



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

João Gabriel Trigo de Loureiro Rezende

Prof. Orientador Márcio César Fontes Silva

Aracaju

2020

JOÃO GABRIEL TRIGO DE LOUREIRO REZENDE

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Orientador – Prof. Márcio César Fontes Silva
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

**PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY: ANALYSIS
OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND UNDERSTANDINGS OF THE
SUPREME FEDERAL COURT**

João Gabriel Trigo de Loureiro Rezende¹

RESUMO

Tendo em vista que a execução provisória é um assunto de suma relevância para execução penal, uma vez que leva a um debate perante a doutrina com relação ao princípio da presunção de inocência versus a culpabilidade, pesquisa-se sobre a execução provisória da pena, a fim de analisar se a constante mudança de entendimentos perante a Suprema Corte Brasileira, é algo positivo ou negativo para os indivíduos que venham cometer delitos. Para tanto, é necessário observar os princípios protegidos pela Constituição Federal, entender a natureza jurídica da execução penal e debater a mudança de entendimentos perante o Supremo Tribunal Federal. Realiza-se, então, uma pesquisa qualitativa, na qual buscou-se fazer uma revisão bibliográfica acerca do tema abordado, bem como análise de dados jurisprudenciais, alinhados com a legislação pertinente ao tema. Diante disso, verifica-se que embora possua uma grande divergência na doutrina e jurisprudência, a aplicação da execução provisória perante aqueles indivíduos que se encontram presos aguardando os recursos interpostos pela sua defesa, acaba por ser favorável, uma vez que estes possuirão os direitos benéficos previstos pela Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: Execução; Provisória; Presunção; Inocência; Supremo; Tribunal.

ABSTRACT

Bearing in mind that provisional execution is a matter of paramount importance for criminal

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes. E-mail: joaogabriel-trigo@hotmail.com

execution, since it leads to a debate before the doctrine regarding the principle of the presumption of innocence versus guilt, research on the provisional execution of the sentence in order to analyze whether the constant change of understanding before the Brazilian Supreme Court, is something positive or negative for individuals who come to commit crimes. For that, it is necessary to observe the principles protected by the Federal Constitution, understand the legal nature of criminal execution and debate the change of understandings before the Federal Supreme Court. Then, a qualitative research is carried out, in which it was sought to make a bibliographic review about the topic addressed, as well as analysis of jurisprudential data, aligned with the legislation pertinent to the theme. In view of this, it appears that although there is a great divergence in doctrine and jurisprudence, the application of provisional execution before those individuals who are in prison awaiting the appeals filed for their defense, turns out to be favorable, since they will have beneficial rights provided for by the Penal Execution Law.

Keywords: Provisional; Execution; Presumption; Innocence; Supreme; Court.

1 INTRODUÇÃO

Em 2009, o STF, durante julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG decidiu que a execução da pena somente poderia ser iniciada após a sentença condenatória transitada em julgado, entendendo que, a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal, sobrepõem-se através de seus preceitos vinculados, tanto de forma material quanto temporal ao Art. 637 do Código de Processo Penal.

Este posicionamento permaneceu em vigência até de 2016, através do Habeas Corpus nº 162.292/SP o plenário da suprema corte reuniu-se novamente e após amplos debates alteraram o entendimento com relação a execução provisória da pena, fundamentado de que esta execução, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência

Recentemente, no ano de 2019, o pleno da Suprema Corte Brasileira por meio do julgamento dos ADCs 43, 44 e 54 decidiram, por 6 votos a 5, o novo entendimento de que não é possível o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, sendo necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desta feita, esta quantidade significativa de alterações acabou gerando um grande debate na doutrina, levando ao questionamento dos doutrinadores se tal medida iria ferir o

princípio constitucional da presunção de inocência e o princípio do devido processo legal.

O presente trabalho visa debater acerca da execução provisória de acórdãos proferidos por juízo em segunda instância. Inicialmente, será abordado os indispensáveis princípios constitucionais que versam sobre a presunção de inocência e o devido processo legal, tendo em vista que um complementa o outro, afinal para que seja definida a culpa necessita-se de um devido processo legal, seguindo normas previamente expressas para que não ocorra abusos durante o julgamento e haja uma harmonização no tocante a pretensão punitiva do estado com o direito de liberdade do réu.

