

# A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Sandra Mara Alves

Prof. Orientador de Conteúdo: Paulo Sérgio Rizzo

Advogado, Consultor Jurídico, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV e Professor universitário. E-mail: ps\_rizzo@hotmail.com

Prof.<sup>a</sup> Orientadora de Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins  
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV e Professora universitária.

## RESUMO

O presente trabalho consiste em analisar as condições da execução provisória da pena em segunda instância sob o viés do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, o intuito desta decisão é saber: qual o tipo de réu suportará a execução provisória da pena em segunda instância? Para tanto, serão analisados posicionamentos doutrinários, súmulas, legislações e entendimentos sobre o assunto, no âmbito do Direito Constitucional, Penal, Processual Penal e Execução Penal. Desta sorte, concluiu-se que sua aplicação será para réus menos favorecidos socialmente, corroborando para a pecha de que, no Brasil, “só vai preso” quem é afrodescendente, pobre e favelado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade Humana; Presunção de Inocência; Pena; Execução Provisória.

## ABSTRACT

The present work consists of analyzing the conditions of the provisional execution of the sentence in second instance under the bias principle of the presumption of innocence. In this sense, the purpose of this decision is to know: which type of defendant will support the provisional execution of the sentence in second instance?

In order to do so, we will analyze doctrinal positions, precedents, legislations and understandings on the subject, in the scope of Constitutional Law, Criminal, Criminal Procedure and Criminal Execution. Accordingly, it was concluded that its application will be for less socially favored defendants, corroborating the claim that in Brazil, "only prisoners" are those who are Afrodescendant, poor and favelado.

**KEYWORDS:** Human Dignity; Presumption of Innocence; Feather; Provisional execution.

## INTRODUÇÃO

O presente contemplará a presunção de inocência na seara criminal, posto que se trate de tema relevante e atual na comunidade jurídica, sendo alvo de ampla discussão entre doutrinadores e posicionamentos diversos na jurisprudência dominante.

O tema escolhido para a produção do artigo envolve um assunto de bastante relevância jurídica: “A execução provisória da pena em segunda instância sob o viés do princípio da presunção de inocência”.

Tem-se a necessidade de uma ampla discussão, pois, ocorre que o art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, não faz distinção entre a natureza das decisões que transitam em julgado, exigindo apenas que a culpa somente seja formada com a integralidade da decisão da qual não caiba mais recurso.

Importante destacar que esse princípio de viés constitucional guarda relação, entre outros, com a dignidade da pessoa humana, elencada no artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988. Assim, tem-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O assunto apresenta uma incógnita acerca da falta de coerência da exigência legal entre os direitos fundamentais individuais e coletivos na Constituição Federal de 1988. Como mencionado, o princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal de 1988, que se traduz em uma presunção constitucional, tratada pelo Supremo Tribunal Federal como presunção de não culpabilidade ou garantia constitucional da não culpabilidade, proíbe qualquer forma de prejulgamento por parte do aparato estatal e da própria sociedade, bem como dos órgãos do Poder Judiciário.

Ademais, há de se averiguar o tipo de réu atingido, diante da população carcerária do nosso país. No desfecho, é pertinente lembrar que muitos desses presos são hipossuficientes, ou seja, não poderiam ser defendidos dignamente.

Bem assim, há de se perquirir até que ponto a execução da pena em segunda instância traria um maior benefício para a sociedade ou para o sistema processual e sua celeridade, de modo que o aparato público se movimenta com o fito de proporcionar ao preso condições de ter um tratamento juridicamente equânime, diante da estrutura prisional atual, fazendo com que o réu, já preso em segunda instância,

não tenha prejuízo, uma vez não se tratar de caso isolado o de pessoas presas cautelarmente cumprirem seu tempo de pena nessa modalidade, sendo descoberto o fato quando se faz um mutirão em presídios brasileiros.

Sendo assim, o tema desse artigo científico é: “A execução provisória da pena em segunda instância sob o viés do princípio da presunção de inocência”. Para atender à pesquisa, questiona-se: Para quem foi feita a execução provisória da pena em segunda instância?

Também conhecido como princípio do estado de inocência ou de não culpabilidade, é o direito de não ser considerado culpado, senão após sentença transitada em julgado, passado todo o devido processo legal e colhidas todas as provas da acusação e da defesa. É um princípio criado para que se evitem punições injustas.

De outra sorte, a doutrina majoritária coaduna com o entendimento de que se deva esgotar todos os meios e recursos cabíveis para, então, haver prisão, garantindo ao réu o cumprimento de sua pena, conforme trânsito em julgado de uma sentença condenatória irrecorrível.

O artigo revelará a (in) constitucionalidade e (i) legalidade da execução provisória da pena em segunda instância, em face do princípio da presunção de inocência, bem como sua finalidade e público alvo, considerando a atual população carcerária brasileira.

