a repercussão que o atual entendimento do STF tem ocasionado na sociedade pontuando que:

[...] A jurisprudência deste Supremo Tribunal havia se consolidado justamente no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, e desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal [...] (BRASIL, 2019).

Ademais, considerando o trecho anteriormente mencionado e seguindo o mesmo posicionamento Tavares (2020, p. 362) ratifica “Essa dimensão do princípio da presunção de inocência não se circunscreve ao âmbito do processo penal, mas alcança também, no foro criminal, o âmbito extraprocessual”.

Nesse contexto, Tavares (2020) anuncia que o princípio da presunção de inocência, bem como a atual decisão da Suprema Corte possui reflexos expressivos no Estado Democrático de Direito. Assim, Tavares (2020, p. 362) informa “É por isso que se diz que o princípio está intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, já que, se assim não fosse, estar-se-ia regredindo ao mais puro e total arbítrio estatal”.

Em atenção, às informações expostas, verifica-se que este capítulo contribuiu para o resultado da monografia, demonstrando quais pontos devem ser observados na análise da execução provisória da pena sob a ótica do princípio da presunção de inocência. Sendo assim, foi possível constatar que o Supremo Tribunal Federal teve por diversas vezes modificado o seu entendimento no decorrer desses últimos anos, sendo que o posicionamento mais recente é aquele que aponta a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que seja possível o início da execução.

Ademais, verificou-se a relevância da discussão das principais decisões e ADCs que foram levantadas na Suprema Corte. Diante disso, conclui-se que todo indivíduo possui o direito de ser considerado presumivelmente inocente até que se tenha uma sentença penal condenatória transitada em julgado em observância do princípio da presunção de inocência e demais princípios que constituem base sólida do ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, vislumbra-se que os capítulos construídos no decorrer da pesquisa foram decisivos para a solução da problemática inicialmente apresentada.

Nessa direção, no primeiro capítulo a abordagem esteve centralizada nos aspectos gerais ligados ao princípio da presunção de inocência. Ademais, foi realizada a distinção entre regras e princípios, em seguida, demonstrada a correlação entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da presunção de inocência, bem como realizada a análise da presunção de inocência em importantes legislações, a título de exemplos, a Constituição Federal de 1988, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Destaca-se que a presunção de inocência é reputada como uma garantia processualista fundamental que atua como mecanismo limitador do poder estatal de maneira a assegurar a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, a discussão foi sobre a execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, nesse momento foram explanados os conceitos e as principais características da execução penal como regra e a execução provisória da pena.

Por conseguinte, no terceiro capítulo o estudo esteve voltado para a análise da (in) constitucionalidade da execução provisória da pena; sendo apresentadas informações significativas sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da condenação em segunda instância, trazendo à baila novamente a indagação que ocasionou a pesquisa, qual seja a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância viola o princípio da presunção de inocência?

Diante disso, é indubitável que ocorreram diversas transformações no que tange ao entendimento da inconstitucionalidade ou não da execução provisória da pena em segunda instância. Nesse contexto, é visto calorosos debates no cenário jurídico, tanto que até mesmo o Supremo Tribunal Federal já oscilou o seu entendimento sobre a temática.

Dessa forma, em análise da decisão do STF acerca da condenação em segunda instância, foi possível constatar que até o julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG em 2009, o entendimento que preponderava era o de que a execução antecipada da pena era considerada inconstitucional. Não obstante, no dia 17 de fevereiro de 2016, esta discussão foi novamente suscitada por meio do Habeas Corpus 126.292/SP, ocorrendo, portanto, mudança de entendimento na Suprema corte.

Neste ínterim, cumpre ressaltar, que no ano de 2019, a discussão mais uma vez foi tema de debate no STF. Nessa direção, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, bem como do Habeas Corpus 151.430/DF, de relatoria do Ministro Lewandowski, ficou estabelecido que a execução provisória da pena violasse o princípio da presunção de inocência, considerando o fato de que um indivíduo não deve, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, ser reputado culpado antes de sentença penal condenatória irrecorrível. Ademais, considerar o acusado inocente até que se prove o contrário, é um princípio basilar do estado democrático de direito, este entendimento surge da evolução histórica da humanidade, onde governantes poderosos usavam seu poder contra pobres e indefesos.

É essencial sublinhar que alguns obstáculos surgiram no decorrer da elaboração da pesquisa, tais como a ausência de enunciados jurisprudenciais disponível para a análise, bem como obras doutrinárias atualizadas que abordassem sobre o assunto, entretanto, vislumbra-se que, mediante a complexidade das questões pontuadas foi possível alcançar uma resposta juridicamente harmônica com a contemporânea estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Noberto. **Execução penal**. 5.ed. São Paulo: Forense, 2018.
- _____. **Execução penal**. 6.ed. São Paulo: Forense, 2019.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2020.
- _____. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- _____. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 43 E 44/DF**. Rel. Ministro Marco Aurélio, Julgado em 07/11/2019, Dje 25/11/2019. Brasília: STF, 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- _____. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 840.787/MG**. Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma. Julgado em 05/02/2009, Dje 25/02/2010. Brasília: STF, 2010. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- _____. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Rel. Teori Zavascki, Segunda Turma. Julgado em 17/02/2016, Dje 15/03/2016. Brasília: STF, 2016. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/93990177/hc-126292>>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- _____. Voto. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 151.430/DF**. Rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Julgado em 03/09/2019, Dje 20/11/2019. Brasília: STF, 2019. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5329805> >. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRITO, Alex Couto de. **Execução penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de execução penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: Casa Civil, 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm >. Acesso em: 25 mar. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOVELINO, Marcelo; JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Constituição Federal para concursos**. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2019.

NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ONU. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Resolução 217 A (III). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2017.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.