Ademais, o trabalho fora estruturado em 3 tópicos, onde o primeiro tópico aborda as questões dos princípios protegidos pela constituição. No segundo tópico, visa identificar qual a natureza jurídica da execução penal. Sendo tratado no terceiro tópico acerca da evolução dos entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, foi utilizado no presente trabalho uma pesquisa qualitativa, onde procurou-se realizar a revisão bibliográfica abordando diversos doutrinadores, tanto como foi feita a análise de dados jurisprudenciais juntamente com as normas pertinentes ao tema.

Ainda, ao final, são oferecidas as considerações finais, sendo imperioso destacar que apesar de existir uma vasta discussão doutrinária e jurisprudencial, a utilização da execução provisória para aqueles que estão presos, esperando que sejam julgados seus recursos, tende ser algo benéfico, levando em consideração que os mesmos estarão abarcados por todos os direitos salutareos previstos pela Lei de Execução Penal.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Supremo Tribunal Federal durante as sessões de julgamento debateu o princípio da presunção de inocência, inscrito no art. 5, inciso LVII da Constituição da República, onde traz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, julgando pela impossibilidade da execução da pena após o segundo grau de jurisdição. Desta forma, não deve ser realizada uma mera análise textual de forma literal, e mesmo que realizasse não haveria como a impossibilidade de prisão logo após o segundo grau prosperar, como será vislumbrado posteriormente. (STF,2019)

É necessário fazer uma análise do dispositivo constitucional, correlacionando ao previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Decreto-Lei n. 4.657/1942, devendo-se otimizar o potencial da interpretação normativa, pois o artigo 5º da referida lei procura fortalecer a ideia de que ninguém será condenado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, proporcionando uma instrução clara do método como o magistrado deve interpretar os dispositivos, conforme dispõe o referido artigo: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (SILVA *et. al.*, 2020)

Ocorrendo a condenação criminal em segunda instância, seja por ter sido confirmada a sentença penal condenatória, ou por ter sido prolatada a condenação em segundo grau, imperiosa de uma pena privativa de liberdade, já caberia a execução provisória. Seria possível essa aplicação da pena, pois deve-se fortalecer o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com uma interpretação não literal, entretanto, utilizando-se de uma compreensão mais ampla, abrangendo o exposto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. (SILVA *et. al.*, 2020)

Contudo para Bobbio (2004), o estado de inocência do indivíduo é um direito universal, surgindo da dignidade da pessoa humana. A transgressão dessa formalidade entra em confronto com à dignidade da pessoa humana, na medida que exclui direitos, como pode-se observar:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. (BOBBIO, 2004)

Toda via, não se deve abordar a presunção de inocência de um cidadão que nunca praticou qualquer delito, com a mesma carga de um sujeito que fora devidamente processado e condenado em primeira e segunda instância.

O Ministro Relator Teori Zavascki (STF – Pleno – HC 126.292, julgado em 17/02/2016) defendeu em seu voto que diante do julgamento em segundo grau, remanesceria

o recurso especial ao Supremo Tribunal Federal e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, recursos estes que não permitem reexame fático e probatório. Por conseguinte, a competência fático-probatória daquela ação já estaria definida, conforme trecho citado abaixo:

Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (ZAVASCKI, 2016)

Desta forma, nada impossibilitaria a execução provisória da pena, pois nesse momento não discutiríamos mais uma presunção de inocência, o que tornaria plenamente capaz a referida execução, uma vez que já ocorreu o julgamento do fato, e após a condenação concluiu-se pela existência da materialidade e de sua autoria tido como crime, conforme afirma Rogério Sanches da Cunha:

Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos. (CUNHA, 2015)

Ainda, o Ministro Luiz Fux (STF – Pleno – HC 126.292, julgado em 17/02/2016), durante a prolação de seu voto, afirmou “A coisa julgada está intimamente vinculada à ideia da imutabilidade da decisão. Coisa julgada significa a imutabilidade da decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão.”