Além disso, o trabalho busca os critérios da proposta da execução provisória da pena em segunda instância sob o viés da presunção de inocência, empregando a prisão nesse momento e expõe o posicionamento doutrinário favorável e contrário à prisão com a condenação em segunda instância, sob o viés da presunção da inocência.

A pesquisadora interessou-se pelo tema, tendo em vista que, como estagiária no Ministério Público da Promotoria Criminal, possui contato com os processos para diversas análises e, por muitas vezes, chegam processos que expõem condenados em fim de cumprimento de pena e, avaliando a valoração da pena, esta acaba por ser extinta sem trânsito em julgado.

Em contato com o sistema de execuções penais, percebe-se que, em muitos casos, a população carcerária tem um tratamento diferenciado, pois, para os hipossuficientes, a celeridade não é regra. O Superior Tribunal Federal, embora tenha se manifestado a favor da prisão, após condenação em segunda instância, não deixa às claras sua eficácia.

Com o fito de se atingir os objetivos desse artigo científico, utilizar-se-á pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista que serão abordados conceitos doutrinários e jurisprudenciais para equacionar o problema apresentado na tentativa de criar uma solução para o conflito. Destarte, será realizada uma pesquisa os setores de conhecimento abrangidos pela presente pesquisa. Apresenta caráter transdisciplinar, com incidência de investigações contidas entre searas distintas da Ciência do Direito, tais como o Direito Penal, o Direito das Execuções Penais e o Direito Constitucional.

## **1 DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Alicerce da Constituição de 1988, o ser humano é alvo de proteção sumária contra as arbitrariedades e barbáries intentadas pelo Estado. Nesta senda, o indivíduo recebe proteção integral de seus direitos pelo Estado Democrático de Direito, precipuamente quando o assunto é a vida, a intimidade e a liberdade.

O preâmbulo constitucional, embora não seja revestido de força normativa, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, é um prefácio norteador do que seja a intenção da Carta Política de um país, como se afigure:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988)

Assim, confirma-se o desejo supremo em tutelar o exercício dos direitos sociais e individuais do homem, genericamente falando, contra qualquer força paralela que possa haver, tais como, a força econômica, política, dentre outras. Almeja-se, nesse ínterim, o bem-estar e a justiça como valores supremos de uma sociedade sem preconceitos e fundada na harmonia social.

Tomando por exemplo as grandes guerras, o nazismo, as diversas atrocidades cometidas contra o ser humano e a sociedade, propriamente dita, percebe-se o quão importante é a proteção aos princípios consolidados pelo constituinte ao elaborar a Constituição da República de 1988, motivo pelo qual não se pode olvidar sua intenção.

Portanto, é de fundamental importância a dilação dos princípios da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, ao passo que eles são corolários do desejo de mudança clamado, principalmente, pelos que sofreram na pele a razão de ser de tantos tratados internacionais sobre direitos humanos.

## 1.1 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É demasiado complicado comentar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista sua amplitude e resguardo diante dos tratados de direito internacional positivados e da Magna Carta de 1988. Trata-se, pois, de primado fundador e norteador de todos os demais princípios coexistentes.

A dignidade humana é tão importante e ampla, que se encontra em qualquer setor, área, ideia e outra a se imaginar. Pode-se tratar de sua importância sob a ótica da exegese constitucional, no Direito Constitucional Comparado, no exame de DNA, na proibição de ofensas e humilhações, nos diversos tipos de prisões, racismo, exploração, crenças, intangibilidade do corpo humano, dentre outras. Conforme preceitua o ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso:

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade

de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa. (BARROSO, 2010, p. 3)

Como ministro da Suprema Corte, Barroso encontra alicerce nas decisões emanadas por si mesmo e pelo STF, a fim de fundamentar casos que chegam até aquela corte. Nas palavras do doutrinador constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, a dignidade da pessoa humana:

Agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente do credo, raça, cor, origem ou *status* social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar, criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.) [...] a dignidade da pessoa humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. [...] seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas [...] variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos, desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem [...] (BULOS, 2009, p. 415)

Percebe-se, com o relato citado, o quão genérico, amplo e importante é o primado da dignidade da pessoa humana. O postulado da dignidade humana é tão acolhedor que está sendo vetor de decisões importantes, sopesando opiniões para ambos os lados. O julgado do STF, no HC 86000/PE, prevê que “denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana”. (STF, 2007)

O Professor Rogério Greco também leciona a favor da amplitude e dificuldade em se traduzir esse princípio, sendo que:

Embora de difícil tradução, podemos construir um conceito de dignidade da pessoa humana, entendendo-a como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que integra a própria condição humana. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude de sua própria natureza. Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel, é portador desse valor. (GRECO, 2015, p.12)

Por fim, pôde-se compreender a hierarquia do postulado da dignidade da pessoa humana, de sorte que pretende abarcar tudo o que rodeia a existência humana e o que mais seja necessário para sua manutenção de forma plena. Trata-se de origem da criação de todas as tutelas essenciais ao ser, dentre as quais a inviolabilidade à vida, liberdade, intimidade, privacidade e outras, as quais se confundem com a própria dignidade humana.

