

WESLY OLIVEIRA SCHUTTE

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
TEÓFILO OTONI -MG
2017

WESLY OLIVEIRA SCHUTTE

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal
Orientador: Prof. Dr. Gylliard Matos Fantecelle

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

TEÓFILO OTONI -MG

2017

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

FOLHA DE APROVAÇÃO

A Monografia intitulada: **(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**, elaborada pelo aluno WESLY OLIVEIRA SCHUTTE, foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Teófilo Otoni, 26 de junho de 2017.

Prof(a). Orientador(a)

Prof(a). Examinador(a)

Prof(a). Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus que me concedeu saúde ao longo desses anos e oportunizou todo o meu aprendizado.

Aos meus pais, Élia e Guilherme, meus pilares, meus amores, sem os quais não conseguiria viver.

À minha amada esposa Dâmarys, com quem comungo essa vitória e que carrega em seu ventre meu Heitor, o filho sonhado.

Ao meu irmão Wallinson, meu eterno amigo.

Aos meus professores que dividiram um pouco de seus conhecimentos comigo.

Por fim, agradeço aos meus colegas e amigos que compartilharam comigo momentos de aprendizado.

Quando as penas tornarem-se menos severas e as prisões menos terríveis, quando compaixão e humanidade penetrarem os portões de ferro das masmorras e guiarem os obstinados e implacáveis ministros da justiça, as leis poderão, então, ser satisfeitas com menores provas para a ordem de prisão.

Cessare Beccaria

RESUMO

Importa a este trabalho, monografia jurídica, discutir sobre a (in) constitucionalidade da execução provisória da pena, ou seja, a prisão decorrente de acórdão penal condenatório, ainda que pendentes os recursos especial ou extraordinário, dada a relativização do princípio constitucional da presunção de inocência e ao clamor social por justiça. Para tanto, por meio de pesquisa literária, será analisado o referido princípio frente às normas jurídicas vigentes, bem como a análise jurisprudencial concernente ao tema. Verificar-se-á a razoabilidade da medida no processo penal.

Palavras chave: Execução provisória; não culpabilidade; presunção de inocência; recursos excepcionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. HISTÓRICO SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL.....	9
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS AO PROCESSO PENAL E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....	13
2.1 OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	13
2.2 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL	14
2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	15
2.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	16
2.4.1 Conceito e aplicabilidade	16
2.4.2 Presunção de Inocência X Execução Provisória da Pena.....	16
2.4.3 Ponderação entre o princípio da não culpabilidade e da efetividade da função jurisdicional penal.	18
2.5 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONCEITO E CONSIDERAÇÕES FRENTE À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA)	20
3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O DIREITO COMPARADO.....	21
3.1 GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	21
3.2 APLICABILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS	21
3.2.1 Requisitos de admissibilidade	21
3.2.2 Recurso especial.....	22
3.2.3 Recurso Extraordinário	23
3.2.4 Função dos recursos excepcionais.....	23
3.3 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E O DIREITO COMPARADO	24
4. NOVA MODALIDADE DE PRISÃO?	27
4.1 CONCEITO E ESPÉCIES	27
4.2 AS PRISÕES CAUTELARES.....	27

4.2.1 Prisão em flagrante	28
4.2.2 Prisão preventiva	28
4.2.3 Prisão temporária.....	211
4.3 PRISÃO PENAL.....	12
4.4 PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. NOVA ESPÉCIE DE PRISÃO?	13
5. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA E LEI DE EXECUÇÕES PENAIS	34
6. EXECUÇÃO PROVISÓRIA – DISSENSO NA CORTE	37
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena é tema recente, que apresentou uma aprofundada discussão no ano de 2016, quando se tornou possível após mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Diante da recente mudança, tornou-se imperioso nesta monografia jurídica, pesquisar objetivamente por meio de revisão literária, quanto a (in) constitucionalidade da execução provisória da pena; trata-se de tema que reflete áreas principalmente do direito processual penal.

Inicialmente, foi necessário apresentar um histórico detalhado quanto ao tema para compreendê-lo no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, ressaltou-se a importância dos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, bem como sua função, destacando-se principalmente o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Sob essa análise, apresentou-se argumentos contrapostos utilizados para refutar ou elevar a execução provisória.

Levantou-se também a questão se os recursos extraordinários deixam novamente de ter o efeito suspensivo, admitido antes do entendimento jurisprudencial do *Habeas Corpus* 1262929 / SP, no qual houve a discussão da medida aqui versada.

Ademais, no caso de prisão proveniente de acórdão não transitado em julgado, questiona-se o surgimento de uma nova modalidade de prisão, vez que não encontra previsão na Carta Magna, tampouco no Código de Processo Penal, todavia, para alguns, existe sim tal previsão, quando a conceituam esta prisão, com uma preventiva.

Em suma, o fito da pesquisa é verificar a compatibilidade da execução provisória da pena com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a Constituição.

1. HISTÓRICO SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL

Malgrado a execução provisória da pena ganhar enfoque com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento do *habeas corpus* 126.292, (efeito *inter partes*), e posteriormente no julgamento recurso extraordinário com agravo ARE 964246 (efeito *erga omnes*) no ano de 2016, tal instituto já se apresentou em outros momentos históricos, em épocas distintas, claro que com nuances e matizes diferentes. (BRASIL, 2016)

Quando o Código de Processo Penal foi promulgado em 1941, ele possuía em seu artigo 594 a seguinte redação: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. (BRASIL, 1941)

Por conseguinte, via de regra, para apelar de uma sentença condenatória, o réu deveria recolher-se a prisão.

Na mesma senda, Freitas (2016) dispõe que o

O Código de Processo Penal de 1941, no artigo 393, inciso I, dizia ser efeito da sentença condenatória recorrível, ser o réu preso. Portanto, exceto se fosse o crime afiançável, o juiz, ao condenar alguém, já mandava expedir mandado de prisão.

Depreende-se dos excertos, noutras palavras, que após sentença condenatória ocorria o cumprimento de pena, por crimes inafiançáveis, ainda que o réu apelasse da decisão. O decreto condenatório de juiz monocrático possuía natureza de título executivo capaz de encarcerar o acusado.