Além disto, declarou a indispensabilidade de harmonizar a presunção de inocência ou de não culpabilidade com a respectiva efetividade da jurisdição penal, uma vez que a demanda já fora apreciada por um magistrado em primeiro grau e por ao menos três desembargadores em segundo grau, todos decidindo pela condenação do réu, acarretando um prejuízo à eficácia da jurisdição penal a não permissão da execução provisória da pena, considerando que os recursos atribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (Recurso especial) e ao Supremo Tribunal Federal (Recurso extraordinário), propõe-se a discussões apenas no âmbito jurídico, não

adentrando ao contexto fático-probatório, onde já haveria ocorrido o trânsito em julgado da demanda, conforme aduz o Ministro Luiz Fux (STF – Pleno – HC 126.292, julgado em 17/02/2016)

Ainda, cumpre salientar a regra expressa no art. 5º, LVII da Constituição Federal da República acerca deste princípio que desperta o questionamento de que não ser considerado culpado, necessariamente iria significar ser inocente? Ou não ser considerado culpado teria sentido de impedir uma antecipação apenas da culpa? Este questionamento abriu espaços para debates onde, de um lado existia o entendimento de uma presunção de inocência e do outro a existência da presunção de culpabilidade.

Neste sentido, deve-se concluir que, presunção de inocência teria como significado não ser considerado culpado, expressaria “ser inocente”, levando por esta ótica a Constituição Federal entregaria à todos um estado de inocência, visto que utiliza-se o verbo ser, ninguém será considerado culpado, ou seja se não é considerado culpado, significa que é inocente, se pensarmos desta maneira, acabaríamos trazendo uma certa dificuldade para a aplicação do processo penal, como por exemplo as medidas cautelares que cerceiam a liberdade ambulatoria do indivíduo. (SILVA *et. al.*, 2020)

Vale ressaltar, ainda, que o Princípio da Presunção de Inocência é complementado com o Princípio do Devido Processo Legal, tendo em vista que o indivíduo somente será considerado culpado ou inocente caso exista um processo, seguindo as normas definidas em um momento prévio, para que haja uma harmonia entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do réu.

O devido processo legal é uma enorme garantia ao indivíduo, utilizando-se como princípios basilares a ampla de defesa e o contraditório, salvaguardando não apenas o direito à liberdade na esfera material, quanto na formal por meio da integralidade da defesa, conforme o Art. 5º, LV da Constituição Federal que expressa “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Como aduz o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 2000)

Ademais, a responsabilidade do agente será definida ao término do devido processo legal, tratando-se da culpabilidade do indivíduo, para Cunha (2015), o Princípio da Culpabilidade:

Trata-se de postulado limitador do direito de punir. Assim, só pode o Estado impor sanção penal ao agente imputável (penalmente capaz), com potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecer o caráter ilícito do seu comportamento), quando dele exigível conduta diversa (podendo agir de outra forma). (CUNHA,2015)

Entretando, o Supremo Tribunal Federal, encara essa presunção de forma mais reduzida, como não culpabilidade, uma vez que não se pode precipitar a culpa expressa do acusado. Contudo, o estado de réu criminal pode vir a justificar a imposição de algumas penalidades para aqueles indivíduos que encontram-se nesta situação, penalidades estas existentes dentro do processo criminal, sendo plusível, portanto, compatibilizar este acontecimento com uma presunção de não culpabilidade. (SILVA *et. al.*, 2020)

Outro ponto que merece destaque é com relação a prescrição, para Bitencourt (2012), a prescrição define-se como a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente estipulado. Desta forma, estando impossibilitado de iniciar a execução provisória, ocorreria um retardamento do trânsito em julgado da condenação, tendo em vista que o marco interruptivo posterior à sentença condenatória, dar-se-á com o início do cumprimento da pena, conforme o exposto no Artigo 117 do Código Penal.

