



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

NELSON ALAIDES PARREIRA NETO

**A EXECUÇÃO DE PENA ANTES DE TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA
PENAL CONDENATÓRIA**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG

2019

**A EXECUÇÃO DE PENA ANTES DE TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA
PENAL CONDENATÓRIA**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito
Constitucional.

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **A execução de pena antes de trânsito em julgado de sentença penal condenatória**, elaborado **Nelson Alaiades Parreira Neto** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga, 05 de Julho de 2019

[Assinatura]
Prof. Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior

[Assinatura]
Prof. Carolina Miranda Sena

[Assinatura]
Prof. Rafael Soares Firmino

AGRADECIMENTOS

São muitos os responsáveis por essa vitória, agradeço primeiramente a Deus por ter me dado a oportunidade de estar aqui, apresentando meu projeto monográfico e tornando real um sonho real, com muito trabalho, esforço e dedicação.

Agradeço aos meus familiares e amigos que estiveram presente nessa jornada e me ajudaram de alguma forma para a construção do desse trabalho.

Agradeço ao Professor Orientador Humberto Luiz pela dedicada orientação, competência e, acima de tudo, amizade.

A todos que de alguma forma contribuíram para a concretização deste trabalho, registro meu sincero agradecimento.

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a justiça, luta pela Justiça.

Eduardo Juan Couture

RESUMO

O artigo 5º, LVII da CF/88 traz sobre si o princípio da não culpabilidade, um princípio constitucional onde se traz uma importante situação no rito processual onde diz a partir de quando o você se tornaria culpado, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento sobre a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado em sentença penal condenatória fazendo com que haja uma mudança no alcance da norma.

No ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal julgou o HC84078 MG se tratando da inconstitucionalidade da execução de pena antecipada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória onde se teve o entendimento que é incompatível com artigo 5º, LVII da constituição federal e fere o princípio da não culpabilidade. Ao julgar o HC126292 SP no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento onde se pode dar execução provisória de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória após decisão em segunda instância, o ministro relator Teori Zavascki entende que onde se houve um processo no tramite legal onde foram seguidos todos os passos e obteve uma análise fática, probatória e jurídica integral com todas as provas recolhidas no andar do processo de forma legal e sua culpabilidade tiver sido firmada após decisão em segundo grau onde se esgota a análise da culpabilidade não fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Por meio deste trabalho procura se apresentar argumentos, doutrinas e jurisprudências buscando entender se é possível ou não a execução de pena antecipada analisando se fere o princípio constitucional da presunção de inocência ou não.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Execução provisória de pena privativa de liberdade. Transito em Julgado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
1. PRESUNÇÃO DE INOCENCIA.....	103
1.2 Breve Contextualização Historica.....	13
1.2. Execução Provisória da Pena	188
1.3. Das Prisões.	200
2. HABEAS CORPUS 84078/MG.....	277
2.1. Breve síntese do caso	277
2.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.	28
03. HABEAS CORPUS 126292/SP	344
3.1. Breve síntese do caso	344
3.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.	355
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	455
5. REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, que vem no artigo 5º, LVII da Constituição Federal¹ é um princípio de grande importância e valor para o procedimento jurídico, um direito conquistado pela sociedade, se trata de um bem de grande importância para quem está no banco do réu, a sua liberdade.

Por isso, é necessário discutir sobre tema pois, ele diz a partir de quando uma pessoa pode se considerar culpada no âmbito processual, caso não haja uma sentença penal condenatória e ainda haja recursos disponíveis, o réu ainda poderia ter a sua liberdade garantida, pois, seria considerado inocente e não cabe prisão a inocentes.

No código de processo penal temos o artigo 283 que trata casos sobre possibilidade de prisão do agente, que é em 4 (quatro) hipóteses, flagrante delito, prisão preventiva, prisão provisória e sentença condenatória em trânsito em julgado.

O objetivo deste trabalho é tratar sobre a possibilidade de dar execução de pena privativa de liberdade antes de transitar em julgado em sentença penal condenatória, esse entendimento sofreu alterações no Supremo Tribunal Federal e com isso trouxe uma série de discussões, onde, em seu primeiro momento, no ano de 2009 julgando o caso do HC84078MG² o egrégio tribunal entendeu que era incompatível com a Constituição Federal a execução provisória de pena, que a decisão de começar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória era inconstitucional, decisão tomada por 7 votos a favor da inconstitucionalidade e 4 votos a favor da execução de pena. No ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal voltou a julgar o caso de execução provisória de pena com antes de transitar em julgado de sentença penal condenatória, porém, no dia 17 de fevereiro de 2016 o tribunal mudou seu entendimento por 7 votos a 4 e passou ao entendimento que era possível sim a execução provisória de pena antes de transitar em julgado de sentença penal condenatória a partir do julgamento de 2ª instância.

¹ Constituição Federal, 1988, artigo 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

² STF, HC 84078, Relator Ministro Eros Grau, Plenarium, Julgado em 05.02/2009.

A partir da decisão tomada acabou afetando outras decisões processuais, o novo entendimento fez com que em houvesse uma reviravolta no sistema judiciário, pois, a partir de um novo entendimento, novos procedimentos poderão ser tomados e com isso traz sobre si uma importância para o aspecto jurisdicional.³

E em um primeiro momento, será trazida a evolução histórica da presunção de inocência, depois os aspectos sobre a presunção de inocência ou princípio não culpabilidade no sistema judiciário, sua evolução, seus conceitos, aplicações de princípios na legislação, o pacto internacional dos direitos humanos e a execução provisória de pena.

Em segundo momento, depois será levantado os votos dos Ministros que no ano de 2009 ao julgar o HC84078MG⁴ decidiu que era inconstitucional a execução provisória de pena antes de transitar em julgado em sentença penal condenatória e após este, os votos dos Ministros que julgaram o HC126292SP⁵ que tornou possível a execução provisória de pena após decisão em segunda instância.

³ BULOS, UADI LAMMÊGO. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁴ STF, HC 84078, Relator Ministro Eros Grau, Plenarium, Julgado em 05.02/2009.

⁵ STF, HC 126292, Relator Ministro Teori Zavascki, Plenarium, Julgado em 17.02.2016.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, afirma que toda a pessoa acusada de infração deve ser tida como inocente até que se comprove sua culpa perante a lei. Esse princípio surgiu originalmente, dentro dessa premissa do estado de direito, como uma forma de coibir o estado de tomar qualquer decisão ou atitude arbitrária e imbuída de contradição, impedindo de tomar uma atitude sem um ordenamento determinado. Na doutrina brasileira, juristas como Aury Lopes Jr⁶ e André Nicolitt⁷, defendem que a presunção da inocência trata-se de "princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)", e que "embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo."

Trata-se de um princípio manifestado de forma explícita em nosso ordenamento jurídico a teor da Constituição Federal em seu artigo 5º LVII. De acordo com Moraes, em regra, direitos constitucionais definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. E a própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina esse fato, expressando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.⁸

A presunção de inocência do acusado é um instituto largamente garantido nos países democráticos, e está previsto no artigo 11 da Declaração universal dos Direitos Humanos assinado em 1.948, dando um basta à tortura e às provas ilegais. Este fato assegura que o acusado não tratado como culpado até sentença penal condenatória.

Uma das formas de punir que o estado possui é o recolhimento do réu para o cumprimento de pena privativo de liberdade, uma punição como forma de ressocialização do transgressor, de modo que toda pessoa imputável que praticar

⁶ JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

⁷ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

⁸ MORAES; Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

um crime se sujeitará a uma determinada pena pelo período previsto no tipo penal. Uma vez imposta a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), deverá o juiz fixar o regime inicial para cumprimento desta, tendo por critério principal o quanto de pena aplicada ao condenado, no artigo 33 do código de processo penal encontramos os explicativos para a aplicação da pena privativa de liberdade.