## 1.2 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Presunção de Inocência é um instituto previsto na Carta Magna brasileira de 1988, especificamente no art. 5º, introduzida com a finalidade de preservar a liberdade do indivíduo, seguindo os preceitos do Direito Internacional, no que tange à dignidade humana. A Constituição Federal apresenta o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos e garantias constitucionais de forma positivada como pode-se observar:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (EC nº 45/2004) [...]  
LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988)

Não é demasiado dizer que o princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não-culpabilidade, possui um caráter fundamental em épocas onde o poder midiático pretende, muitas das vezes, julgar antecipadamente o indivíduo e culpá-lo sem o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Tem-se que tal princípio possui um caráter histórico, onde se objetivou a minimização da interferência estatal, na liberdade do homem, de forma arbitrária e desmedida. Conforme comentado, as atrocidades cometidas nos conflitos e grandes guerras abriram os olhos dos organismos internacionais, a fim de que eles pudessem voltar suas forças para a defesa da vida e liberdade humana. Torturas, maus tratos,

assassinatos e qualquer maldade que se pensasse suficiente eram utilizadas para controle social, econômico e político.

Em 1971, na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, o princípio da não culpabilidade ganhou repercussão mundial na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948. Conforme evidenciado pela advogada Taiana Levinne Carneiro Cordeiro, essa Declaração prevê, em seu artigo 11, que:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. (CORDEIRO, 2015)

A propósito, o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade se fez presente somente após a edição da Carta Suprema de 1988, assim que fora recepcionado o Pacto de São José da Costa Rica (1969), através da Convenção Americana de Direitos Humanos. Antes disso, a garantia à liberdade do acusado era “preservada” pelos princípios da ampla defesa e contraditório, ao passo que a não-culpabilidade não estava presente taxativamente na Carta Magna.

O doutrinador Tourinho Filho, em sua obra, diz um pouco como surgira a evolução da presunção de inocência no contexto histórico-internacional:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige” (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106). Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: *“Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable; s’ il est jugé indispensable de l’ arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’ assurer de sa personne, doit être sévèrement reprimée par la loi”* (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei). (TOURINHO FILHO, 2009)



Percebe-se, nas últimas linhas do trecho em comento e com a decisão atual do STF, a exata oposição ao que está sendo dito, ao passo que deverá ser reprimido por lei todo rigor que não seja necessário para assegurar uma pessoa presa. Conforme lições do constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos:

Agora, todos são inocentes, exceto se for provado o contrário. Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o *direito público subjetivo* de não ostentar o *status* de condenado. Trata-se de uma projeção dos princípios do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, do *indubio pro reu* e da *nula poena sine culpa*. Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *juris tantum*, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios. (BULOS, 2009, p. 594)

Como se pode perceber, antes do trânsito em julgado, todos são inocentes. Muito embora haja tal regra postulada, não se pode duvidar que ela não suprimiu a incidência das conhecidas prisões cautelares, uma vez que estas possuem o caráter da provisoriedade, segundo entendimento da Excelsa Corte no julgamento do HC 67.707-0/RS. Assim, as prisões cautelares, tais como, prisão temporária, em flagrante, preventiva, por sentença de pronúncia etc., não agredem o princípio da não-culpabilidade.

Nesse ínterim, pode-se perceber que o espírito da norma constitucional, com relação ao princípio da presunção de inocência, é de que a execução da pena em desfavor do agente deverá ser em função da condenação definitiva, confrontando, sempre, se houvera um julgamento baseado do devido processo legal.

## **2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E MUDANÇA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Suprema Corte brasileira mudou entendimento defendido desde 2009, segundo qual preconizava a correta e expressa aplicação da Carta Política de 1988, no sentido de tutelar o princípio da presunção de inocência na aplicação da pena, ainda que esta fosse provisória, ao acusado cujo processo ainda não transitara em julgado.

Revivendo a importância da preservação do citado princípio, o legislador prestigiou em maior grau o princípio da não-culpabilidade ou, para alguns, presunção de inocência, excepcionando o encarceramento do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É possível notar que a execução provisória da pena em segunda instância afronta diretamente a Constituição Federal, pois esta, em seu artigo 5º, inciso LIV, reza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse diapasão, o inciso LVII reza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e o inciso LXVI reza que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (BRASIL, 1988)

Bem assim, pois, a Excelsa Corte atualmente defende não haver qualquer violação constitucional na decretação da execução da pena, ainda que provisoriamente, que padeça da cláusula pétrea do trânsito em julgado, violando, desta maneira, um princípio inerente a todos os seres humanos, qual seja, o da presunção de inocência ou *in dubio pro reo*, que estabelece a inocência como regra, sendo que somente após um processo concluído, em que se demonstre a culpa do réu, o Estado poderia aplicar a sanção.