Estas questões devem ser abordadas e debatidas seriamente pois implica de uma maneira grandiosa na realidade nacional, uma vez que a falta de aplicabilidade das normas legais e carência do cumprimento legal influenciam a ideia de que o crime compensa. Observando os resultados dessa ideia de que o crime compensa pode-se perceber a ocorrência de um cenário catastrófico em todo o país devido a sensação de impunidade por conta da não aplicação da execução provisória da pena. (Silva *et. al.*, 2020)

Aduz o Ministro Relator Teori Zavascki (STF – Pleno – HC 126.292, julgado em 17/02/2016) em seu voto que:

Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado

por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduz: “a) Inglaterra. Hoje a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do ‘supreme court act 1981’. Por esse diploma é garantido ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...) (ZAVASCKI, 2016)

Durante a prolatação do seu voto, Zavascki (2016) salientou quais as nações que autorizam a execução provisória da pena que são: Portugal, Espanha, Argentina, Canadá, Inglaterra, Alemanha, Estados Unidos da América, França.

Vislumbra-se ainda que nem um dos pactos e convenções que o Brasil é signatário requerem que o processo tenha sido transitado para a execução da pena, tendo que aderir ao modelo de justiça aplicado em todo o mundo. Refere-se a uma incoerência gigantesca abordada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo observado o cabimento da prisão preventiva nos termos do Artigo 311 do Código de Processo Penal e da prisão temporária, conforme dispõe a Lei Nº 7.960/1989, que são possíveis de serem decretadas antes mesmo da sentença de primeira instância. (STF – Pleno – HC 126.292, julgado em 17/02/2016)

A proteção constitucional da presunção de inocência é um enorme progresso mundial e não um regulamento brasileiro. Por conseguinte, qualquer ajuste sobre a presunção de inocência necessita de maiores cuidados e por se tratar de uma questão de grande relevância, não deve ser examinada como tem sido por alguns doutrinadores, onde aqueles que estão a favor do retorno ao tradicional posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal estão acometidos e sugestionados pela opinião pública, em um “Populismo Judicial” como aduziu o Barroso (2019) em seu voto nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43,44 e 54. (STF – ADC 43, julgado em 07/11/2019)

Desta forma, não se trata de satisfazer a opinião pública como destacou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto ao julgar as ADCs 43, 44 e 54 em 07/11/2019, uma vez a expressão “opinião pública” possui uma instabilidade significativa, vez que esta se altera conforme o caso e não serve como fundamento para coibir a potencialização de interpretação de normas constitucionais.

Trata-se, por conseguinte, de uma matéria de justiça, ideia esta que deve marcar presença em toda sociedade civilizada, caso contrário nos sujeitaríamos a voltarmos ao estado de “o homem é o lobo do próprio homem”, uma vez que os homens colocariam em ameaça sua própria espécie. (HOBBS, 1651)

Portanto, não se pode tratar um indivíduo com bons antecedentes, que nunca tenha cometido nenhum delito, com um que já fora investigado, processado e condenado tanto em primeiro grau quanto em segundo.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, através dos julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que tinham como foco a presunção de inocência, modificou em 23 de outubro de 2019, o entendimento do artigo 283 do Código de Processo Penal, que possuía a seguinte redação:

Artigo 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.(BRASIL,1941)

Ainda no ano de 2019, o Código de Processo Penal sofreu alteração por meio da redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019, onde aduz que:

Artigo 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (BRASIL,2019)

Desta forma, não versa de interpretação literal, contudo uma ambição fictícia, que o intérprete da legislação não faça distinções, sendo exclusivamente um mero repetidor da lei, sem nenhum senso de justiça.

Como existem vários sentidos possíveis, os julgadores proferem seus entendimentos através do que estes interpretam, da forma que nem todas as legislações são totalmente rígidas, nestas existem a possibilidade de interpretação do magistrado para que seja almejado o fim social desta, tanto como a maior efetividade da lei.

O julgador não dispõe do dever da mera interpretação literal do texto de forma mecânica, sem que vislumbre a realidade da demanda. Barroso (2019) ao proferir seu voto definiu que “a realidade é parte da normatividade do direito. Os textos normativos oferecem um ponto de partida para a interpretação, e oferecem os limites possíveis da interpretação”, agindo dentro da moldura onde o interprete deve fazer escolhas.

Aduz Brasileiro (2017), que não é uma discricionariedade, mas sim o dever de realizar a melhor interpretação possível da norma, visando a máxima efetividade e aplicação da lei,

não visando as suas próprias preferências, mas sim aplicação dos dispositivos constitucionais e conseqüentemente a vontade do tecido social.