Partindo do que estabelece o Código Penal, as penas privativas de liberdade se dividem em três tipos: reclusão, detenção e prisão simples. Sendo a reclusão e a detenção destinadas a punir os crimes, também chamados de delitos e a prisão simples para punir as contravenções penais, visto que o nosso ordenamento jurídico considera o modelo dicotômico de classificação das condutas penais, onde o crime ou delito e a contravenção são espécies do gênero infração penal (BITENCOURT, 2017, p. 290)⁹. As diferenças entre reclusão e detenção, é que os crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, reservando a detenção para os delitos de menor gravidade. Como consequência, a pena de reclusão pode iniciar seu cumprimento no regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente com o descumprimento as condições impostas pelo juiz, poderá levar o condenado a pena de detenção ao regime fechado, através da regressão de regime.

As penas alternativas inovaram o direito penal, sendo mais um recurso para humanizar as penas e atingir seu objetivo reabilitador. Assim preenchendo os requisitos necessários para a substituição das penas, recomenda-se que a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos, reservando aos criminosos de indiscutível periculosidade a pena privativa de liberdade, logo, diminuindo a superlotação dos presídios.

Perante a Constituição Federal, em seu artigo 5º LVII, o marco temporal que define quando o réu se tornaria culpado seria após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, trata-se do momento em que se esgotaram as possibilidades de entrar com recurso contra a decisão judicial. Desta forma, não se admite mais a revisão da determinação do tribunal e também a interposição de novos recursos. Esse marco temporal no processo judicial demonstra onde você deve iniciar o cumprimento de pena. É pressuposto da execução penal a existência de título executivo judicial consistente em sentença criminal condenatória que apenas

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

o agente com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos ou sentença absolutória imprópria que impõe ao agente medida de segurança de tratamento ambulatorial ou de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

De acordo com o art. 669 do CPP, só depois de passar em julgado, será exequível a sentença. Nas lições de Espínola Filho, há diferença entre caso julgado e coisa julgada: “O que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário, ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada.”¹⁰

¹⁰ Excerto do voto do Rel. Min. Neri da Silveira, no HC 68.726, julgado em 28.06.1991, STF, Pleno. Publicado em DJ 20.11.1992.

1 PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

Para que todos possamos entender sobre o artigo a ser escrito, sendo na sua fundamentação e nos seus conteúdos veremos uma parte da sua história evolutiva no ordenamento jurídico brasileiro e como ela veio a ser adotada mundialmente.

1.1. Breve contextualização histórica.

Próximo ao século XVII ao XVIII, por toda Europa continental triunfou o chamado sistema inquisitivo, a qual vai totalmente contra o princípio da presunção de inocência, o sistema inquisitivo cuja terminologia é oriunda da palavra inquisição que possuía a finalidade de investigar e punir os hereges, ou seja, aqueles que praticavam, professavam doutrinas contrárias aos dogmas concebidas pela igreja da época apresentavam umas características próprias;

(a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é um funcionário do rei ou da autoridade subordinada ao poder governamental; (b) o juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado; (c) a acusação, que sempre é *ex officio*, permite que a denúncia seja feita de forma secreta; (d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa; (e) o julgamento é feito com base na prova tarifada; (f) a regra era a prisão preventiva do réu; (g) a decisão jamais transita formalmente em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo (MOSSIN, 1997, p.18).¹¹

Em meios ao século XVIII, no estado absolutista surge o princípio da presunção de inocência em resposta do povo contra as atrocidades cometidas pelo estado, principalmente no que se diz a respeito da prisão extraprocessual que o monarca o possuía, muitas vezes sendo usada sem a observância de qualquer regra processual. Com a palavra, Michael Foucault (2002. p.37) diz:

As diferentes partes da prova não constituíam outros tantos elementos neutros; não lhes cabia serem reunidos num feixe único para darem certeza final da culpa. Cada indício trazia consigo um grau de abominação. A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse

¹¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. Curso de processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p.18.

completada: fazia dele um meio-culpado; o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como “um pouco” criminoso.¹²

Nesse período, a dúvida do julgador não se resolvia pela absolvição, mas pela redução da pena, e, quanto à prisão provisória, esta funcionava como pena antecipada, sem qualquer cunho processual. De modo citam os autores Baigent, Leigh e Gonzaga:

As prisões da Inquisição viviam abarrotadas de presos, grande número dos quais ainda não tivera nenhuma acusação feita contra eles. Podiam ficar encarcerados durante anos, sem ao menos saber a transgressão de que se dizia que eram culpados. Enquanto isso, eles e suas famílias eram privados de toda a propriedade, pois a prisão invariavelmente era seguida do imediato confisco de todos os pertences do acusado – tido, desde a casa até os pratos e panelas. E enquanto o homem definhava na prisão, ainda sem nenhuma acusação feita, suas posses eram vendidas para pagar sua manutenção no cativeiro.¹³

A culpabilidade é um elemento da estrutura conceitual do crime, é uma situação anterior, em sua fase subjetiva que se forma com a imputabilidade, a culpabilidade e responsabilidade penal.¹⁴ Se não existe a culpabilidade não há crime e nem condenação legítima, logo a culpabilidade é pressuposto da condenação. Se não existe a culpabilidade, conseqüentemente não se pode existir a condenação e, menos ainda, a aplicação de pena. A prisão é aplicação de uma pena, que, portanto, não pode existir enquanto não for apurada a culpabilidade.¹⁵

Com o surgimento do Movimento Iluminista, que se começava a falar efetivamente na presunção de inocência. Isso porque, o ser humano deixava de ser visto como inimigo do Estado, e passava a ser fonte e destino de seu poder. Essa corrente político-filosófica estabeleceu a racionalidade como alicerce para a construção de um novo sistema político, social, econômico e jurídico.¹⁶ A partir de então, o princípio da presunção de inocência passou a compor o sistema processual

¹² FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002. p.37.

¹³ Passagem sobre a Inquisição Espanhola, de Michael BAIGENT e Richard LEIGH, A inquisição, tradução de Marcos Santarrita, Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 80. Nesse mesmo sentido, João Bernardino GONZAGA, A inquisição, p. 29. In: MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit, p. 61-61.

¹⁴ Cf. Anibal Bruno, Direito Penal, vol. I, tomo 2º, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp23s.

¹⁵ Silva, Jose Afonso Da, Jurista, Professor de Direito da USP, parecer sobre HC152752, enviado ao STF, 02.04.2018.

¹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 74.

de várias nações com destaque para o artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que diz que Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.¹⁷ Trazem se ao presente trabalho os ensinamentos do processualista Tourinho (2007, p. 62), que ensina:

Na verdade, há mais de duzentos anos, o art.9º. da Declaração dos Direitos do homem, de 26-8-1789, proclamava: "tout homme étant presume innocent jusqu'a ce qu'il ait été declare coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de as personne, doit être sévèrement reprimée par la loi" (Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetua-la, deve ser severamente reprimido pela lei).¹⁸

No ano de 1948 com o término da Segunda Guerra mundial, o mundo viu o poder de destruição criada pelo ser humano e os riscos para a humanidade no caso de uma nova guerra.¹⁹ Estava clara a necessidade de se evitar novas guerras. Não por outra razão, logo com o fim da Guerra Mundial, em 10 de dezembro de 1948, a III Assembleia Geral da ONU, promulgou a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, a qual, em seu artigo 11, consagrou a presunção de inocência.

I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.²⁰

Diversos outros tratados e convenções internacionais foram assinados para o fim de assegurar a paz mundial e as instituições democráticas. Destacam-se, entre eles, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, art.

¹⁷ DUDH, 1989, artigo 9º. França.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 29ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007. p.62.

¹⁹ A Guerra matou cerca de 55 milhões de pessoas. Cf. SCHMIDT, Mario Furley. Nova história crítica, 1ª ed., São Paulo: Nova geração, 2005, p. 584.

²⁰ Declaração universal dos direitos humanos. Assembleia Geral da Onu, 1948 art 11, I e II.