Conforme Souza (2000) *apud* Freitas (2016):

Tudo mudou em 22 de novembro de 1973, quando o presidente Médici sancionou a Lei 5.941, que permitia ao réu primário e de bons antecedentes apelar em liberdade. A referida lei foi editada porque o delegado paulista Sérgio Fleury, homem forte do regime militar, tinha tido sua prisão decretada por um juiz de Direito em sentença de pronúncia. Fleury ficou poucos dias

preso e, segundo Percival de Souza, a lei foi feita de encomenda para ele, tanto assim que passou a ser conhecida como “Lei Fleury

Com a evolução legislativa, após a promulgação da Constituição Republicana de 1988, não se recepcionou o artigo 393 do Código de Processo Penal, que assim previa:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:
I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. (BRASIL, 1941)

Com isso, houve certa flexibilização quanto à medida, entretanto, alterou-se apenas o momento da execução, que passou a ser aplicada após acórdão, ainda sendo possível ingressar com os recursos especial e/ou extraordinário. (FREITAS, 2016)

A execução provisória se impôs durante longo tempo após a Constituição, até que em 5 de fev. de 2009, o STF no HC 84.078-7/MG, sob a relatoria do Min. Eros Grau, decidiu-se que era necessário ocorrer o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para executar-se a pena, tese acolhida pela maioria do plenário do STF à época. Logo, se o acusado recorresse ao STJ e/ou ao STF, a sua liberdade era mantida. (FREITAS, 2016)

Na ocasião, firmou-se o entendimento que o princípio da presunção de inocência se mostrava incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. (BRASIL, 2016)

Além de sopesar a aplicabilidade do artigo 637, que não concedia efeito suspensivo ao recurso extraordinário, frente ao princípio da presunção de inocência, o notável Min. Eros Grau estabeleceu que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação, significava restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado, de elidir essa pretensão. (BRASIL, STF, 2009)

O marco divisório atual que firmou uma possível mudança de entendimento do STF referente a execução provisória da pena foi o HC 126292 / SP, que se trata de ação manejada contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o qual indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Resumidamente, consta nos autos desse processo:

que (a) 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), com direito de recorrer em liberdade; (b) 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; (c) 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... (BRASIL, 2015 apud BRASIL, 2016)

Nesse *habeas corpus*, o relator, Ministro Teori Zavaski, inclinou-se no sentido de permitir a execução provisória, pois que não ofenderia o princípio constitucional da presunção de inocência, ademais, justificava-se pela busca da efetividade da justiça.

Após o mencionado *HC* houveram outras decisões do STF referentes ao tema, uma delas foi o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 de autoria do Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

Para tais autores um dos impasses enfrentados face à decisão da antecipação da pena, tratava-se deste artigo 283, que em seu texto, traz claramente que a prisão somente se dará após o trânsito em julgado de sentença condenatória, em seguimentos ao que preleciona o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. (BRASIL, 1941)

Ademais, alegaram que o julgamento do *Habeas Corpus* 126292, em fev. de 2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vinha gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo que tal decisão não possuísse força vinculante à época, os tribunais de todo o país passaram a adotar o mesmo posicionamento, produzindo uma série de decisões que ignoravam o disposto no artigo 283 do CPP. (BRASIL, 2016)

Resumidamente, os autores pleitearam a declaração de constitucionalidade do mencionado artigo 283 para, em relação de causa e efeito, automaticamente se declarasse a inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o mencionado artigo não impediria o início da execução da pena após condenação em segunda instância, com efeito, indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. (BRASIL, 2017)

Logo em seguida, o STF julgou o ARE 964246, recurso extraordinário com agravo, julgamento ocorrido em plenário virtual, ao qual foi dado repercussão geral

(efeito *erga omnes*), e por corolário, vinculou a todos os demais tribunais a decidirem os casos de matéria similar, de igual forma. (BRASIL, 2016)

Ante o exposto, desde então, tem-se como regra o início do cumprimento da pena após julgamento de apelação penal, entretanto, ainda há resistência dentro da própria corte quanto ao precedente firmado em plenário virtual, com repercussão geral.

O Ministro Marco Aurélio adotou uma postura conservadora no julgamento do HC 138.337 /SP no ano de 2016, e repugnou a antecipação de pena, dispondo que as decisões do plenário não tiveram efeitos vinculantes, e assim dispões em seu parecer:

Ao tomar posse neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

Destaca-se que o Min. Marco Aurélio enfrentou a própria decisão do colegiado estabelecendo que segue verdadeiramente a Lei Maior, porquanto os princípios nela consagrados não devem ser interpretados de forma distinta da que dispõe o texto legal.

Por fim, para melhor compreensão a respeito da matéria é necessário fazer um breve estudo dos argumentos utilizados tanto nas doutrinas quanto nas jurisprudências para declarar como (in) constitucional a execução provisória da pena, a começar pelos princípios constitucionais do direito processual diretamente afetos ao tema.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS AO PROCESSO PENAL E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

2.1 OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Preleciona Piovesan (2012, p.84) que toda Constituição “há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais”. Nesse sentido, apregoa que a Constituição de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como uma importância essencial e que lhe dá uma feição ímpar.

Segundo Mendes e Branco (2015, ebook), o direito constitucional apresenta-se como um avanço, que é resultado da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Por conseguinte, os autores reiteram

o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

Infere-se que dignidade da pessoa humana é o alicerce da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais. (LENZA, 2015, ebook)

Por corolário, encontrando suporte na dignidade da pessoa humana estão os direitos e garantias individuais, subdivididos em cinco capítulos, do Título II, da Constituição Cidadã.

A distinção entre os direitos e garantias reside na existência legal dos interesses individuais reconhecidos nos primeiros e que as garantias vedam as ações

do poder público que atentem contra os direitos consagrados. (MORAES, 2004, p.47 *apud* FRANZ, 2007)

Vale ressaltar que como força vinculativa máxima, a Constituição faz com que os outros ramos do direito se curvem a sua vontade. O direito adjetivo penal é um deles.

Em suma, o direito processual penal também segue o que preleciona a Constituição Federal, principalmente os direitos nela consagrados.

2.2 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente é necessário estabelecer que dentre os princípios constitucionais, há que se destacar, que aqueles previstos no artigo 5º da Carta Magna (princípios fundamentais) constituem mandamentos nucleares de um sistema, pois servem de critérios para sua exata compreensão, justamente por isso, são normas munidas do mais alto grau de abstração, distinguindo-se assim, das demais regras jurídicas”. (MELLO *apud* FRANZ, 2007)

Nesse sentido, imbuídos nesse sistema processual, torna-se indispensável destacar a importância dos princípios fundamentais nesse ramo do direito, bem como em todos os outros.