Tendo em vista os expostos anteriormente, é necessário atentar-se à realidade, e esta demonstra que um condenado em segundo instância, não detém o direito explícito perante a Constituição Federal, de retardar o processo criminal de forma indefinida, tampouco desprezar uma sentença penal condenatória conjuntamente a um acórdão prolatado ordenando a aplicação de uma pena privativa de liberdade. (Silva *et. al.*, 2020)

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO DA PENA

Estabelece o art. 1º da Lei de Execução Penal que “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”. Conforme o que aduz o grande doutrinador Norberto Avena (2019):

A partir desse regramento, infere-se que a execução penal pode ser compreendida como o conjunto de normas e princípios que tem por objetivo tornar efetivo o comando judicial determinado na sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) ou estabelece medida de segurança. O pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença condenatória ou absolutória imprópria (absolvição com imposição de medida de segurança) transitadas em julgado. Não obstante, também estão sujeitas a execução as decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. (AVENA, 2019)

De acordo com o exposto por Avena (2019) ocorre que dentro da doutrina, existe uma divergência onde debate-se quanto à natureza da execução. Uma parte da doutrina entende que a natureza é administrativa, tendo em vista que que o magistrado responsável pela execução penal, realiza atos preponderantemente administrativos. Contudo, outra parte da doutrina,

afirma que possui natureza jurisdicional, pois há prolação de atos jurisdicionais de cunho decisório.

Neste sentido, o entendimento que o nobre doutrinador Nucci (2016) adota é que:

Primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa. O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento. (NUCCI, 2016)

Nessa ótica, está a posição de Grinover (1987),

para quem “a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais. (Grinover, 1987)

Adentrando à natureza jurídica da Execução Provisória, partindo para uma visão mais constitucionalista, Flávio Martins (2017) manifestou-se no sentido de que direito algum é absoluto, tendo em vista dois motivos, sendo o primeiro, que caso um direito fundamental fosse considerado absoluto, seja qual for o outro direito, por mais que seja de extrema importância, no dia em que for contraposto, acabará sendo violado, o outro ponto a se observar, é que praticamente todas as vezes em que se afirmar que um direito é absoluto, o detentor deste tenderá a abusar, violando então outros direitos fundamentais.

Nucci (2016) aponta que a decisão da execução da pena após a condenação em segunda instância, torna-se uma autêntica prisão pena, que caso voltasse a ser admitida iria se tornar um novo parâmetro para o término da presunção de inocência, ou seja, demonstra em seu texto que uma vez aclamado na Constituição Federal, um princípio que garante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como o fronteira definitiva para finalizar a discussão de que o réu é culpado ou não, o STF permitindo a execução provisória da pena, não traria prisão inovadora alguma, toda via apenas consagraria que o duplo grau de jurisdição é o necessário para executar a pena, uma vez que o objeto fático-probatório da demanda, não podem ser apreciados

novamente pelos tribunais superiores, através Recurso Especial e Recurso Extraordinários, pois tais recursos ao menos possuem efeitos suspensivos como regra:

O status de culpado é encontrado com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim sendo, somente quando não couber nenhum recurso contra a referida decisão. Pouco importa se os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não têm efeito suspensivo, pois o centro da questão não é esse, mas o seguimento a princípio constitucional. Noutros termos, inocentes não cumprem pena. (NUCCI, 2016)

Já para Cunha (2017) a natureza jurídica da execução da pena após acórdão condenatório era uma novidade, este indica que esta modalidade prisional se refere a uma prisão que não possui natureza cautelar, contudo é provisória e advém de um acórdão condenatório prolatado em segundo grau. Ademais, a prisão não abrange as hipóteses de natureza cautelar, portanto é provisória, vez que é capaz da decisão ser reexaminada, em outras palavras, os tribunais podem reformar a decisão vindo a absolver o réu, contudo irão examinar o direito e não mais a situação fática. Portanto, se existe uma pequena possibilidade de alteração da decisão, essa prisão não pode ser considerada definitiva. Em suma, origina-se de um acórdão condenatório, sendo este momento que pelo procedimento do processual penal se finaliza a discussão fático-probatória da demanda.