XXVI)²¹, Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6º, §2º)²², Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, art. 48, §1º), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, art. 7º, § 1º, b)²³, Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, art. 19, e)²⁴, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, §2º) e Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 que trouxe no seu “artigo 13º, inciso I Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. II Todo o homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.”²⁵

Também no auge da segunda guerra mundial, foi editado o código de processo Penal brasileiro, no ano de 1940, e certo que sofreu alterações, mas o momento de sua promulgação explica a base e os princípios que norteiam seus dispositivos, foram tidos como ideia o código de processo penal de 1930 da Itália para construção do código, sobre a vigência da constituição polaca outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de de 1937.²⁶

Ao passar do tempo, em 1948, quando promulgada a constituição italiana, o país estava em um processo de redemocratização com a queda de Benito Mussoline, então aderiu termo “ não culpado” (*non é considerato colpevole*),²⁷ depois Portugal que na sua constituição de 1976, nº2 do artigo 32²⁸ adotou o texto que passamos a possuir na constituição federal de 1988. Na França já havia a famosa declaração dos direitos do homem de 1789, em que pese a não referência expressa dos princípios nesses diplomas, pode-se enxergar sua aplicação em diversos dispositivos, à guisa de ilustração o artigo 471º do *Code de Procédure pénale*. Vilela (2000, p. 64) ensina que:

Quer a jurisprudência, quer a doutrina francesa recentes, afirmam a vigência do princípio no ordenamento jurídico francês, mas insistem

²¹ DUDH, 1948, Bogota.

²² CDFUE, 2000, Nice.

²³ CADH e Carta de Banjul, 1981, Nirobi.

²⁴ DIDE, 1990, Cairo.

²⁵ Declaração universal Dos direitos humanos, Assembleia geral Onu, 1948. Art 13, I.

²⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 03/04/2019.

²⁷ Art. 27. (2) L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva

²⁸ REIS, Diego Pessoa Costa. Presunção de inocência e liberdade de imprensa. Recife: Bagaço, 2007, p. 71.

especialmente na sua incidência no âmbito probatório, como regra determinante de absolvição em caso de incerteza, com o conseqüente ônus da prova para acusação, sem que se lhe atribua qualquer espécie de relevo em relação à disciplina da prisão preventiva. (VILELA 2000, p. 64)²⁹

A Constituição Espanhola de 1978 no seu art. 24, nº 2 assevera que:

Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (REIS 1978, p.77)³⁰

A Constituição Federal brasileira de 1988 aderiu ao seu corpo textual o princípio da presunção de inocência, em seu artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³¹. No mais, o Brasil aderiu a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto São Jose da Costa Rica³², por meio do Decreto legislativo nº 27 e 26 de maio de 1992 com referência em seu artigo 8º, inciso I primeira parte: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.³³

A Constituição Federal de 1988 destaca em seu artigo 5º, parágrafo segundo que: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”.³⁴

Essa disposição constitucional deu ensejo a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, dentre os posicionamentos destaca-se: a) o que reconhece o status de lei ordinária a esse documento; b) a tendência que atribui caráter

²⁹ VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.64.

³⁰ REIS, Diego Pessoa Costa. O. cit., p. 77.

³¹ Constituição Federal Brasileira, 1988.

³² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988. Rica). Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994.

³³ Convenção Americana dos Direitos Humanos, 1992, artigo 8º, inciso I.

³⁴ Constituição Federal Brasileira, 1988, artigo 5º, inciso II.

constitucional; e, c) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal, mas infraconstitucional, afirma Mendes (2011)³⁵

1.2. Execução Provisória da Pena

Após a Constituição da República Federativa do Brasil estabelecer em seu artigo 5º, inciso LVII, que: “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁶, consagrando assim, a presunção de inocência, um dos princípios norteadores de nosso Estado de Direito, o que configura uma verdadeira garantia processual penal.³⁷ Desta forma, tanto pela constituição federal ou pelo pacto internacional dos direitos humanos o réu seria considerado culpado até que se transitasse em julgado em sentença penal condenatória.

Moraes (2007) leciona que o princípio da presunção de inocência:

É um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.³⁸

Bastos e Martins também nos dão lições importantes sobre o tema, destacando o primeiro parágrafo de seus comentários:

A presunção de inocência é uma constante no Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguir, fazer demonstração de sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até a prova em contrário³⁹

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶ Constituição Federal brasileira, 1988, artigo 5, inciso LVII.

³⁷ Segundo Pedro Lenza, “melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado”. *com grifos no original*. Cf. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 2009. p. 1020.

³⁸ MORAES; Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

³⁹ “Cf. Comentário ao inc. LVII do artigo 5º da Constituição”, em Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra. *Martins, Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1989,p.227.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também faz comentário sintético, mas expressivo:

Inocência presumida, explicita a constituição um princípio fundamental do direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito em julgado em sentença penal condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das consequências que a lei somente atribui como sanção punitiva.⁴⁰

Lima (2012, p 11) ainda diz que:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).⁴¹

Se o Supremo não contesta expressamente a previsão de trânsito em julgado como limite da presunção de inocência, faz o indiretamente quando admite a prisão do acusado após a condenação em segunda instância, portanto, fere o princípio da presunção de inocência admitir a prisão do condenado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória porque isso significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado.⁴² Então é uma posição que fere a vedação constante do inciso LVII da Constituição Federal.⁴³ Do contrário seria admitir mudança de um dispositivo que integra as cláusulas pétreas da constituição (artigo 60, § 4º, IV).⁴⁴ A interpretação judicial do Ministro Lewandowski (20018) diz que:

Mesmo aos deputados e senadores e vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidores, extinguir ou minimizar a presunção de inocência. Com maior razão, não e dado aos juízes faze-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.⁴⁵

⁴⁰ Cf. Comentários à Constituição de 1988, Rio de Janeiro, FU, 1988, p. 436.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11.

⁴² Jose Afonso Da Silva, Jurista, Professor de Direito da USP, Parecer sobre HC152752, enviado ao STF, 02.04.2018.

⁴³ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴⁴ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

⁴⁵ Cf. "Presunção de inocência", Tendências/debates, em opinião, Folha de S. Paulo, 09.02.2018.

Vale observar que em todas as Constituições do Brasil os Direitos Humanos Fundamentais sempre foram alvo de proteção para garantia do desenvolvimento do ser humano, desde a constituição de 1824 que expressou em seu título VIII, no capítulo das disposições gerais, em seu artigo 179⁴⁶ até a atual de 1988 em seu artigo 5º LVII.⁴⁷

É necessário entender a diferença de princípios para regras, regra é algo que tem caráter absoluto, ou seja, algo que está escrito, o princípio é um comando de otimização, uma determinação para que se cumpra e atinja uma determinada finalidade, enquanto a regra é fixa, ou você cumpre ou não cumpre o princípio é uma diretriz de orientação ela nos dá um comando para conseguir alcançar uma determinada situação. Com isso o artigo 5º, LVII CF/88 que traz o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, transpõe que: a) o ônus da prova encuba a quem acusa, o acusador deve demonstrar a culpabilidade, ou seja, *in dubio pro reo*; b) não se pode confundir na mesma pessoa o julgador e acusador, e ambos devem obedecer aos princípios do promotor e juiz natural com regras previamente estabelecidas, como a ampla defesa, admissão de provas lícitas, garantia de contraditório, garantia do duplo grau de jurisdição, a imparcialidade do julgador, ou seja, o princípio da presunção da inocência determina uma série de regras a serem seguidas.

O princípio da presunção de inocência é inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo previsto em diversos tratados internacionais sobre direitos humano. No Brasil, está positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual, a exemplo da Constituição Portuguesa, estabelece um marco temporal para que se deixe de falar em presunção de inocência: o trânsito em julgado.

1.3. Das Prisões.

As indagações sobre o significado da garantia de presunção inocência no direito brasileiro foram inúmeras. O artigo 283 do código de processo penal dispõe sobre quando alguém poderá ser preso segundo o seu texto:

⁴⁶ Constituição Federal de 1824, Art 179 - A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base liberdade, segurança individual, e propriedade, é garantida pela Constituição do Império.

⁴⁷ Constituição Federal Brasileira, art 5º LVII: Ninguém será considerado culpado até o transito em julgado em sentença penal condenatória.