A constituição de 88 elencou vários princípios processuais penais, todavia, no contexto de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais penais, não se pode olvidar dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, firmados pelo Brasil, que incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro. “Nessa ordem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê diversos direitos relacionados à tutela da liberdade pessoal (decreto 678/92, art. 7º), além de inúmeras garantias judiciais (decreto 678/92, art. 8º). (LIMA, 2016, ebook)

Malgrado a polêmica em torno do status normativo dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no Brasil, o Supremo tem entendido, desde o julgamento do RE 466.343, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem status de supralegalidade. Não é por menos, que o STF declarou ilícita a prisão de depositário infiel em seguimento à previsão daquela convenção. (LIMA, 2016, ebook)

Dessa forma os princípios fundamentais, tanto os previstos na Constituição como os previstos em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, servem não só para orientação da produção legislativa ordinária, mas também como critério de interpretação e integração do texto constitucional, sendo também norte para todos legislação infraconstitucional, pois que orientam o sistema jurídico na aplicação de normas, dando unidade e coerência no sistema normativo. (NUCCI, 2005 *apud* FRANZ, 2007)

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como dito algures, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da república federativa brasileira e o princípio matriz formador de outros princípios fundamentais. (LENZA, 2015)

Embora esse não seja um princípio específico do processo, ele é sim um norteador e donde se desdobra vários outros princípios, inclusive aqueles do processo.

Nesse sentido, Nucci (2016, ebook) aduz que

Nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos sustentados. Ademais, inexistiria razão de ser a tantos preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana.

Assevera esse autor que, há dois prismas que dividem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo.

Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência

Também Nucci (2016) preleciona ainda que o princípio da presunção de inocência é um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da

pessoa humana e refuta a condenação antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

2.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.4.1 Conceito e aplicabilidade

Nucci (2016, *ebook*) define o princípio da presunção da inocência da seguinte forma: “Conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado.”

Tal princípio está previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, e com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988)

Trata-se, pois, de um princípio constitucional explícito, previsto, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional sobre direitos Cíveis e Políticos e no Pacto de San José de Costa Rica. Tratados esses em que o Brasil é signatário. (FRANZ, 2007)

Barbagalo (2015, *ebook*) preleciona que a presunção de inocência é uma garantia concebida a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, que se evolui por meio do devido processo legal e que se abriga nos principais diplomas internacionais e em todas as constituições.

Ademais, esse autor preleciona que tal princípio aplica-se antes mesmo da formulação do processo criminal, ou seja, já no inquérito policial ou em outro procedimento investigatório prévio, e depois dele já formado.

2.4.2 Presunção de Inocência X Execução Provisória da Pena

A polêmica criada em torno da execução provisória da pena existiu principalmente por conta deste princípio/garantia que, como visto acima, estabelece

que o indivíduo somente poderá ser considerado culpado quando não houver mais recurso, quando transitar em julgado a sentença penal condenatória.

Há que salientar que, na definição deste princípio existente na Constituição, existe o termo transitado em julgado que, na visão de Barbagalo (2016, ebook) entende-se "o esgotamento dos recursos contra uma determinada decisão".

Nesse sentido, já que o réu somente pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença condenatória, de forma justa, ele não poderá sofrer os efeitos da sentença, qual seja, o encarceramento, antes de julgados todos os recursos, dessa maneira a execução provisória da pena seria contrária a Constituição.

A contrário senso, o Min. Teori Zavaski em seu parecer no julgamento do ARE 964246 RG / SP questiona a definição do termo em comento.

Aliás, no âmbito do processo penal, o próprio conceito de trânsito em julgado merece reflexão. A Constituição não trata da matéria, razão pela qual a jurisprudência do STF tem afirmado, reiteradamente, que coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional. Ora, o Código de Processo Penal não traz definição a respeito. A importação, para esse efeito, da legislação processual civil (... decisão de mérito não mais sujeita a recurso - CPC, art. 502), não pode ser acolhida em sua absoluta literalidade, até porque, no processo penal, a revisão criminal, que não tem prazo para proposição, está, literalmente, incluída no rol dos recursos (CPP, art. 621 e seguintes). Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. A expectativa do trânsito em julgado após o julgamento do recurso extraordinário no STF, por vezes, se aperfeiçoa em momento anterior ao do julgamento de recurso pendente. É o que ocorre, por exemplo, para efeito de cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal, que, segundo orientação do STF, os recursos especial e extraordinário somente obstarão a formação da coisa julgada quando admissíveis (v.g. HC 86.125/SP, Rel. Ellen Gracie). Na oportunidade, sem se aprofundar na discussão da controvérsia, o colegiado assentou que o recurso de natureza extraordinário inadmitido pelo tribunal de origem, em decisão confirmada pelo respectivo tribunal superior, equiparar-se-ia à situação de não interposição de recurso. Dentre os julgados que reafirmaram essa tese: ARE 791825 AgR-EDv-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-188 5/9/2016; HC 130.509/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15/10/2015; ARE 723.590 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13/11/2013; HC 113.559/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 5/2/2013; AI 788.612 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 16/11/2012 e ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13/11/2013, este último assim ementado:

II O entendimento desta Corte fixou-se no sentido de que recursos extraordinário e especial indeferidos na origem, por inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e STJ, não têm o condão de impedir a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término daquele prazo recursal. Precedentes. (BRASIL, 2016)

Percebe-se que o insigne Ministro relativizou o conceito de trânsito em julgado, antes apresentado, para minimizar uma possível afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência e por corolário, permitir a execução provisória da pena.

Ademais, dentro do preceito principiológico existe também o termo “culpável”, o qual suscita algumas discussões e que, sob a ótica do Min. Gilmar Mendes (2016), não há definição específica, o que deixa a intermédio do legislador tal definição em uma correlação com algum procedimento.

Mendes *apud* Zavascki em julgamento do STF (2016) afirma que:

a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável. Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Desse modo emérito Ministro interpretou que há então compatibilidade entre a presunção de inocência com a execução provisória da pena.

Ante ao exposto, percebe-se que esse princípio é o maior enfrentamento para aqueles que acreditam ser inconstitucional a execução provisória da pena, todavia, o STF o mitigou para possibilitar a medida.

2.4.3 Ponderação entre o princípio da não culpabilidade e da efetividade da função jurisdicional penal.

Interessante notar que, um dos motivos utilizados pelo STF (2016), Min. Teori Zavascki, para justificar a execução provisória da pena é a busca pela efetividade da função da jurisdição penal, conforme se pode depreender do excerto retirado daquele HC 126292.

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) 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.

Ocorre que, nesse parecer, o Min. Teori enfrenta questões relativas a sentenças equivocadas e estabelece que quando isso ocorrer, haverá sempre mecanismos para inibir possíveis danos ao condenado, tais como medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

A contrário senso, o Min. Ricardo Lewandowski lembra o que foi postulado pelo Min. Eros Grau na ocasião do HC 84078-7

que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência

Infere-se que o Min. Ricardo Lewandowski, presidente do STF em 2016, compartilha do mesmo pensamento que seu colega Min Eros Grau e repudia veementemente a prisão do réu em processo pelo simples fato de buscar efetividade a função jurisdicional, passando por cima do princípio da presunção de inocência para que isso ocorra.