Isto posto, percebe-se que a prisão advinda da execução provisória da pena, é na realidade uma modalidade prisional provisória e que não se mistura com as medidas cautelares (prisão preventiva e temporária), dado que executa-se uma decisão condenatória em segunda instância, que, apesar de encerrar discussão fática e probatória, é passível de reformulação. Para alguns doutrinadores acaba gerando uma interpretação dividida com relação ao tema.

3.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PERANTE OS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os constituintes decidiram através do Art. 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, de tempos em tempos, debruça-se sobre o entendimento de qual seria o momento correto para o início da execução da pena.

Em 2009, o plenário do Supremo Tribunal Federal, decidiu através do Habeas Corpus nº 84.078/MG que a execução da pena somente poderia ser iniciada após a sentença condenatória transitada em julgado, com fundamento de que a Lei 7.210/84, (Lei de Execução Penal), e a Constituição Federal, sobrepõem-se através de seus preceitos vinculados, tanto de forma material quanto temporal ao Art. 637 do Código de Processo Penal onde aduz 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.” Conforme pode-se observar as falas do Min. Eros Grau:

[...] No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado.[...] 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.[...] (GRAU, 2009)

Conforme citado anteriormente, o STF em outra oportunidade, voltou-se para rever o entendimento com relação à “prisão em segunda instância”, em 2016, através do Habeas Corpus nº 162.292/SP o plenário da suprema corte reuniu-se e alteraram o entendimento com relação a execução provisória da pena, fundamentado de que esta execução, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência, que está a luz do Art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Ministro Relator em seu voto aduz:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (ZAVASCKI, 2016).

O pleno do Supremo Tribunal Federal, após asseverar sobre o tema, firmaram o entendimento de que seria plenamente possível após a condenação em segunda instância do réu o cumprimento do mandado de prisão, uma vez que os Recursos, Especial e Extraordinário, não possuem efeitos suspensivos, vislumbrando-se nos termos do Min. Teori Zavascki:

Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no

seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. (ZAVASCKI, 2016)

Os Partidos políticos Patriota e PCdoB, juntamente com o Conselho Federal da OAB, ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, com o intuito de examinar a constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Durante os debates no pleno do Supremo Tribunal Federal, o Relator, Min. Marco Aurélio (Julgamento Ação Delatória de Constitucionalidade 44, 45 e 54), em seu voto, defendeu que a Constituição Federal era clara quanto ao princípio da presunção de inocência e que não abre espaço para controvérsias semânticas:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. (AURÉLIO, 2019)

Ainda, aduziu o Min. Alexandre de Moraes, abrindo voto divergente entendendo pela possibilidade da execução provisória da pena, pois para este o cumprimento após a condenação em segunda instância não desrespeitaria a presunção de inocência, nos termos:

Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal – , seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional. (MORAES, 2019)

Contudo, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, prevaleceu por 6 votos a 5, sendo acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes,

Celso de Mello e Dias Toffoli, sendo então firmado o novo entendimento de que não é possível o início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, sendo necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para Assis (2018), a modificação da jurisprudência é considerada como consequência necessária da própria evolução do direito de modo a evitar seu engessamento ou ocorre pela mudança de composição do órgão. Outras vezes, a virada na jurisprudência é resultado da revisão da posição individual de alguns ministros, mesmo sem ter havido modificação substancial na composição do tribunal.

Ressalta-se, que embora essas mudanças para alguns operadores do direito venham a ser uma evolução do direito, para outros essas mudanças em tão pouco tempo acabam gerando uma grande insegurança jurídica, pois a partir do momento em que o posicionamento da Suprema Corte está mutacionando constantemente, acaba gerando esta instabilidade.

Avena (2019) aduz que a execução provisória da pena seria uma forma de o condenado em segunda instância se beneficiar com os privilégios trazidos pela LEP, este traz o exemplo do indivíduo que já é reincidente no crime de roubo com emprego de arma de fogo e foi condenado a sete anos de reclusão, inicialmente no regime fechado. Considere-se que apenas a defesa recorreu da decisão, portanto transitou em julgado para a acusação, neste contexto existe a segurança de que a pena não será agravada tendo em vista o princípio da “*Non Reformatio in Pejus*”, desta feita após 14 meses (1/6 da pena imposta) este terá direito a progressão de regime de pena, o que seria um benefício para o réu.