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.⁴⁸

Ou seja, o código de processo penal passou a admitir exceções, A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual e pode restringir a liberdade de um indivíduo em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, se observados determinadas condições, o seu artigo 313 transpôs:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).⁴⁹

Com o advento da Lei 12.403/2011, outras medidas cautelares diversas da prisão foram instituídas e, desse modo, devem ser levadas em consideração pelo magistrado. Medidas como: o comparecimento periódico em juízo para informar suas atividades, a proibição de frequentar determinados lugares, o monitoramento eletrônico, o reconhecimento domiciliar noturno e nos dias de folga, a fiança, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, internação provisória do acusado nas hipóteses de

⁴⁸ Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10655791/artigo-283-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 08/04/2019.

⁴⁹ Disponível em: <<https://joaovictorbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/223847113/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-em-face-a-prisao-preventiva-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 08/04/2019.

crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável, elencada no artigo 316.⁵⁰

Para Capez (2014), a prisão preventiva pode ser conceituada como:

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores⁵¹

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, de ofício pelo magistrado, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.⁵²

O STF de logo, assentou que o princípio constitucional da não culpabilidade impedia que se lançasse o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Quanto à prisão cautelar, o Tribunal tem enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal.⁵³ Na verdade, a consagração do princípio da inocência, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias⁵⁴, que continua sendo pacificamente, reconhecida pelo Pretório Excelso, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*.⁵⁵

Leciona que as prisões cautelares têm por finalidade Lauria (2009) cita que:

⁵⁰ Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1027637/lei-12403-11>>. Acesso em: 13/04/2019.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵² CPP - Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941.

⁵³ HC 82.903; HC 82.797; HC 81.468; HC 80.379.

⁵⁴ O plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos contra cinco, entendeu que a regra do art. 594 do CPP ("o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão) continua em vigor, "não tendo sido revogada pela presunção de inocência do art. 5.º, LVII, da CF - que, segundo a maioria, concerne à disciplina do ônus da prova, nem pela aprovação, em 28-5-92, por decreto-legislativo do Congresso Nacional, do Pacto de S. José, da Costa Rica" (STF - HC 72.366-SP Rel. Min. Néri da Silveira, sessão de 13-9-95. Ficaram vencidos os Ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence). O mesmo entendimento é partilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, que sumulou a questão: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência" (Súmula 9).

⁵⁵ HC 84.078 Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, Inf. 534/STF, o STF, por 7 X 4, pacificou o entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, contraria o artigo 5.º, LVII, da Constituição. No entanto, ficou ressalvada a eventual possibilidade de prisão cautelar do réu, nas hipóteses do CPP.

Asseguração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou a preservação da aplicação da lei penal.⁵⁶

A prisão em flagrante é abordada expressamente no artigo 302 a 310 do Código de Processo Penal e, pode ser figurar como uma medida pre-cautelar. No entendimento de Rogério Greco Filho ao definir que “duas são as justificativas para existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova”.⁵⁷ Nesse aspecto é positivo afirmar que a prisão em flagrante é necessária em muitos casos, no sentido de zelar pela paz social.

Ainda em relação ao tema, Greco Filho (2012, p 279) continua afirmando que:

Qualquer infração penal, em princípio, admite a prisão em flagrante, ainda que em algumas delas haja dificuldades práticas de efetivação. Nos crimes permanentes, o agente encontra-se sempre em estado de consumação e, conseqüentemente, em flagrância. Nos crimes habituais, se o ato flagrado revela a conduta habitual, é possível a prisão. Nos crimes de ação penal provada é possível o flagrante se houver requerimento do ofendido. Se este não estiver presente no ato ou for incapaz, realiza-se a detenção, mas a sua representação ou a do seu representante legal deve ser colhida no prazo máximo de 24 horas, que é o prazo da entrega da nota de culpa, sob pena de não se lavrar o auto, libertando-se o agente.⁵⁸

A prisão temporária está prevista em lei especial, a Lei nº 7. 960/89 tem como finalidade garantir o bom andamento da investigação criminal. A prisão temporária só pode ser decretada mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial e, a saber, não pode ser decretada de ofício pelo juiz.

A esse respeito, Avena (2015, p. 10610) entende que:

A prisão temporária não pode ser decretada ou mantida após o recebimento da denúncia pelo juízo competente. Isso porque, como já dissemos, visa essa forma de custódia, primordialmente, a assegurar o êxito das investigações que antecedem ao ajuizamento da ação penal. Logo, se esta já foi ajuizada, desaparece o móvel que poderia conduzir o juiz ordenar a custódia.⁵⁹

⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. ed. 3. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁷ (GRECO FILHO, 2012, p. 278).

⁵⁸ (GRECO FILHO, 2012, p. 279).

⁵⁹ (AVENA, 2015, p. 10610).

Ou seja, dentre vários tipos de prisões que possuem no ordenamento jurídico brasileiro, lhe foi acrescido no a execução de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória a partir de julgamento em segunda instância. É importante frisar que os componentes das provas de um processo criminal são esgotados quando do julgamento proferido em 1ª e 2ª instâncias, ficando para os Tribunais Superiores tão somente análise da matéria de direito, no seu aspecto meramente formal, que não tem o poder de modificar a matéria fática.

Em execução provisória de sentença penal condenatória, a posição assumida pelo próprio STF e que não depende do trânsito em julgado, no enunciado das Súmulas 716⁶⁰ e 717⁶¹, que permitem a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regimes menos severo mesmo antes da decisão final. A súmula 267⁶² do Superior Tribunal de Justiça é bem clara ao autorizar a execução provisória da pena quando dispõe que a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Da análise dos dispositivos legais e entendimentos sumulados pelos tribunais superiores supra-mencionados, pode-se concluir que são essencialmente os artigos 669, I e 637 do Código de Processo Penal e a súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça que dão substrato para a execução provisória da pena. Além de tudo, com a aprovação da EC45/2004 foi feita algumas mudanças no texto da constituição para os cursos dos processos.⁶³

Até o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal entendia que era possível a execução provisória de pena antes de transitar em julgado de sentença penal condenatória, ao julgar o HC84078 o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento e adotou que era incompatível com a Constituição Federal com o artigo 5º, LVII a execução antecipada da pena, por 7 votos a 4 onde o Relator ministro Eros Roberto Grau, num caso concreto analisou o tema, registrado em Minas Gerais, onde o autor de um crime contra a vida ingressou um HC para responder em liberdade.

⁶⁰ SÚMULA 716 - 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.

⁶¹ SÚMULA 716 - Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

⁶² Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

⁶³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>>. Acesso em: 05/05/2019.

Depois disso, no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento, por 7 votos a 4 a favor da execução antecipada de pena, onde adotaria novamente o entendimento que não viola o princípio da presunção de inocência julgando o HC126292 de um condenado por crime de roubo majorado, em São Paulo, com a relatoria do ex-ministro Teori Zavascki.

Ainda no ano de 2016, ao julgar a Ação Declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, acerca do artigo 283 do código de processo penal,⁶⁴ manteve seu entendimento que não feria o princípio da presunção de inocência, por maioria o supremo tribunal federal entendeu que o artigo do código de processo penal em seu artigo 283 não impede o início da execução de pena após segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas ADC 43 e 44.⁶⁵

Aqui, trechos do voto do ministro Fachim:

Esta Suprema Corte retomou um entendimento que vigorou desde a promulgação da Constituição em 1988 até 2009, por quase vinte e um anos, portanto, segundo o qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Como se vê, vinte e um dos vinte e oito anos registrou essa compreensão. Foram mais de duas décadas e sob a égide da CRFB, tempo no qual as portas do STF, para proteger a liberdade, jamais se fecharam por esse motivo. E ao fazê-lo em fevereiro último apreciou processo pautado pela Presidência do Tribunal no âmbito de seus regulares afazeres. Sendo assim, Senhora Presidente, peço vênias ao eminente Relator para, uma vez mais, reafirmar o voto que proferi em 17 de fevereiro próximo passado, quando esta Corte, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”⁶⁶

É sabido que inúmeros países do mundo permitem a execução da pena antes da decisão final, até mesmo quando da sentença de 1º grau, agora, uma questão delicada é sobre a modificação de uma cláusula pétrea, no caso, a restrição

⁶⁴ CPP Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

⁶⁵ Disponível em: https://leonorapmb.jusbrasil.com.br/artigos/614642913/a-execucao-provisoria-de-acordao-penal-condenatorio-a-pena-privativa-de-liberdade?ref=topic_feed. Acesso em: 08/05/2019.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 08/05/2019.

do alcance do princípio da presunção da inocência, proibida pela própria Carta Magna.