2.5 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONCEITO E CONSIDERAÇÕES FRENTE À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA)

Lenza (2015, *ebook*) assevera que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, por conseguinte, “asseguram-se aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Nesse sentido, para Andre Kehdi, presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), a decisão do STF quanto a antecipação da pena é preocupante, pois ignora a questão carcerária no Brasil. Afirma que, ao contrário de outros países que estão reduzindo sua população carcerária, o Brasil marcha na contramão da história, determinando que a pena seja cumprida antes de o Estado definir os limites da punição, violando o devido processo legal. Para ele, o STF afrontou esse princípio constitucional do devido processo legal e se curvou a vontade popular. (VASCONSELHOS; LUCHETE; GRILLO, 2016)

A contrário senso, o Min. Teori Zavascki (STF, 2016) preleciona o que fere o princípio do devido processo legal é a interposição descabida de recursos com fins protelatórios, sempre colocando em cheque a decisão dos juízes e dos tribunais que, no Brasil, tornaram-se instancias de passagem, porquanto suas decisões quase sempre são questionadas presumindo-se, erroneamente serem equivocadas ou viciadas. Dessa forma a mudança de orientação

prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

Após esses breves apontamentos, verificaremos a seguir até onde vai o duplo grau de jurisdição e o efeito dos recursos extraordinários.

3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O DIREITO COMPARADO

3.1 GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Segundo Grego Filho (2012, *ebook*) a garantia do duplo grau de jurisdição não está prevista claramente no rol do artigo 5º da Carta Magna, mas decorre do sistema constitucional.

Segundo esse autor, o poder judiciário é composto por uma estrutura escalonada em graus de jurisdição, isso se comprova pelo texto constitucional em várias passagens que remontam a competência dos tribunais e utilizam-se da expressão “em grau de recurso”, daí a consequência de que as decisões não devem ser únicas.

Já Lima (2016, *ebook*), esclarece que tal princípio assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais, por meio do sistema recursal, pelos Tribunais.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º dispõe acerca do direito de recorrer de decisões judiciais. Lima (2016) leciona que o pacto é tratado, sob esse aspecto, com status de lei ordinária, pois que o direito ao recurso não pode ser enquadrado como expressão de direito fundamental, encontrando-se fragilizado dentro das várias exceções existentes no sistema de decisões irrecorríveis.

3.2 APLICABILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

3.2.1 Requisitos de admissibilidade

Diferente do que ocorre com os recursos ordinários, os recursos dirigidos aos tribunais superiores, fazem parte de uma esteira restrita, com uma série de requisitos especialíssimos para sua admissibilidade. (FRANZ, 2007)

Estão compreendidos em campo comum, de ambos os recursos, os seguintes requisitos de admissibilidade:

- a) prestamse somente ao reexame de matéria de direito;
- b) existência de uma questão de direito federal, não se admite que a decisão recorrida verse exclusivamente sobre direito estadual ou municipal;
- c) pré-questionamento;
- d) cabíveis somente nas hipóteses taxativas previstas na Carta Magna;
- e) causas decididas em última e única instância. (ADA *et al*, 2001 *apud* FRANZ, 2007)

Para Franz (2007), vale ressaltar que nesse último aspecto, há uma distinção entre esses recursos,

para o acesso ao STJ é indispensável que a decisão recorrida tenha sido proferida por um Tribunal, assim, não é possível recurso especial contra decisão prolatada pelos Juizados Especiais, ao passo que para a interposição do recurso extraordinário basta que já se tenham utilizado todos os meios recursais disponíveis.

Cada um deles será visto em separado a seguir.

3.2.2 Recurso especial

“O recurso especial foi criado pela Constituição de 1988, decorrente da criação do Superior Tribunal de Justiça, cabível em hipóteses que eram do recurso extraordinário, que ficou reservado para questões constitucionais”. (GRECO FILHO, 2012, *ebook*)

Assegura Greco Filho (2012), que este recurso está disciplinado pela Lei 8038, de 28 de maio de 1990, e que pertence a categoria dos recursos extraordinários, que somente podem se fundamentar em matéria de direito federal.

Assim como dispõe o texto constitucional (1988) em seu artigo 105, compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Um dos requisitos que importa saber é que somente será admitido o recurso especial se a matéria for expressamente examinada pelo tribunal, ou seja, se houver o conhecido prequestionamento. O prequestionamento refere-se a matéria atinente ao recurso, e ao fundamento de interposição. Desta forma, não é possível apresentas matéria ou fundamentos novos. (GRECO FILHO, 2012, *ebook*)

Ademais, assevera Greco Filho que tal recurso é admitido tanto para questões de mérito quanto para as questões processuais.

3.2.3 Recurso Extraordinário

Segundo Greco Filho (2012, *ebook*) o “recurso extraordinário ficou reservado para hipóteses de contrariedade à Constituição Federal e casos de negativa de vigência de tratado ou lei federal, por reconhecimento de sua inconstitucionalidade. ”

Assegura ainda, o insigne autor que o

art. 102, III, da Constituição não mais exige que a decisão recorrida, para fins de recurso extraordinário, tenha sido proferida por tribunal. Basta que tenha sido a única ou última instância, de modo que caberá o recurso no caso dos embargos infringentes da Lei n. 6.830, de 1980, bem como nas decisões irrecorríveis da Justiça do Trabalho, se presente um dos permissivos constitucionais, bem como da turma de juízes prevista no art. 82 da Lei n. 9.099/95. (GRECO FILHO, 2012)

Conforme se depreende do que fora apresentado, tanto o recurso especial, quanto o extraordinário, são aplicados a decisões de última ou única instância.

3.2.4 Função dos recursos excepcionais

Greco Filho (2012, *ebook*) assevera que dentro de um sistema processual existem dois tipos de instrumentos utilizados para reforma das decisões: recursos e as ações.

Nesse sentido, ele leciona que, “historicamente, a partir do direito romano, primeiro surgiram as ações, em virtude da inexistência de uma estrutura judiciária hierarquizada que tivesse a previsão de órgãos de primeiro e segundos graus”, ao passo que os recursos surgiram posteriormente do inconformismo contra decisões ilegais ou injustas, com efeito, a função dos recursos é a de impugnação, mormente das decisões ainda não transitadas em julgado

Conforme preleciona Ada, Gomes Filho e Fernandez (2001, p.270) *apud* Franz (2007) “a função das impugnações extraordinárias é, na verdade, a tutela do próprio direito federal, e somente de forma mediata, visa a proteger o direito do recorrente”.