O douto Ministro do STF, Eros Grau, no julgamento do habeas corpus nº 94.408-6/MG, proferiu o seguinte entendimento:

[...] nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitado em julgado a condenação de cada qual [...] (STF, 2009).

Nesse sentido, no intento de dar efetividade aos princípios basilares de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, diz-se que, hoje, o cumprimento da pena em segunda instância deve ser tido como extrema *ratio da última ratio*.

## 2.1 ENTENDIMENTO DO STF ANTES DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292.

O valor conferido ao primado da presunção de inocência, aos acusados que não possuíam seus processos transitados em julgado, era primordial à Suprema Corte, há pouco tempo. Obedecia-se ao art. 5º inciso LVII, da Carta de 1988, segundo o qual “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Tanto era assim que em diversas oportunidade o STF decidiu pela melhor aplicação desse princípio. O Habeas Corpus nº 84078 de MG expressa bem o citado:

**Ementa:** PENAL. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO EXECUTÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INVIABILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, em consonância com o princípio constitucional da não-culpabilidade, é impossível a execução provisória de sentença condenatória: "1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210 /84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 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"(HC 84078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Eros Grau). (BRASIL, STF, 2009)

Na argumentação do então relator do referido HC 84.078 - 7/MG, percebe-se toda tratativa conferida ao princípio da presunção de inocência, corolário do primado da dignidade da pessoa humana, além das justificativas legais que amparam a não aplicação da execução provisória da pena, sem o trânsito em julgado da sentença

penal condenatória, utilizando-se do princípio da especialidade entre o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais.

Além disso, faz-se um adendo ao Código de Processo Penal, no tocante às medidas cautelares, dentre elas as prisões cautelares, de modo a mostrar outras formas de conferir segurança à sociedade, mas, sem a necessidade de efetuar a execução da prisão em segunda instância, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para o Constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos:

A prisão para execução da pena foi discutida no STF. A Corte entendeu que ela só pode ser iniciada quando forem julgados todos os recursos cabíveis a serem interpostos, inclusive recursos especiais, no STJ, e recursos extraordinário, no STF. Tal entendimento se estende, também, aos condenados que responderam ao processo em liberdade, haja vista não existirem contra eles fundamentos para a decretação da prisão preventiva. (BULOS, 2009, p. 543)

Dessa forma, Bulos corrobora o posicionamento da Excelsa Corte, no sentido de considerar a condenação e execução da pena em segunda instância uma violação ao princípio da presunção de inocência, excetuando-se a prisão preventiva, a título de cautelar.

Seguindo as palavras das escritoras Flávia Pessoa e Aline Cardoso:

Além disso, argumentou-se ainda que a execução provisória da sentença penal, além de encontrar óbice na Lei Maior, também o encontra na própria Lei de Execuções Penais, em seus artigos 105, 147 e 164. Tais dispositivos, por sua vez, seriam adequados ao preceito encartado no artigo 5º, inciso LVII, da CF, sobrepondo-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal, que determina 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”.

No julgamento, houve também o questionamento acerca da aplicabilidade do artigo 27, §2º, da Lei nº 8.038/90 no Processo Penal. Tal dispositivo, como já supracitado, reza que o recurso especial e o extraordinário serão recebidos no efeito devolutivo. É por isso que a maioria da doutrina sustenta que tais recursos careceriam de efeito suspensivo e, a partir disso, a sua interposição (tanto do recurso especial quanto do ordinário) não obstará a execução imediata do conteúdo da decisão judicial, sendo possível, assim, a execução provisória do julgado. Tal entendimento, na seara do Processo Penal, deve,

necessariamente, ser outro, em virtude das peculiaridades da relação jurídica material que constitui o seu objeto.

É importante asseverar que a ausência do efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, amplamente discutido no julgamento do Habeas Corpus em questão, está prevista em lei infraconstitucional (lei 8.038/90). Logo, ao passo que a sua aplicação violaria o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, CF), diz-se ser esta lei inconstitucional em matéria penal, podendo apenas ser aplicada em matéria civil. Nesse sentido, destaca-se a lição de Ada Pelegrini Grinover, segundo a qual esta norma “visa a regulamentar os recursos de forma genérica, não sendo aplicável, quanto aos efeitos prisionais, à esfera penal”. Com este mesmo entendimento, encontra-se Paganella Boschi, para quem o parágrafo 2º do artigo 27 da lei 8.038/90 “endereço-se unicamente aos processos cíveis, porque nestes a execução provisória da sentença, mediante caução pelo autor, é perfeitamente admissível. Jamais as sentenças proferidas nos processos criminais, por implicar ofensa aberta, direta e frontal à garantia da presunção de inocência, antes citada”. (PESSOA *et.al.*, 2009)

Pelo que se pode compreender, a superioridade hierárquica da Carta Mor de 1988 e a especialidade da Lei de Execuções Penais sobre o Código de Processo Penal e Lei 8038/90 (que trata do efeito suspensivo dos recursos especiais), fez com o STF decidisse sobre a invalidade da execução provisória em segunda instância, de modo que se aventasse a possibilidade de se declarar inconstitucional o art. 637 do Código de Processo Penal, vez que ele “macula” a aplicação do primado do *indubio pro reu*.