2. HABEAS CORPUS 84078/MG

No ano de 2009 ao julgar o HC 84078/MG o ministro relator Eros Roberto Grau trouxe o entendimento da inconstitucionalidade da execução provisória de pena, onde a pena privativa de liberdade só pudesse ser feita após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como garante o artigo 5º, LVII da CF/88. Como bem observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, “o grande argumento da corrente, até aqui majoritária, é o de que, não sendo providos os efeitos suspensivos, os recursos não suspendem a prisão”.⁶⁷ Haviam julgados em sentido contrário⁶⁸, como ainda há decisões para ambos os lados, até porque o tema nunca foi objeto de controle concentrado de constitucionalidade, não tendo efeito vinculante para os demais órgãos.

2.1. Breve síntese do caso

Se trata do habeas corpus impetrado por Omar Coelho Vítor, condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso III do Código Penal),⁶⁹ contra o Superior Tribunal de Justiça, que denegou habeas corpus para que o recorrente aguardasse o julgamento de recurso especial em liberdade:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁷⁰

⁶⁷ Em debates no julgamento do HC 84.078/MG.

⁶⁸ HC 90.229-4/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/12/2007; HC 84.029-9/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/06/2007.

⁶⁹ Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10625567/paragrafo-2-artigo-121-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 15/05/2019.

⁷⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 15/05/2019.

O processo trata de um paciente que ao ter o seu pedido para responder em liberdade enquanto não transitasse em julgado em sentença penal condenatória conforme o artigo 5º LVII da Constituição Federal do Brasil, teve sucesso na decisão de aguardar em liberdade o trânsito em julgado e não cumpriu sua pena por prescrição, quanto a decisão dos votos dos ministros ficou em um total de 7 votos a favor da inconstitucionalidade da chamada execução de pena e 4 contra a execução de pena a partir de decisão em segunda instancia .

2.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Naquela oportunidade o relator do processo, Ministro Eros Roberto Grau, assentou o entendimento no sentido de que era inconstitucional a chamada execução provisória de pena, seu entendimento se fundamentou em dois argumentos: o artigo 164 da Lei nº 7.210/84 que teria superado o art. 637 do Código de Processo Penal e aplicação isonômica em face do entendimento da Corte em aplicar a pena restritiva de direitos apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O art. 164 da Lei de Execução Penal⁷¹, ao prever que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial, revogou o art. 637 do Código de Processo Penal, 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.⁷²

O ministro Eros ainda traz a seguinte tese:

A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.⁷³

⁷¹ Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

⁷² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 15/05/2019.

⁷³ Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento do HC 84.078/MG.

Eros também afirma que:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil)⁷⁴. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.⁷⁵

Além disso, o ministro relator ressaltou que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal vinham interpretando o art. 147 da Lei de Execução Penal⁷⁶ de forma a afastar a possibilidade de execução da sentença sem que se desse o seu trânsito em julgado. Nesse sentido: HC 88.413, 1ª Turma, rel. Cezar Peluso, dj. 19/06/2006; HC 86.498, 2ª Turma, rel. Eros Grau, dj. 19/05/2006; HC 84.859, 2ª Turma, rel. Celso de Mello, dj. 14/12/2004; HC 84.587, 1ª Turma, rel. Marco Aurélio, dj. 19/11/2004; HC 84.741, 1ª Turma, rel. Sepúlveda Pertence, dj. 18/02/2005.

O ministro relator ainda traz palavras que exprimem o sentimento que Evandro Lins sintetizou: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".⁷⁷ Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como "estirpe dos torpes delinquentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem".⁷⁸

Eros ainda afirma que:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária,

⁷⁴ Constituição Federal, 1988, artigo 1, III – a dignidade da pessoa humana.

⁷⁵ Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento do HC 84.078/MG.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Leis ns. 8.930/94 e 9.677/98.

⁷⁸ eu Do ofício de orador, 2ª edição, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2.006, pág. 72.

ocasional, a força normativa da Constituição.⁷⁹

A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota Sidnei Agostinho Beneti:

Porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória.⁸⁰

Além disso, rechaçou a afirmação de que a antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados, não do processo penal. Por fim, exigiu coerência do Supremo Tribunal Federal, ao julgamento do RE 482.006, a Corte havia considerado inconstitucional lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal por prática de crime funcional, ainda que houvesse previsão de devolução das diferenças em caso de absolvição, pois, se este vigorosamente prestigia a presunção de inocência em nome da garantia da propriedade, deve fazer o mesmo quando se trate da garantia da liberdade.

O ministro Eros Grau também ponderou que o Supremo Tribunal Federal não pode sucumbir ao desejo das massas e da mídia, a qual tem ânsia de punição sempre que se noticia algum crime específico e que choca a sociedade. Foi nesse casuísmo que o legislador da década de 1990 aprovou a Lei nº 8.072/90, sobre crimes hediondos, e a Lei nº 8.038/90. Eros Grau afirma que “a produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas.”⁸¹

Além disso, rechaçou a afirmação de que ao se proibir a execução provisória da pena os tribunais superiores seriam inundados com recursos de natureza extraordinária. Não porque de fato não o seriam, mas porque não se pode afastar uma garantia constitucional com fundamento na conveniência dos magistrados,

⁷⁹ Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento do HC 84.078/MG.

⁸⁰ Citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, cit., pág. 283.

⁸¹ Ministro Eros Grau no voto proferido no julgamento do HC 84.078/MG.

incitando-se à jurisprudência defensiva.

Acompanhando a decisão do ministro relator Eros Grau, o ministro Carlos Britto inicia seu voto ressaltando que a liberdade de locomoção é a prima-dona dos direitos individuais, tanto que o habeas corpus precedeu a todos os outros remédios constitucionais e ações de urgência: mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular. Verifica-se que o princípio da não culpabilidade já é relativizado pela própria Constituição quando, em seu art. 5º, inc. VXI, traz as hipóteses de prisão: “flagrante delito, ordem escrita e fundamentada e transgressão militar”.⁸² Menciona, ainda, a irreparabilidade do dano decorrente da prisão corporal, a qual tem dimensão quádrupla: abalo psíquico do preso, desonra familiar, desqualificação profissional e desprestígio social.

Por sua quadra, o ministro Celso de Mello discorre sobre a diferença entre a prisão cautelar e a prisão penal, sendo que a prisão no seu modo cautelar, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, não objetiva infligir uma punição à pessoa que sofre a sua decretação, funcionando apenas como instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida para que se tenha as maiores clarezas no processo penal. De outro lado, a prisão penal, como pena antecipada, é, a seu ver, proibida pela Constituição Federal. Uma vez que seu fundamento está na certeza de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória.

O ministro ainda cita que: “A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal”.⁸³ A lógica que sustenta essa culpa gradativa desconsidera a importância da cognição do tribunal, quem crê que a análise do juízo pela condenação prevalecerá é, “portanto, enquanto se aguarda um desfecho já esperado, mantém-se a pessoa presa provisoriamente”.⁸⁴ O argumento de que a presunção de inocência vai diminuindo gradativamente na medida em que se avança um grau de jurisdição não pode, portanto, ser aceito, pois inverte a lógica da presunção de inocência, e passa a trabalhar com a presunção de culpa, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988.

Já o ministro Cezar Peluso observa que qualquer medida gravosa antes do trânsito em julgado, cuja justificação seja exclusivamente um juízo de culpabilidade,

⁸² Constituição Federal do Brasil de 1988.

⁸³ Ministro Celso de Mello em analisar o voto do HC84078.

⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Op cit, p. 455.