3.3 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E O DIREITO COMPARADO

Quando surge para o estado a pretensão punitiva, diante do cometimento de um crime, a materialização desta pretensão é o surgimento do processo, que por sua vez, serve como instrumento para o Estado-Juiz exercer tal pretensão, que o faz inicialmente por meio da sentença penal. (NUCCI, 2016, *ebook*)

O mecanismo utilizado para contrapor, atacar, decisões do poder judiciário, são os recursos. Caso ocorra a sentença penal condenatória, de acordo como o CPP (1941) caberá apelação, conforme pode-se observar do excerto retirado do artigo 593 desse diploma legal:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular

Lembrando que Barbagalo (2015, *ebook*) assevera que:

O direito à interposição de recurso ou direito de recorrer fundamenta-se na necessidade de controle do ato estatal e na irresignação natural do ser humano, autorizando a revisão do julgado por um órgão judicial mais experimentado. Como consequência desse reexame, consagrou-se, mundialmente, a denominada garantia do duplo grau de jurisdição, que não é previsto expressamente na Constituição brasileira, mas trata-se, segundo a

melhor doutrina, de regra imanente da Lei Maior, que prevê pluralidade de instâncias e competências originárias e recursais.

Segundo Barbagalo (2015), o duplo grau de jurisdição “é garantia dada ao jurisdicionado”.

Deve-se observar que a dupla jurisdição se acaba nos recursos cabíveis no âmbito da revisão criminal, por uma única vez. Os recursos extraordinários não se enquadram nessa garantia, com efeito, são tidos como última instância, via de regra, os tribunais. (GRINOVER, 2005, p. 25 *apud* BARBAGALO, 2015, *ebook*)

Desse modo, tão logo seja julgada a apelação, o Tribunal competente proferirá um acórdão penal. Consideram-se os Tribunais últimas instâncias, desta feita, conforme estipula a Lei Maior (BRASIL, 1988), contra tais acórdãos, caberá recurso extraordinário e/ou especial. O recurso extraordinário encontra previsão na Carta Magna, em seu artigo 102, inciso III, e o recurso especial, no artigo 105, inciso III.

Um dos grandes argumentos utilizados pelos Ministros ao proferirem parecer favorável à execução provisória da pena é o de que em nenhum lugar do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, à espera de ratificação pela Suprema Corte por julgamento dos recursos extraordinários.

Infere-se que o Brasil também adotou essa teoria, vez que, os recursos extraordinário e especial, desde a origem, nunca foram acompanhados de efeito suspensivo durante seus processamentos. (BARBAGALO, 2015)

Ratifica Barbagalo que

tanto o Código de Processo Penal, no art. 637 (apenas em relação ao recurso extraordinário), quanto o Código de Processo Civil, no art. 542, § 2º como ainda a Lei n. 8.038/90, no art. 27, § 2º, vedam o efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Este entendimento foi consolidado na Súmula 267, do Superior Tribunal de Justiça: “A interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. (BARBAGALO, 2015)

Todavia, após o julgamento do HC 84078/MG, o STF conferiu efeito suspensivo para todo e qualquer recurso contra decisão penal condenatória de forma indistinta.

A mudança da jurisprudência, no ano de 2016, novamente desarmou de efeito suspensivo os recursos extraordinários.

A fim de justificar tal mudança, o Min. Teori Zavascki (STF, 2016) lançou mão também do direto comparado. A exemplo disso, esse ministro apresenta um estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que estabelecem que em países como a Inglaterra, tem-se como regra aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a não ser que a lei assegure a liberdade pela fiança. Já nos Estados Unidos, argumenta que se atribuem valor tão grande às decisões dos juízes de primeiro grau, por assim comparar, que sua sentença, ou veredicto, já basta para enclausurar o réu, não havendo o efeito suspensivo.

Barbagalo (2015, *ebook*) esclarece que na França, tal qual nos Estados Unidos, a prisão é tida como regra ao recorrente condenado e que na Argentina não há sequer recurso de cassação para penas inferiores a seis meses de prisão proferidas por juízes singulares, tampouco nas penas inferiores a três anos de prisão em decisão proferida por Tribunal.

Assevera Barbagalo que

A orientação de todos os diplomas dos organismos internacionais, presumindo a inocência até a comprovação da culpabilidade não até o esgotamento dos recursos parece-nos muito mais racional. Por essa razão, nos países que adotam orientação semelhante não há maiores celeumas para determinação da prisão ou execução da sentença condenatória antes do julgamento definitivo. (BARBAGALO, 2015)

Após análise do que ocorre em outros países, infere-se que no Brasil, empregava-se efeito suspensivo aos recursos extraordinários, até o ano de 2016, quando houve a mudança de jurisprudência.

Com a mudança de jurisprudência do STF, no qual tornou-se possível a execução provisória da pena, surge agora outro impasse, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva e/ou temporária sob qual fundamentação o condenado será preso? Será visto a seguir.

4. NOVA MODALIDADE DE PRISÃO?

4.1 CONCEITO E ESPÉCIES

De acordo com Nucci (2016) prisão

é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena.

Malgrado o renomado autor estabelecer um conceito abrangente, englobando todo e qualquer tipo de prisão, na segunda parte do excerto, quando delimita distinção entre as espécies de prisões para o conceito, logicamente faz deduzir uma divisão entre elas.

Com efeito, infere-se que há uma prisão provisória, a qual se justifica para garantia da instrução criminal, e uma prisão penal, que resulta de uma sentença condenatória com trânsito em julgado. (LIMA, 2016)

Ademais, Lima pontua outra espécie de prisão, a extrapenal, que se subdivide em civil e militar, mas que não importa saber nessa pesquisa.

Importa agora delimitar a diferença de algumas espécies e subespécies de prisões a fim de verificar se foi criada ou não uma nova prisão após a execução provisória da pena.

4.2 AS PRISÕES CAUTELARES

LIMA (2016, *ebook*) preleciona que as prisões cautelares se subdividem em prisão em flagrante, preventiva e temporária. As duas últimas são aquelas genuinamente cautelares (DOTTI; GOMES, 2016)

Ademais, antes da reforma de 2008 (Lei nº11.689/08 e Lei nº 11.719/08) ainda existiam espécies autônomas de prisão cautelar, decorrentes da pronúncia e de sentença condenatória recorrível, entretanto, foram extintas dada a mudança. (LIMA, 2016)

4.2.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é conceituada como “uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância”, que se configura como “aquela em que a infração está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo.” (LIMA, 2016, *ebook*)

A própria constituição permite essa modalidade de prisão no artigo 5º, inciso LXI, sem necessitar mandado de prisão pela autoridade judiciária, desta feita, é dotada de caráter administrativo, até mesmo porque é ilógico que qualquer pessoa – autoridade policial ou não – visse um crime acontecendo à sua frente e não pudesse deter o autor de imediato. (NUCCI, 2016, *ebook*)

Nucci (2016) ainda estabelece que esta prisão tem natureza jurídica de “medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. ” De tal forma, “exige-se apenas a aparência de tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para configuração do crime. ”

4.2.2 Prisão preventiva

Segundo Lima (2016):

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os

requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Tal autor ainda preleciona que, como toda e qualquer medida cautelar essa prisão está condicionada à presença concomitante de *fumus boni iuris*, denominado *fumus comissi delicti*, consubstanciado pela prova de materialidade de indícios suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*), garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal. Outrossim, passa a ser necessária a demonstração da impossibilidade de substituição da clausura por qualquer outra medida cautelar.