Desta feita, pode-se concluir que o dispositivo da execução provisória da pena, acaba por revelar-se algo que é em benefício daquele indivíduo que está preso aguardando o trânsito em julgado da sua condenação, tendo em vista 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.” conforme o expresso na Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal. (STF, 2003)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, ao decorrer deste artigo foi possível analisar o debate entre aqueles que defendem pela impossibilidade de cumprimento da pena logo após o julgamento da segunda

instância, ao suscitarem que tal execução acabaria por violar o princípio da presunção de inocência, uma vez que teoricamente estariam cumprindo a prisão pena antes de ocorrer o trânsito em julgado, contudo, contrapondo estas ideias, estão aqueles que defendem que a partir do momento em que o réu é condenado através de acórdão em segundo grau, o mesmo não possuiria mais a possibilidade de se defender com relação a materialidade e autoria do fato, sendo possível o início do cumprimento da pena, mesmo que estivesse aguardando decisões de recursos interpostos no STJ e STF.

Outra análise que devemos levar em conta é com relação a natureza jurídica da Execução Penal, que para alguns doutrinadores seria considerada, preponderantemente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa. Já a execução provisória da pena mais uma vez gera debate entre os doutrinadores, onde a decisão da execução da pena após a condenação em segunda instância, iria tornar literalmente uma prisão pena, ofendendo a presunção de inocência, princípio este que assegura o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como o limite definitivo para colocar um ponto final a discussão sobre a culpabilidade do réu.

Em contrapartida, outros doutrinadores indicam que esta forma de prisão se refere a uma prisão que não possui natureza de cautelaridade, todavia é provisória e resulta de uma decisão condenatória proferida em segundo grau. Além do mais, existe a possibilidade da decisão ser reexaminada, ou seja, os tribunais podem modificar o acórdão, chegando até mesmo a absolver o réu, contudo não farão mais uma análise fática, irão apenas examinar o direito.

Além disto, o Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo modificou seu entendimento por diversas vezes, em 2009, decidiu através do Habeas Corpus nº 84.078/MG que a execução da pena somente poderia ser iniciada após a sentença condenatória transitada em julgado, com fundamento de que Execução Penal e a Constituição Federal, sobrepõem-se através de seus preceitos vinculados, tanto de forma material quanto temporal ao Art. 637 do Código de Processo Penal, em 2016 reformou seu entendimento possibilitando a execução através do julgamento do Habeas Corpus nº 162.292/SP utilizando o argumento de que esta execução, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência, além disto o atual posicionamento do STF, após o julgamento dos ADCs 43, 44 e 54, retornou o entendimento de que seria inviável a execução provisória.

Para finalizar, conclui-se que embora possua uma grande divergência na doutrina e jurisprudência, a aplicação da execução provisória perante aqueles indivíduos que se encontram presos aguardando os recursos interpostos pela sua defesa, acaba por ser favorável, uma vez que estes possuirão os direitos e benéficos previstos pela Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes.** Revista de informação legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. 3. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 2004. Disponível em: <<https://direitoufma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a--dos-direitos.pdf>>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei N° 3689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei N° 4657 de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657_compilado.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei n° 13.964 de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm>. Acesso em 22 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais**. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 12 de setembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento Ação Delatória de Constitucionalidade 44, 45 e 54**. Relator Ministro: Marco Aurélio. 2019. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. Brasília, DF, 24 de setembro de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em 10 novembro 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12^a ed. Malheiros. 2000.

NORBERTO, Avena. **Execução Penal**, 6^a ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme. **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência**. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/10/11/a-decisao-do-stf-acerca-do-cumprimento-da-pena-apos-o-julgamento-de-2o-grau-de-jurisducao-e-a-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em 27 de outubro de 2020.

NUNES Jr., Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NOGAS, Matheus. **Necessidade da execução penal após o julgamento em segunda instância**. 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3993/371372315>>. Acesso em 10 de setembro de 2020.