## 2.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

Inicialmente, há de se falar sobre o conceito de pena na seara penal, a qual se traduz em um *quantum* estipulado pela reprimenda, em função da violação da norma posta. Ela poderá ser privativa de liberdade, restritiva de direitos, prestação social alternativa e de multa. Nesta esteira, é o cumprimento da sanção criminal pelo condenado, recolhendo-o ao estabelecimento penal, no caso de privativa de liberdade, e efetuando o pagamento, na hipótese de multa.

Cabe ressaltar que a Carta Magna de 1988, em seu art. 5º XLVI, veda expressamente as penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento, cruéis e de morte, salvo em caso de guerra declarada pelo Chefe do Executivo, nessa última. (BRASIL, 1988).

Conforme lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, pena:

É a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que se subdividem (positivo e negativo): a) geral negativo: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) especial negativo: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) especial positivo: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (NUCCI, 2015)

Analisando o trecho em comento, percebe-se o caráter deste instituto, no sentido de intimidar o transgressor e o cidadão a que a lei sub-roga, reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal, encarcerando o criminoso ou multando-o, e buscando sua ressocialização, de sorte que se possa devolver um indivíduo melhor à sociedade.

O doutrinador Bulos assevera que a execução da pena objetiva o início do cumprimento de uma pena decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. A execução da pena é regulada pela Lei 7210/1984. (BULOS, 2009, p. 543).

O habeas corpus nº. 126.292/SP trouxe à tona a discussão sobre a execução provisória da pena do condenado em segunda instância, conforme se verifica na decisão do STF:

“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 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.” (BRASIL, STF, 2016)

A bem da verdade, o que houve na mudança de entendimento do STF fora a relativização do princípio da presunção de inocência, com conseqüente abandono constitucional implícito, uma vez que deixa de aplicar a Diretriz do Ordenamento Jurídico brasileiro e age estribando-se na hermenêutica inadequada, ao empurrar a privação da liberdade do indivíduo à prerrogativa recursal sem seu efeito suspensivo. Dessa forma, a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal traz graves

consequências a diversos indivíduos que aguardam julgamento de recursos em instância superior.

Muito embora a decisão proferida pelo STF não possua efeito vinculante, os juizados e tribunais Brasil afora seguirão o entendimento consolidado pela Suprema Corte. Ora, não haveria de ser diferente, visto que nenhum magistrado quer ter sua decisão reformada em segunda instância, principalmente no Supremo. Segue julgado nesse sentido:

TJ-MG - Habeas Corpus Criminal HC 10000160474011000 MG (TJ-MG) Data de publicação: 11/08/2016 Ementa: HABEAS CORPUS - PEDIDO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PRIMEVA QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA - PACIENTE QUE RESPONDEU PROCESSO EM LIBERDADE - JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 PELO STF - DECISÃO NÃO VINCULANTE - SITUAÇÃO QUE AFETA O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO DE LIBERDADE DO ACUSADO - SEGURANÇA JURÍDICA. - A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, em 17 de fevereiro de 2016, não possui efeito vinculante, razão pela qual caberá a análise individual de cada caso concreto no momento oportuno, mormente mediante provocação da parte interessada quando do julgamento do recurso e não em sede de habeas corpus. - A decisão proferida pela Corte Superior afeta diretamente o princípio da presunção de inocência e o direito de liberdade do acusado, motivo pelo qual, em respeito à segurança jurídica, mister se faz aguardar sua solidificação. (MINAS GERAIS, TJ/MG, 2016)

Desta sorte, os aplicadores da lei em primeira e segunda instâncias são categóricos em afirmar que “a decisão da Corte Superior afeta diretamente o princípio da presunção de inocência e o direito de liberdade do acusado”, porém, só não o aplicaram, *in casu*, pois o aquela Corte não havia solidificado a decisão. Segundo Felipe Martins pinto, ao analisar a matéria em 2008:

Sob o pretexto de se alcançar uma efetividade do jus puniendi, com a mitigação das oportunidades de extinção da punibilidade pela prescrição, tem-se promovido, com grande frequência, a execução provisória da pena, especialmente da pena privativa de liberdade, após o julgamento do recurso em segundo grau, interrompendo-se a contagem do prazo prescricional e, conseqüentemente, evitando-se algumas prescrições e satisfazendo-se os constantes anseios sociais por uma presteza na máquina punitiva estatal. (PINTO, 2008)

Segundo o autor, uma justificativa aparente para a aplicação da execução provisória da pena em segunda instância é a interrupção dos prazos prescricionais e a satisfação dos anseios sociais.