Igualmente, além desses pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, tal prisão poderá ser decretada quando cumulados aqueles requisitos juntamente com o cometimento de crimes listados no artigo 313 deste diploma. Isso de depreende do excerto a seguir:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto.

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.

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. (BRASIL, 1941)

4.2.3 Prisão temporária

Nucci (2016, *ebook*) estabelece que tal como a prisão preventiva, esta é uma modalidade de prisão cautelar, cuja a finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração infração penal de natureza grave. Tem sua previsão na Lei 7960/89.

A mencionada lei, em seu artigo 1º, estabelece situações que autorizam a decretação desta prisão, quais sejam:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso;
 - c) roubo;
 - d) extorsão;
 - e) extorsão mediante sequestro;
 - f) estupro;
 - g) atentado violento ao pudor;
 - h) rapto;
 - i) epidemia com resultado de morte;
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;
 - l) quadrilha ou bando, todos do Código Penal;
 - m) genocídio, em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas;
 - o) crimes contra o sistema financeiro
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (BRASIL, 1989)

Tais requisitos, na visão de Nucci (2016) devem ser combinados a fim de que alcancem um objetivo justo. Com efeito, os incisos I e III sempre serão necessários, na medida em que o primeiro demonstra a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), para o sucesso da investigação, e o terceiro demonstra o *fumus comissi delicti*. A combinação do inciso II com o inciso III por si só não deve autorizar a decretação da prisão.

4.3 PRISÃO PENAL

Alude Lima (2016) que a “prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam* é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impõe o cumprimento de pena privativa de liberdade”.

Assevera esse autor que tal espécie somente poderá ser aplicada após o devido processo legal no qual se respeitou todos os direitos garantias do réu, que além de satisfazer a pretensão punitiva estatal caracteriza-se pela definitividade.

4.4 PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. NOVA ESPÉCIE DE PRISÃO?

Como visto acima, dentre as espécies de prisão, existe a prisão-pena que advém de sentença condenatória transitada em julgado e a prisão cautelar ou processual que visa assegurar a formação ou manutenção do processo assim como prevê o artigo 283 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

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 (grifo nosso). (BRASIL, 1941)

Note que em ambas prisões, existem requisitos para efetuar-las (prisão em flagrante) ou decretá-las. Na primeira, exige-se o trânsito em julgado, na segunda requisitos previstos em legislação específica.

Quanto à matéria, não resta qualquer dúvida quando a execução provisória da pena se dá na incidência dos requisitos da prisão preventiva, que por si só justificam a prisão. A dúvida reside quando ausentes tais requisitos.

Caso o réu seja condenado por acórdão penal, entretanto, recorra dessa decisão e contra ele não pese qualquer ofensa à garantia da ordem pública ou econômica, ou seja, não há qualquer dos requisitos da prisão preventiva, a prisão por ele sofrida seria da modalidade penal ou processual? Onde encontrar amparo legal para determinar essa clausura?

Válido salientar que tal dispositivo substituiu o antigo artigo 283 que dispunha que a prisão poderia ocorrer ou ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora respeitadas as restrições relativas à invasão de domicílio.

Tal mudança se deu em 2011, com a Lei 12.403 que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, por conseguinte, após essa data só caberia a prisão conforme preleciona o atual dispositivo legal.

Sob esse argumento a execução provisória da pena foge à regra estabelecida no artigo quando ausentes os requisitos da prisão processual.

Nesse sentido o Partido Ecológico Nacional se posicionou na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 de 2016, na qual argumentou que a reformulação da jurisprudência que permitiu a execução provisória da pena

ocorreu sem que tivesse sido examinado a constitucionalidade do novo teor do artigo 283 do CPP, introduzido em 2011, que estabeleceu a necessidade de trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento da pena. O partido argumenta que a decisão é incompatível com a norma do CPP e, por este motivo, para fixar o parâmetro segundo o qual a condenação penal pode ser objeto de execução provisória, o STF teria que ter declarado sua inconstitucionalidade. (STF, 2016)

De igual forma a OAB, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 de 2016, alegou que,

como o STF não se pronunciou quanto ao disposto no artigo 283 do CPP, tal omissão leva à conclusão de que o dispositivo permanece válido e, portanto, deve ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais. Por isso, pede a concessão da medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de segunda instância, com base no HC 126292, ignoraram o disposto no artigo 283 do CPP. No mérito, o conselho solicita a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia erga omnes [para todos] e efeito vinculante. (STF, 2016)

No entanto, em 05 de out. de 2016, o plenário do STF “entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44”. (STF, 2016)

Há quem diga que se criou nova modalidade de prisão como pode-se notar a seguir.

Dotti e Gomes (2016) asseveram que com a retomada da execução provisória da pena, o STF relativizou o princípio da presunção de inocência e trouxe à baila outra subespécie de prisão processual. Trata-se de uma prisão provisória com cautelaridade específica, porquanto, em sua incidência não ocorre o trânsito em julgado, tampouco exige-se algum requisito das prisões processuais.

Noutro sentido, Barbagalo (2015) suscita a seguinte questão

Quando a defesa de um réu condenado, mas que aguarda em liberdade o encerramento da análise dos recursos em liberdade, passa a utilizar expediente processual nitidamente protelatório, claramente voltado para retardar o desfecho do processo e alcançar o implemento de prazo prescricional, aviando três, quatro, cinco ou mais recursos todos oriundos de uma mesma decisão, não haveria, em tese, uma concreta tentativa em se furta da aplicação da lei penal?

Seguindo essa linha de pensamento, há quem diga que, atitudes de cunho protelatório impossibilitariam a efetividade da jurisdição e enquadrar-se-iam em um

dos requisitos da prisão preventiva, qual seja, garantia da ordem pública, o que justificaria a prisão e, de tal modo, não criar-se-ia nenhum tipo novo de clausura, mas sim, a prisão preventiva. (BARBAGALO, 2015, *ebook*)

Em suma, como visto acima, há quem diga que com a antecipação da execução da pena criou-se nova subespécie de prisão processual, aquela com cautelaridade específica, fundamentada em decisão do STF quando a matéria e há aqueles que prelecionam que permanece sendo uma prisão preventiva, utilizada para garantia da ordem pública. Para os primeiros surge um óbice quanto a previsibilidade da medida no sistema jurídico brasileiro, importando assim em afronta ao próprio princípio da legalidade e da reserva legal. Quando aos últimos, continuam a utilizar a prisão preventiva como justificativa para a antecipação da pena.

5. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA E LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Como mencionado antes, alguns autores apresentaram divergência quanto alguns dispositivos do Código de Processo Penal, o que culminou nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, julgadas no ano de 2016. Todavia, não há impasse somente quanto aquele diploma legal.

Franz (2007) também suscita a incompatibilidade da execução provisória com a lei de execuções penais, principalmente no que diz respeito ao artigo 105 deste diploma.

Está disposto no mencionado artigo que: “ transitado em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. ” (BRASIL, 1984)

Em interpretação ao que consta no verbete legal, Franz (2007) assevera que é necessário que haja o trânsito em julgado da condenação para dar início à execução penal privativa de liberdade e nesse sentido, ao contrário do que prevê a lei, a atribuição de apenas efeito devolutivo aos recursos excepcionais violaria tal regra.

“Ademais, os preceitos estabelecidos na LEP (=Lei de Execuções Penais) se sobrepõem, material e temporalmente, ao disposto no artigo 637 do CPP, eis que adequados à ordem constitucional. ” (STF, 2007 *apud* FRANZ, 2007)

O artigo 2º de LEP, que assim dispõe

A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único – Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária. (BRASIL, 1984)

ao se referir a preso provisório, pareceu admitir a execução provisória, todavia, esse dispositivo diz respeito às prisões processuais revestidas de cautelaridade, com efeito, ainda assim, a execução provisória, caso não houvesse justificativa para prisão cautelar, estaria obstada por esses termos. (FRANZ, 2007)

Curiosamente, o artigo 147 da LEP, que diz respeito às penas restritivas de direito, trata da execução destas, somente após o trânsito em julgado de sentença, tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça esclareceu nesse julgado:

HABEAS CORPUS Nº 394.869 - SC (2017/0076328-0) RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA PACIENTE : DEIVID FERNANDES BERNARDO DECISÃO Nos termos do artigo 147 da Lei de Execução Penal, a execução da reprimenda restritiva de direitos é condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme entendimento consolidado no âmbito da Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. EXECUÇÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 147 DA LEP. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC 126.292/SP e nas ADCs 43 e 44, decidiu apenas acerca da pena privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito. 2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016). 3. Nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF: HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006; HC 88413, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006; HC 85289, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005; HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJe de 22/03/2013 e do STJ: AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016; HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013; EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012 e EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393. 4. Por fim, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei. Cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97. Súmula Vinculante 10 do Colendo STF. 5. Habeas Corpus concedido para assegurar ao paciente que aguarde o trânsito em julgado da sentença condenatória para ter início à execução da pena. (HC 386.872/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017). Ante o exposto, indefere-

se a pretensão ministerial. Publique-se. Intime-se. Brasília (DF), 17 de maio de 2017. MINISTRO JORGE MUSSI Relator (STJ, 2017)

Como dito alhures, vive-se em tempos estranhos, em que o direito à liberdade pode ser mitigado pela clausura, mas, a outros direitos que não parecem ter a mesma importância é conferida rigidez maior e só podem ser atacados após o trânsito em julgado de reprimenda penal.

6. EXECUÇÃO PROVISÓRIA – DISSENSO NA CORTE

Como era de se esperar, após a consolidação de entendimento referente e execução provisória, os tribunais mudaram entendimento aplicado aos condenados que aguardavam julgamento de recursos excepcionais.

Hodiernamente, tem-se como regra a execução provisória da pena e como já houve decisão de repercussão geral, todos os tribunais adotaram a medida, como se depreende de alguns julgados abaixo:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. RECURSO DA DEFESA. LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. TENTATIVA. ITER CRIMINIS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO ADEQUADA. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. 1. Inviável acolher a tese de legítima defesa quando o acervo probatório coligido aos autos demonstra que os disparos de arma de fogo contra a vítima não ocorreram para repelir injusta agressão atual e iminente de terceiros. 2. Impossível a análise desfavorável da conduta social, quando as alegações acerca do comportamento do agente no meio familiar e social em que vive não são corroboradas em juízo. 3. Percorrido parte considerável do iter criminis, deve-se proceder a diminuição da reprimenda pela fração de metade, por ser adequada e proporcional. 4. Mantém-se o regime inicial semiaberto, por ser a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos, réu primário e todas as circunstâncias judiciais favoráveis. 5. Compete ao Juízo de Origem proceder à análise do pedido da Procuradoria de Justiça quanto à execução provisória da pena. 6. Recursos conhecidos e desprovidos.

APELAÇÕES CRIMINAIS - COMÉRCIO ILEGAL DE ARMAS DE FOGO - ART. 17, DA LEI 10/826/03 RECURSO DEFENSIVO - PROVAS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS - NÃO CABIMENTO - APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA - IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM COMENTO - DECOTE DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA - INVIABILIDADE - DEVIDA COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DE IDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

POR RESTRITIVAS DE DIREITO - NÃO CABIMENTO - RECURSO MINISTERIAL - RECRUDESCIMENTO DA PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - NECESSIDADE - EXAURIMENTO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE - DECISÃO DO PLENO DO STF. Se a prova dos autos, em seu conjunto, aponta para a autoria e a materialidade do delito previsto no art. 17, da Lei 10.8026/06, impõe-se a manutenção da condenação. Inexistindo equívocos na análise das reprimendas feita pelo juízo de origem, não há como modificá-las nesta instância revisora. Inviável a incidência da atenuante de confissão espontânea se o acusado negou o cometimento dos fatos, tanto na fase policial, quanto em juízo. Configurada a agravante de reincidência se o acusado ostenta condenação com trânsito em julgado anterior sem que tenha sido ultrapassado o período depurador de 05 (cinco) anos. É possível a compensação entre a atenuante de idade e a agravante da reincidência, uma vez que tal atenuante possui caráter subjetivo e reflete a personalidade do agente, tendo, assim, a mesma preponderância da agravante da reincidência. Sendo o acusado reincidente com penas menores que 04 (quatro) anos de reclusão fazem jus ao regime semiaberto nos termos da Súmula nº 269 do STJ. Tratando-se de réu reincidente, deve ser mantido o regime semiaberto como inicial de cumprimento de pena. A reincidência específica obsta a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inexistindo equívocos na análise das circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena, não há que se falar em sua reanálise em sede recursal. Até que seja prolatada a sentença penal, deve-se presumir a inocência do réu. Entretanto, "tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado". (Relator, Ministro Teori Zavascki Ministro - HC 126.292. p.06/07. V.V. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO - VALORAÇÃO DA QUANTIDADE DE ARMAS E ARTEFATOS NA FIXAÇÃO DAS REPRIMENDAS BASILARES - POSSIBILIDADE. I - Nos crimes previstos na Lei nº 10.826/03, a quantidade de armas e munições pode ser sopesada na dosagem das penas-base, diante da maior gravidade da conduta e em respeito ao princípio da individualização das penas.