é inconstitucional, pois viola o princípio da presunção de inocência.

O ministro Peluzo ainda diz:

O que é, afinal, esse princípio? É apenas um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade da pessoa humana, que é a do réu no processo penal. Noutras palavras: que a pessoa humana, que seja réu no processo penal, não perde sua dignidade por sê-lo. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo.⁸⁵

Além disso, o ministro relembra a irreversibilidade da medida de prisão e o sentimento de injustiça que traz a todos quando alguém privado de liberdade é ao final considerado inocente.⁸⁶

A execução antecipada da pena, ao ver do ministro Gilmar Mendes, afronta os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. O ministro cita em seu voto que: “Apesar dessa efetividade, o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São quatrocentos e quarenta mil presos (dados de 2008), dos quais cento e oitenta e nove mil presos provisórios.”⁸⁷ Ofende a presunção de inocência, na medida em que “o fato de que o imputado tenha que ser considerado não culpado, obriga a não o castigar por meio da prisão preventiva”.⁸⁸ Haveria também ofensa à própria concepção de dignidade humana, pois este não permite que o ser humano se torne objeto da ação estatal. “O ser humano não pode converter-se em simples objeto da luta contra o crime com a violação de seus direitos ao respeito e a proteção de seus valores sociais”.⁸⁹ Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo.

Para o ministro Marco Aurélio o principal argumento levantado é a

⁸⁵ Voto do ministro Cezar Peluzo Mendes no julgamento do HC 84.078/MG, p.5.

⁸⁶ Esse sentimento de injustiça que uma prisão injusta causa na sociedade é bem exemplificado pelo sucesso do recente documentário “Making a murder”, que retrata a história de um réu preso por 18 anos pela prática de um crime de estupro que não cometeu. Em menos de um mês do lançamento do documentário, mais de 300 mil norte-americanos assinaram petição para pedir que o governo perdoasse o réu. Cf. Journal Independent Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-em-serie-um-documentario-que-mais-parece-ficcao-11012016 . Acesso em 29/05/2019.

⁸⁷ Ministro Gilmar Mendes em seu voto no HC 84078MG. p.2.

⁸⁸ Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 84.078/MG. p. 8.

⁸⁹ Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 84.078/MG. p. 10.

irreversibilidade da medida de prisão. Enquanto no campo patrimonial, a execução provisória é possível por permitir o retorno ao status quo ante, em caso de provimento do recurso especial ou extraordinário interposto pelo executado, no campo da liberdade de ir e vir, é impossível devolver a liberdade perdida, também diz que:

Desde a primeira hora, sustentei, na Turma, esse ponto de vista segundo o qual não cabe confundir princípios, institutos, expressões e vocábulos a ponto de ter-se o embaralhamento, na discussão, da eficácia do recurso com a execução - imprópria no campo penal - de sentença ou decisão/gênero ainda passível de reforma mediante recurso, contrariando-se, a mais não poder, para mim, o princípio da não-culpabilidade.⁹⁰

Admitindo-se a execução provisória da pena, estaria dando maior proteção ao patrimônio que à liberdade. Isso porque, no campo patrimonial, o art. 520, inc. IV do Código de Processo Civil, exige, no cumprimento provisório de sentença, que o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado. Na execução provisória da pena privativa de liberdade, não há exigência de qualquer garantia. A execução provisória da pena, nesse sentido, seria o exaurimento completo do processo penal, o qual, em verdade, deixa de ter qualquer sentido, quando antes de seu fim, o imputado já cumpriu sua futura e eventual pena. Tendo o verbete nº 267 do Superior Tribunal de Justiça como conflitante com a Constituição Federal. O ministro cita no voto que: “não se trata de discutir essa possibilidade. 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 dúvidas, a execução da pena.”⁹¹

⁹⁰ Voto do Ministro Marco Aurelio ao julgar o HC84078MG em 06/02/2009.

⁹¹ Voto do Ministro Marco Aurelio ao julgar o HC84078MG em 06/02/2009.p.2.

03. HABEAS CORPUS 126292/SP

No dia 17 de fevereiro do ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal ao analisar o HC126292/SP retomou o entendimento onde se é possível a execução provisória de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com a relatoria do ministro Teori Zavascki os votos foram levados e em um total de 7 votos a favor que a pena privativa de liberdade poderia ser iniciada após a decisão de segunda instancia e o réu dar início no cumprimento de pena e 4 voltaram contra a execução provisória. Foram levados temas como a mutação constitucional e revogação de leis que trouxeram autorizou a execução provisória da pena, isso contando com sumulas que o Supremo Tribunal Federal adere.

3.1. Breve síntese do caso

No caso concreto, Tratava-se de habeas corpus impetrado por Maria Claudia de Seixas em favor de Marcio Rodrigues Dantas consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP)⁹², com direito de recorrer em liberdade, inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, conforme consta o voto do ministro Teori Zavascki.⁹³

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de

⁹² Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018) II - se há o concurso de duas ou mais pessoas.

⁹³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20/05/2019.

acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.⁹⁴

Trata-se de habeas corpus impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”.⁹⁵ Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença condenatória.⁹⁶

3.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Para iniciar, o ministro relator Teori Zavascki começa dizendo que em diversas oportunidades antes e depois dos precedentes as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.⁹⁷ Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716⁹⁸ e 717⁹⁹,

⁹⁴ STF, HABEAS CORPUS 126.292, SÃO PAULO.17.02.2016.

⁹⁵ Decisão do julgamento sobre o HC126292/SP.2016.

⁹⁶ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20/05/2019.

⁹⁷ Voto do ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126292/MG.p.3.

⁹⁸ Súmula nº 716: 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

aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias.

Para reforçar seu entendimento, o ministro cita a ministra Ellen Gracie:

O domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. 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 país¹⁰⁰

O ministro relator Zavascki ainda faz o seguinte comentário:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação – , a presunção de inocência. 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 culpa¹⁰¹

O mesmo conclui seu entendimento dizendo:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. 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

condenatória.

⁹⁹ Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

¹⁰⁰ HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010.

¹⁰¹ Voto do ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126292/MG,p.6.

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 8.038/1990.¹⁰²

O ministro ainda lembra no voto da ministra Ellen Gracie, quando ela trata sobre jurisprudência do princípio da não culpabilidade em outros países, “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, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Espanha, Argentina e Portugal”.¹⁰³

Dos países mencionados, observa-se que apenas a Constituição de Portugal traz a presunção de inocência atrelada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Países como Estados Unidos, Argentina e Alemanha¹⁰⁴ sequer mencionam explicitamente em seus textos constitucionais a presunção de inocência, embora estejam presentes como princípios implícitos e decorram do Pacto de São José da Costa Rica¹⁰⁵ ou da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Ou seja, no entendimento do ministro, como o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo dos fatos e sim da análise da matéria, como existem sumulas tratando do assunto e outros países no mundo que possui o princípio da não culpabilidade adotados dando início de cumprimento de sentença a partir da análise dos fatos, o Brasil também poderia se incluir nesse meio. O ministro ainda lembra de palavras do ministro Joaquim Barbosa ao falar sobre o HC84078/MG:

Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes,

¹⁰² Voto do ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126292/MG.p.6.7.

¹⁰³ Voto do ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126292/MG.

¹⁰⁴ Gilmar Mendes, no voto proferido no julgamento do HC 126.292/SP, explica que na Alemanha há norma expressa no Código de Processo Penal (Strafprozeßordnung) dispondo que as “sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado”. Com o fim de compatibilizar a presunção de inocência com a prisão antes do trânsito em julgado, a jurisprudência alemã tem exigido a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva. Posicionamento compatível com o que sempre entendeu a jurisprudência e doutrina majoritária.