A decisão proferida no **HC 126.292/SP**, portanto, com todo o respeito que merece a mais alta Corte do país, não está de acordo com as diretrizes da Constituição Federal de 1988 e, nos países onde o regime político-jurídico adotado é Estado Democrático de Direito.

Com a devida vênia, a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal aparenta certa incongruência, ao passo que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vai exatamente de encontro com o que prevê o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ou seja, é, sim, “incompatível com a garantia constitucional”.

### 2.3 POSICIONAMENTOS SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Não é novidade que a decisão sobre o habeas corpus n.º. 126.292/SP trouxe grande discussão no mundo acadêmico e jurídico, principalmente para a classe dos advogados, os quais primam pela liberdade de seus clientes. Diversos posicionamentos por parte da doutrina e dos causídicos demonstram esse ponto de vista e o desânimo com o referido posicionamento da Suprema Corte.

Expressiva parcela da doutrina defende que, pelo fato de o réu não poder ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, deverá ser, conseqüentemente, visto como inocente. Seria, então, inconcebível a antecipação, em desfavor do acusado, de qualquer efeito de sentença penal condenatória ainda recorrível.

Por conseguinte, entendem que qualquer norma que antecipe um ou mais efeitos da condenação recorrível seria contrária à Constituição, posto que se deve presumir a inocência e não a culpa. Logo, para esses doutrinadores, a execução provisória da pena, seja privativa de liberdade ou não, se mostraria inconstitucional, uma vez que



não se poderia antecipar o cumprimento da reprimenda de um acusado tido pela Constituição como inocente.

O professor Felipe Dalenogare Alves aduz que:

Poderia buscar em Alexandre Morais da Rosa a definição como “um erro retumbante”, em Luiz Flávio Borges D’Urso como “um desastre humanitário”, em Aury Lopes Júnior como “lamentável”, ou, simplesmente, dar a minha própria acepção, como “a tragédia jurídica do dia 17 de fevereiro de 2016”, à fatídica página da história do Supremo Tribunal Federal, ao permitir a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não é exagero! Iniciamos (e já faz algum tempo) um período de insegurança jurídica, causada, em grande parte, pelos outdoors midiáticos que transmitem uma sensação de impunidade e instalam na sociedade a pregação de um discurso do ódio. Esse caos se aprofunda quando a instituição responsável pela guarda e concretização da constituição, deliberadamente, inicia a riscar suas linhas e a relativizar garantias conquistadas com a evolução da própria civilização. Infelizmente, parafraseando o ministro vencido Marco Aurélio, “não vejo uma tarde feliz na vida deste tribunal, na vida do Supremo”. (ALVES, 2016)

Dessa forma, o autor demonstra seu pesar de forma calorosa e incisiva, aduzindo a decisão do Supremo como “a tragédia jurídica de 17 de fevereiro de 2016”, classificando-a como afronta à Constituição Federal de 1988 e apontando-a como midiática e proveniente do ativismo judicial. Emílio Peluso Neder Meyer, por Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, levanta sérios problemas jurídicos quanto a essa decisão do STF no *Habeas Corpus* n.º 126.292:

Ela é violadora de texto expreso da Constituição, expressa ausência de integridade no julgamento, critica a suposta oposição entre questão de fato e de direito, chama atenção para o retrocesso na proteção dos direitos fundamentais e a ilegitimidade no controle de constitucionalidade por ofensa tanto à perspectiva liberal, quanto à concepção republicana e a uma concepção procedimentalista. (BAHIA *et al.*, 2016)

Na mesma senda, Peluso qualifica a decisão como retrocesso à tutela dos direitos fundamentais e ofensa à perspectiva liberal. Na visão do criminalista Alberto Zacharias Toron:

“Os ministros vão ter que gastar muita tinta para dizer o contrário disso. Mesmo que a maioria do STF, ainda que corretamente, possa identificar alguma disfuncionalidade no sistema punitivo, convenha-se que só mesmo o legislador poderia mudar a regra editada conforme a Constituição. É triste ver a arbitrariedade (eufemisticamente chamada de ativismo judiciário) emanar do órgão que deveria ser a antítese disso. Agem, pesa dizer, como se fossem os militares ao tempo da ditadura: como querem, sem freios ou

contrapesos. Numa palavra, não respeitam o ordenamento jurídico como posto pelo Legislativo”, analisa Toron. (TORON, 2015)