Surpreendentemente, em uma total guinada, ou mesmo, há quem diga uma afronta ao entendimento da Corte Suprema, um de seus ministros se rebelou e contrariando o entendimento firmado, repudiou à execução provisória da pena.

Na ocasião, 04 de mai. de 2017, em julgamento que concedeu medida cautelar no HC 142.869 / MT o Min. Marco Aurélio esclareceu que não se pode valorar o que ocorreu no HC 126292, em 17 de fev. de 2016, visto que, antecipar a pena é o mesmo que antecipar a culpa. Ele esclarece que a culpa surge após ocorrer a preclusão maior, qual seja, o trânsito em julgado, e nesse sentido é descabido inverter a ordem do processo para prender o réu.

Continua o insigne Min. Marco Aurélio alegando que o Pleno, quando apreciou aquela ação não avaliou a norma contida no artigo 283 do CPP e criticou o fato do Tribunal, em Plenário Virtual passar por cima de outros processos objetivos, e não declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP.

Arremata dizendo que a antecipação da pena pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno ao *status quo ante*, o que não aconteceria em relação à custódia, pois é impossível devolver liberdade a quem a perdeu.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo dessa pesquisa, a discussão acerca do tema, execução provisória da pena, voltou à tona no ano de 2016, com o julgamento pelo STF do *HC* 126.292.

Ao longo de todo esse ano surgiram debates e novas discussões que levaram à baila se era ou não constitucional a execução antecipada.

Viu-se que o cerne da temática é o princípio constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, que prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Todavia, de um lado, uns enfrentaram o princípio, de maneira a possibilitar a execução provisória, alegando que a medida que o condenado alcança novas instâncias, sua culpa é confirmada e o princípio perde força, sendo relativizado.

Doutra forma, há outros que preferem encontrar um caminho alternativo e ao revés de enfrentar o princípio, afastam a sua incidência, asseverando que ele só confere ao réu o título de inocente, mas nada impede dele sofrer a prisão em decorrência do processo, pois o princípio em nada fala sobre a prisão.

Por fim, há os ferrenhos defensores do texto constitucional que não permitem qualquer interpretação diferente do que está disposto na constituição, e, por conseguinte, refutam de qualquer maneira a execução provisória da pena.

Interessante notar que ao se permitir a antecipação da pena os recursos excepcionais, especial e extraordinário, voltam a ser dotados de efeito meramente devolutivo, por óbvio, após acórdão do Tribunal, ainda que o réu ingresse com as impugnações referidas, ele poderá ser preso.

Sob outra ótica, com a execução provisória da pena também surge um novo impasse relacionado a prisão, vez que o artigo 283 do Código de Processo Penal estabelece que 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, delimitando assim os tipos de prisões existentes.

Traçados esses limites, ao se autorizar a execução provisória da pena, surge uma nova modalidade de prisão, quando ausentes os requisitos da preventiva ou temporária, uma prisão processual com cautelaridade específica.

Além dos entraves encontrados na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, também se viu que a própria Lei de Execuções Penais apresenta óbices à execução antecipada, quando exige, nos artigos 105 e 147, o trânsito em julgado de sentença para promover a execução.

Por fim, parece louvável a decisão do Supremo Tribunal Federal em executar provisoriamente a pena para dar maior eficiência ao processo e celeridade à justiça, todavia, é um tanto descabida e até mesmo, torna-se imperioso dizer, que o texto constitucional não abre brecha para entendimento diferente do que consta em seu artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna. Percebe-se que todo arcabouço legal é desdobramento do texto constitucional e, nesse sentido, a execução só se pode iniciar após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Caso queiram modificar o entendimento, que emendem a constituição, do contrário, quando autorizam a execução prévia, estão a violar o texto supremo.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais*: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015. *Ebook*

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de out. de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Código de Processo Penal**, promulgado em 03 de out. de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017

_____. **Lei 7210**, promulgada em 11 de jul. de 1984. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em 02 de abr. de 2017

_____. **Lei 7960**, promulgada em 21 de dez. de 1989. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm> Acesso em 02 de abr. de 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. *Habeas Corpus* 84.078-7/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Acórdão 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 16 de out. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *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. *Habeas Corpus* 126.292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Acórdão 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 16 de out. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Julgamento cautelar das Ações Declaratórias 43 e 44. Autores: Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min Marco Aurélio. Liminar indeferida em 05 de out. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 12 de fev. de 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Recurso extraordinário com agravo 964.246. Min. Teori Zavascki.

Acórdão 10 de nov. de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=964246&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 12 de fev. de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC: 249271 BA 2012/0152324-8, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Julgamento: 09 de mar de 2013, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 23 de mar. de 2013

DOTTI, Rene Ariel; GOMES, Luiz Flávio. *Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu*. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-logo-apos-decisao-de-2o-grau-irretroatividade-da-mudanca-jurisprudencial-do-stf-desfavoravel-ao-reu/>> Acesso em 15 de out. de 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 18/05/2017, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/05/2017 . Pág.: 606/626)

FREITAS, Vladimir Passos de. *Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena*. 21 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>> Acesso em 15 de out. de 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Ebook.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4 ed . Salvador: JusPodivm, 2016. Ebook.

_____, Renato Brasileiro. *Processo Penal: Material Suplementar*. Salvador: JusPodivm, 2016. Disponível em: <http://juspodium.net/atualizacoes/caderno_cpp_comentado_1sem_renato.pdf> Acesso em 12 de out. de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. APR: 10074140040614001 MG, Relator: Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 09 de mai. de 2017, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19 de mai. de 2017

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

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 693 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso em processo-crime. RC 3-64.2015.6.21.0024. Recorrente: Rafael Marques Assumpção. Relator: DR. Jamil Andraus Hanna Bannura. Julgamento 02 de ago. 2017. Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/jurisprudencia/clipping/10_16/13.pdf> Acesso em: 12 de fev. de 2017.

VASCONCELLOS, Marcos de; LUCHETE, Felipe; GRILLO, Brenno. *Onda punitiva: Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena*. 17 de fev. de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>> Acesso em 15 de out. de 2016.

FRANZ, Kelly Cristina Victor. *A execução penal provisória: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988*. 2007. 37 p. Direito Constitucional e direito processual penal - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007.