¹⁰⁵ Estados Unidos da América assinou o tratado, mas não o ratificou.

que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos.¹⁰⁶

O ministro ainda trata como importante, quando o assunto é a prescrição da pena, pois no caso onde houve o deferimento do HC84078/MG, o paciente não cumpriu um dia da sua pena, ele traz as seguintes palavras:

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal¹⁰⁷

É sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Contudo, como bem observa Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

Nos modelos como o brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao julgarem, respectivamente, o recurso extraordinário e o especial, não se limitam a resolver em abstrato a questão de direito constitucional ou federal posta em discussão, mas além disso, e a partir da premissa adotada “aplicam o direito aos fatos” (CPC, art. 1.034, caput), julgando a causa ao dar ou negar provimento ao recurso, não seria exagero ver nesse modelo, ainda que em recursos nos quais não se discuta a questão fática, um predomínio da função de proteção do direitos subjetivo do recorrente e, somente em caráter secundário, a tutela da constituição ou da lei federal, enquanto direito objetivo. Seriam, pois, recursos mais voltados à tutela do ius litigatoris do que do ius constitutionis.¹⁰⁸

O Ministro Luís Roberto Barroso organiza seu voto e lembra dos paradigmas

¹⁰⁶ Voto do ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC 84.078/MG.

¹⁰⁷ Voto do ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126292/MG.p.10.

¹⁰⁸ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21778/notas-sobre-o-supremo-tribunal-federal-e-a-funcao-de-interpretar-a-constituicao-federal-brasileira/2>>. Acesso em: 22/05/2019.

do princípio da mutação constitucional, a mutação constitucional decorre de uma mudança na realidade fática ou de um novo entendimento do Direito, do que seja ético e justo. A alteração na realidade fática que afirma ter ocorrido para justificar a modificação da interpretação constitucional foi “o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”: incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios, seletividade do sistema penal que favorece os abastados¹⁰⁹, prescrição da pretensão punitiva. Aplicando-se, então, a teoria à realidade houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

No ponto de vista do ministro houve três pontos que marcaram a mudança do entendimento, sendo que:

Reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.¹¹⁰ Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, tornase mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.¹¹¹

O ministro Barroso ainda tem o entendimento que:

O novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o

¹⁰⁹ Ao autorizar-se a execução provisória da pena, corre-se um grande risco de afetar principalmente os mais pobres. Dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo revelaram que, nos meses de fevereiro, março e abril de 2015, cerca de 64% das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo com recursos da Defensoria Pública de São Paulo são revertidas nos Tribunais Superiores. Conforme dados disponibilizados pela página oficial da DPE-SP na rede social do Facebook, em 18 de fevereiro de 2016.

¹¹⁰ Transcrevo aqui observação feita durante o voto oral no julgamento: “E aqui eu gostaria de dizer uma coisa que considero muito importante. Eu fui advogado mais de 30 anos. Eu não era advogado criminal, mas sempre tive admiração pela advocacia criminal. E me lembro como se fosse hoje de um comentário feito por um dos maiores advogados criminalistas do país, que era meu amigo e colega na UERJ, o Professor Evaristo de Moraes. Ele me disse: ‘As pessoas têm imenso preconceito contra os advogados criminais. Elas acham que nunca vão precisar da gente. Mas, no dia em que precisam – porque todo mundo está sujeito a um infortúnio e a um dia precisar – elas nos procuram humildes e devastadas. Aí seria a hora de lembrar a elas o preconceito que tinham contra nós.

¹¹¹ Voto do ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 126292/MG,p.7.8.

descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.¹¹²

E concluiu o entendimento:

Funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%.¹¹³ Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.¹¹⁴

Ou seja, com a mutação constitucional no ano de 2009, após o julgamento do HC84078/MG fazendo que com se houvesse cumprimento de pena privativa de liberdade após o trânsito em julgado em sentença penal condenatória trouxe consequências ao ponto de vista do ministro, nesse contexto, invoca-se a lição de Konrad Hesse, como interpretação, ele se pronuncia em sentido contrário, até acolhe a parêmia de que onde não existe dúvida não se interpreta,¹¹⁵ depois disso, ele diz que a interpretação está vinculada a algo estabelecido: “a constituição escrita. Portanto, o texto expresso, que é o limite insuperável da interpretação constitucional, que exclui um rompimento constitucional, o desvio do texto em cada

¹¹² Voto do ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC 126292/MG.p.8.

¹¹³ Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

¹¹⁴ Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

¹¹⁵ Silva, Jose Afonso Da, Professor de Direito da USP, parecer sobre HC152752, enviado ao STF, 02.04.2018.

caso particular e uma modificação constitucional por interpretação".¹¹⁶

A doutrina contemporânea das mutações constitucionais aceita-as as limitações indispensáveis para sua conformação com a ordem constitucional.¹¹⁷

Conclui o trabalho citado com Hesse:

Se as modificações da realidade social só devem considerar-se relevantes para o conteúdo da norma enquanto forma parte do âmbito normativo, se o "programa normativo" resulta a esse respeito determinante e se para este último resultado fundamental o texto da norma, então o conteúdo da norma constitucional só poderá ser modificado no interior do marco traçado pelo texto. Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com os efeitos da norma, terminam a possibilidade de interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional.¹¹⁸

Seguindo em seu voto, o ministro diz aplicar a técnica de ponderação, chegando à conclusão de que a prisão pena antes de transitada a decisão condenatória não atinge o núcleo essencial do princípio fundamental. Dentre os fundamentos pragmáticos apresentados, merece destaque a suposta redução no grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro que sobrevirá com a possibilidade de execução antecipada da pena. Afirma Barroso que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo condenadas, não cumprem a pena ou a procrastinam por mais de 20 anos, pois possuem condições para manter advogado que interponha um recurso atrás do outro e, assim, evite o trânsito em julgado. Deve-se observar, que, ao se adotar como regra a prisão após a decisão em segundo grau de jurisdição, os maiores prejudicados serão aqueles que não possuem condições financeiras para pagar um advogado, que, como bem anotou o ministro, são os que superlotam as prisões brasileiras. O ministro ainda traz dados que 41% dos presos no Brasil são provisórios, ou seja, estão aguardando um pronunciamento final do Judiciário encarcerados. A eles, um processo com duração razoável é providencial. Mais ainda quando se verifica que, em 37,2% dos casos em que há aplicação de prisão provisória, os réus não são condenados à prisão ao final do processo ou

¹¹⁶ Cf. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabre, 1995, p 69, trad Luis Afonso Heck.

¹¹⁷ Cf. Jose Afonso da Silva, Poder Constituinte e poder popular, São Paulo, Malheiros, 2009,p.297.

¹¹⁸ Cf. Konrad Hesse, em estudos de Derecho Constitucional, cit, pp. 101 e 102. E Jose Afonso da Silva, ob.cit.,p.298.

recebem penas menores que seu período de encarceramento inicial.¹¹⁹

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró afirmam que:

Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade de o Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados.¹²⁰

O Ministro Edson Fachin ao proferir seu voto, exaltou o entendimento do eminente relator louvando sua disposição frente ao caso e combatendo com propriedade e minudência, características essas, que lhes são peculiares. Ao proferir seu voto, o ministro argumentou que as regras da Lei de Execução Penal foram revogadas com o advento da Lei nº 8.038/90 deixaram de ser um argumento capaz de impedir a execução da pena depois de esgotada às instâncias ordinárias:

No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).¹²¹

O ministro ainda diz que:

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.¹²²

O Ministro finalizou seu voto enfatizando que a medidas cautelares para conferir efeitos suspensivos a recursos especiais e extraordinários, bem como

¹¹⁹ Pesquisa feita pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) em parceria com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada).

¹²⁰ Disponível em: <https://www.academia.edu/25564572/Parecer_Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%A2ncia_Do_conceito_de_tr%C3%A2nsito_em_julgado_da_senten%C3%A7a_penal_condenat%C3%B3ria>. Acesso em 23/05/2019.

¹²¹ Voto do ministro Edon Fachin no julgamento do HC 126292/MG.p.5.

¹²² Voto do ministro Edon Fachin no julgamento do HC 126292/MG.p.5.6.

os habeas corpus que são concedidos de ofício pela a Suprema Corte, todos são instrumentos eficazes para sanar situações semelhantes.