Seguindo a lógica adotada pela Constituição Federal de 1988, tem-se o posicionamento do doutrinador e professor Fernando Tourinho Filho, no sentido de que “A ideia de que a prisão antes de transitada em julgada a sentença condenatória só é admissível a título de cautela, a exigência do recolhimento do réu à prisão para apelar e do réu não fazer jus à liberdade provisória, tendo em conta apenas a gravidade do crime, constituem antecipação da pena e, por conseguinte, violação do princípio constitucional da presunção da inocência”. (TOURINHO, 2001)

O que se pode perceber com a decisão da Suprema Corte brasileira é o decaimento e supressão de direitos tão duramente alcançados ao longo dos anos, chegando ao limite de se afirmar ser o acordão mais severo que as diretrizes do período ditatorial. Operador do Direito, o advogado Francisco Bernardes Júnior visualiza:

A confirmação da possibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado “opera uma drástica mudança no cenário judicial do país”, pois interrompe um ciclo virtuoso de diálogo entre os Poderes na busca de obter aprovação da sociedade na luta contra a impunidade. “Na prática o estrago é grande quando se pensa, apenas a título de exemplo, na execução antecipada de pena destes 25% de réus que têm suas condenações revertidas tão logo cheguem com as suas causas no Superior Tribunal de Justiça (conforme pesquisa da FGV Direito Rio) e a falta de mecanismos para uma reparação eficiente pela indevida liberdade cerceada”, analisa. “Problematiza ainda mais os efeitos desta decisão do STF a qualidade das decisões judiciais de primeiro e segundo grau produzidas em casos de réus pobres pelos fóruns e tribunais do país. A questão da pobreza do réu tem impacto direto no seu direito de defesa, criando em larga monta de casos falhas graves nos processos que só vêm a ser sanadas pelo olhar atento e a visão intelectualizada dos ministros dos tribunais superiores que não se deixam influenciar pela gravidade abstrata do crime e por pressões de toda espécie, julgando casos de acusações graves de forma acentuadamente técnica e imparcial”, opina Bernardes Júnior. (JÚNIOR, 2016)

Vale ressaltar, que a maioria da população carcerária brasileira é de baixa renda, portanto, não tem acesso a uma assistência judiciária particular, dependente dos serviços da Defensoria Pública a qual não dispõe do número de profissionais que seria necessário para um atendimento mais eficaz. Dessa forma não se pode esperar desta decisão como sendo benéfica ao réu de baixa renda, pois muito se ouve nos meios de comunicação o descaso dos governantes em dar condições aos Defensores Públicos para prestar um trabalho de qualidade à população.

Os Defensores Públicos são unânimes em afirmar que: “Admitindo-se o início da execução da pena privativa de liberdade com o advento da decisão condenatória de segunda instância, despontarão inúmeros casos em que os réus menos favorecidos submeter-se-ão a um excesso de execução, se não vierem a ser absolvidos posteriormente”. (JOTA, 2016). Segue exemplo crasso:

Ministro Gilmar suspende prisão em 2ª instância de chefe de gabinete do ex-governador do ES. O ministro Gilmar Mendes, do STF, concedeu liminar em HC impetrada pela defesa do advogado Rodrigo Stefenoni, chefe de gabinete do ex-governador do ES, condenado pelo TRF da 2ª região em regime inicial semiaberto por peculato. Segundo os autos, após a confirmação da condenação pelo TRF, o juízo da 1ª vara Federal Criminal do ES, acolhendo manifestação do MPF, determinou a execução da pena imposta em abril passado. Para o relator, a execução da pena mantida pelo TRF deve aguardar julgamento do recurso especial pelo STJ. (MIGALHAS, 2017)

É nesse turno que se verifica a criminalização da pobreza do réu, asseverando-se que, com a decisão do STF, apenas permanecerão presos réus que não podem pagar por bons advogados criminalistas.

Ratificando a enfermidade do entendimento da Suprema Corte, pautando-se na anterior decisão do STF, “o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a lentidão do Judiciário não justifica que réus sejam presos sem condenação definitiva. Ele chegou a dizer que os acusados não podem ficar sujeitos ao convívio com facções criminosas e doenças infectocontagiosas, antes que se esgotem todas as chances de recurso”. (OAB-RJ, 2009)

Pelo que se percebe, muitos operadores do direito possuem o pensamento contrário à decisão exarada pela Suprema Corte, pois entendem ser extremamente desfavorável que se imponha uma condenação precipitada, além de submeter o réu ao dissabor de enfrentar o sistema prisional sem necessidade.

### **3. EFEITOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Como já explicado, a execução provisória da pena é fruto de novel entendimento da Suprema Corte brasileira, que indica a possibilidade do cumprimento da pena em confirmação de sentença em segunda instância, ainda que haja recurso para os

tribunais superiores, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal brasileiros.

Além disso, é salutar o posicionamento dos juristas elencados neste trabalho, pois evidencia a lesão causada aos primados mencionados anteriormente, em que o réu sofrerá antecipadamente os efeitos da condenação.