O ministro Luiz Fux acompanha a tese do ministro relator Teori Zavascki na flexibilização do artigo 5º LVII da Constituição Federal e ainda diz que:

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena.¹²³

E conclui seu voto dizendo que:

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.¹²⁴

Já a Ministra Carmem Lucia se manteve na mesma linha de votos que fora proferido por ela antes, votando contrário a ao pedido da liminar em questão e acompanhou o voto do Ministro-Relator. A ministra traz o seguinte entendimento:

Considerarei que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na

¹²³ Voto do ministro Edon Fachin no julgamento do HC 126292/MG,p.2.

¹²⁴ Voto do ministro Edon Fachin no julgamento do HC 126292/MG,p.3.

esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal.¹²⁵

A novidade para o julgamento foi também a mudança de entendimento do ministro Gilmar Mendes, pois, ao julgar o HC84078/MG ele considerava inconstitucional a execução provisória da pena antes de transitar em julgado de sentença penal condenatória, agora, em 2016, o ministro adotou os passos que a execução preventiva da pena pode se iniciar a partir de decisão de segundo grau e não fere a Constituição Federal.¹²⁶

Para fundamentar sua decisão, trouxe casos específicos que revelam como a demora no cumprimento da pena compromete a efetividade da justiça. Além disso, afirmou que o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal não precisa o que é ser considerado culpado, de modo que não obstaría que o legislador infraconstitucional tratasse de forma progressivamente mais gravosa o imputado. A presunção de não-culpabilidade poderia ser conhecida de acordo com o estágio do processo, desde que não atingisse o seu núcleo fundamental.

O ministro ainda lembrou Cezar Peluso em sua tese quando se tratava do julgamento do HC84078/MG:

À época, lembro-me de que o relator do processo era o ministro Eros Grau, mas se destacou, com muita ênfase, o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso, que ressaltava a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presentes os requisitos de prisão preventiva.¹²⁷

¹²⁵ Voto da ministra Cármen Lucia no julgamento do HC 126292/MG.

¹²⁶ Ministro do STF ao dar seu voto no HC126292/SP em fevereiro de 2016.

¹²⁷ Voto do ministro Gilmar Mendes ao se pronunciar sobre o HC126292/SP de 2016.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o HC 84.078/MG, no ano de 2009 os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entenderam que a execução provisória da pena era inconstitucional. Conforme o texto constitucional em seu artigo 5º, LVII, somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderia se iniciar o cumprimento de pena. O voto do ministro relator Eros Grau se fundamentou em dois argumentos: o artigo 164 da Lei nº 7.210/84 que teria superado o art. 637 do Código de Processo Penal e aplicação isonômica em face do entendimento da Corte em aplicar a pena restritiva de direitos apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo assim, inconstitucional a execução provisória da pena restritiva de direitos

No julgamento do HC 126.292/SP no ano de 2016, contudo, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento, adotou ao entendimento que não violaria a presunção da inocência a execução provisória da pena após decisão de segundo grau, mesmo que não houvesse dado o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderia dar início ao cumprimento provisório da pena e a restrição da liberdade não alcançaria os limites da presunção de inocência. Com os argumentos trazidos, pode se dar cumprimento da pena privativa de liberdade pelo fenômeno da mutação constitucional, onde uma norma teria uma nova interpretação e o poder judiciário dá o poder de novos alcances a essa norma, outro argumento trazido foi que o princípio da presunção da inocência e a efetividade do processo estava em conflito, pois muitas pessoas tinham sua pena prescrita pelo prazo da demora dos julgamentos dos recursos impetrados e também argumentos se tratando de que no recurso extraordinário só é feita a análise da matéria processual e não das provas, que são esgotadas a análise da culpabilidade no julgamento em segundo grau de jurisdição.

Nos termos da novel decisão do STF, a excessiva demora da execução da pena através da exigência de aguardar o julgamento do recurso extraordinário trouxe o alargamento de recursos protelatórios, porém, somente como não são todos que tem condições para os pagamentos dos recursos especiais, uma classe não cumpria a pena porque fazia diversos recursos e outra que não tem condições para a impetração de recursos cumpria a pena, com isso o sistema jurídico teria gerado uma seletividade social e justiça precisava mostrar a sua eficiência e punir

aqueles que é devido, se não ela seria desvalorizada no meio social.

Com isso, concluo que a ineficiência do estado em meio a sociedade com os andamentos processuais que não são feitos com uma certa agilidade para o cumprimento do dever legal, que é a norma, não pode violar algo que está escrito no texto constitucional para uma possível solução do problema, pois em seu artigo 5º, LVII garante o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para haver culpabilidade e na regra do código de processo penal no artigo 283 onde estabelece as situações onde pode haver pena privativa de liberdade que também inclui o trânsito em julgado em sentença penal condenatória. Sendo, o entendimento do presente trabalho no sentido que o Supremo Tribunal Federal julgou no HC 126292/SP em 17 de fevereiro de 2016, não manifestou a melhor expressão do Direito, apreciando contrariamente à sua missão que é a guarda e não a violação da constituição.

REFERENCIAS

ART. **Cod Processo Penal. Decreto por Lei.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10655791/artigo-283-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>> Acesso em 02/03/2019

BAIGENT, Michael e LEIGH, Richard. **A inquisição, tradução de Marcos Santarrita**, RJ; 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRAGA, Leonora Priscila, JUS BRASIL, **A execução provisória de acórdão penal condenatório à pena privativa de liberdade;** Disponível em: <https://leonorapmb.jusbrasil.com.br/artigos/614642913/a-execucao-provisoria-de-acordao-penal-condenatorio-a-pena-privativa-de-liberdade?ref=topic_feed> Acesso em 05/03/2019

Brasileiro. ed. 3. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Convenção Americana dos Direitos Humanos, 1992, artigo 8º, inciso I.

Constituição Federal Brasileira, 1988, artigo 5º, inciso II.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

Constituição Federal Brasileira, **Artigo 5º inciso LVII.**
STF, HC 84078, **Relator Ministro Eros Grau, Plenarium**, Julgado em 05.02/2009.

Constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado.** AASP. N.º 42, abril de 1994.

Cf. Comentário ao inc. LVII do artigo 5º da Constituição”, em Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, **Comentários à Constituição do Brasil**, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1989,p.227.

Cf. SCHMIDT, Mario Furley. **Nova história crítica**, 1ª ed.,. São Paulo: Nova geração, 2005, p. 584.

CADH e Carta de Banjul, 1981, Nirobi.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume 1. Impetus. Niterói: 2012.

DUDH, **Declaração universal dos direitos humanos**. Assembleia Geral da Onu, 1948 art 11, I e II. 1948, Bogota

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha; **Princípio da presunção da inocência**; 2015; Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos,52030.html>> Acesso em 02/04/2019

FARIAS, Michelle Cristina; **Boletim Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3294/evolucao-historica-prisao-preventiva-prisao-flagrante-brasil>> Acesso em 05/04/2019

FERRARI, Rafael; **Ambito Jurídico**, 2019 Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829> Acesso em 15/05/2019

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONZAGA, João Bernardino; **A inquisição**, p. 29. In: MORAES, Mauricio Zanoide. Cf. Anibal Bruno, **Direito Penal**, vol. I, tomo 2º, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp23s.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEGAZ, Lucia Maria; **Hierarquia dos tratados nacionais de direitos humanos**; 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-em-face-dos-paragrafos-segundo-e-terceiro-do-arti,45898.html>> Acesso em 15/05/2019

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007

MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit.
TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p.18.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

Presidência da Republica; **Constituição da Republica Federativa de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03/04/2019

STF, HC 126292, **Relator Ministro Teori Zavascki, Plenarium**, Julgado em 17.02.2016.

SÚMULA 716 - 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.

SÚMULA 716 - Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

SILVA, Jose Afonso; **Jurista, Professor de Direito da USP**, parecer sobre HC152752, enviado ao STF, 02.04.2018.

SILVA, Walber Carlos; **O principio da presunção de inocência**; 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64135/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade>> Acesso em 20/05/2019

SILVA, Larissa; **Princípios constitucionais fundamentais**; 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67310/principios-constitucionais-fundamentais-e-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em 17/05/2019

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