Em que pese a possibilidade de cumprimento da pena em segunda instância, mesmo ao argumento da ‘impossibilidade de apreciação de fatos e provas pelas instâncias superiores’, percebe-se, por exemplo, haver possibilidade, no ínterim da avaliação pelos tribunais superiores, de um *abolitio criminis*, onde o réu, embora condenado, não deverá responder pelo crime extinto.

Isso demonstra apenas um dos diversos exemplos dos prejuízos advindos de um cumprimento antecipado da pena em segunda instância, motivo pelo qual é desarrazoada sua aplicação e conseqüentemente devendo ser aplicada a melhor interpretação constitucional.

### 3.1 CELERIDADE PROCESSUAL E RESPOSTA AO CRIME NO CONTEXTO SOCIAL

Ao que aparenta, a decisão proferida pela Excelsa Corte brasileira no habeas corpus nº. 126.292/SP, onde autorizou a execução da pena após a condenação em segunda instância, possui um cunho processualístico, no sentido de fazer valer o *jus puniendi* do Poder Estatal, a fim de que se dê uma rápida resposta ao público – sociedade.

O instituto da prescrição previsto no Direito brasileiro é eficiente, pois retira do Estado seu poder de punir, mas não como um triunfo ao criminoso, como se ele tivesse uma carta na manga a ser utilizada contra o sistema penal punitivo. Ao revés, a aplicação da prescrição aos crimes revela uma ineficiência velada do ente punitivo, ao passo que ele não consegue se organizar, desde a prisão do sujeito, para condená-lo de forma adequada, ou seja, constitucional e legal.

O sistema constituído por leis, aplicadores da lei e fiscais da lei é extremamente ineficaz, pois não possui contingente suficiente (a satisfação salarial é um outro fator a ser discutido, juntamente com os altos salários do Poder Judiciário) para aplicar corretamente a lei, os meios protelatórios são demasiados (sem retirar a importância dos meios recursais) e a corrupção institucionalizada completa a 'cereja do bolo', para fazer com que, em vários casos, os menos favorecidos sejam alvo da aplicação do novel entendimento.

O advogado Marcos Costa preleciona muito bem a verdade em “causar estranheza o fato de o Supremo tentar promover a "justiça de ruas" ao decretar o fim da presunção de inocência, cláusula pétrea inserida no inciso 57 do artigo 5º da Constituição de 1988” (COSTA, 2016).

Há o ridículo de se defender a aplicação do cumprimento da pena em segunda instância e, conseqüentemente, defraudar os princípios da Dignidade Humana e Presunção da Inocência, sob o argumento de “correr o risco de deixar em liberdade os réus da operação lava jato”, isto é, sub-roga-se a Carta de 1988 para suprir falha estatal e, no final das contas, executa-se a condenação de réus “desamparados” (defesa técnica de má qualidade ou menos influente nos tribunais afora) e mostram-se falsos dados à sociedade. Nesse sentido:

O tema tem ensejado manifestações de juízes, promotores e até de colunistas, que repetem o argumento, falso, de que deixar de prender alguém após condenação em segunda instância equivale a golpear mortalmente a operação "lava jato" e o combate à corrupção. Falta de bom senso, de lógica jurídica e fartura de desinformação.

O processo que culminou com a decisão do STF não tem como origem crime de colarinho branco, como supõem seus defensores. A questão inicial envolveu um jovem pobre de uma cidade paulista, condenado por roubo. A mãe, empregada doméstica, trabalha na casa de uma advogada que agiu em defesa do rapaz sem nada cobrar.

O juiz não enxergou nele periculosidade, razão pela qual autorizou recorrer da sentença em liberdade. O Ministério Público aceitou a decisão e não recorreu. O Tribunal de Justiça de São Paulo, argumentando com base no clamor popular, e não em fatos atribuídos ao réu, decretou de ofício a prisão. Ao chegar o caso ao STF, por meio de habeas corpus, o Ministério Público se manifestou mais uma vez contrário à prisão, mas a corte a manteve.

Hoje, chegamos ao absurdo de defender a canhestra tese de que a "lava jato" está ameaçada de morte se o STF corrigir a decisão tomada. Ora, o comando

constitucional estabelece que a todos os brasileiros se assegura a liberdade até transitar em julgado a decisão condenatória. Apenas excepcionalmente, em casos de imperiosa necessidade, comprovadamente demonstrada, o ordenamento permite a segregação do acusado. (COSTA, 2016)

Seguindo crítica da decisão, com viés da celeridade processual, Marcos Costa ainda é perfeito em seu diálogo, como se percebe:

Se a Justiça tarda, a quebra da norma não irá apressá-la. É inadmissível transferir para o cidadão o fardo de o país ter uma Justiça desestruturada. A voz das ruas não deve ser o "leitmotiv" para a aplicação da Justiça. Responder a uma ação penal não significa ser culpado. Inocentes podem ser réus.

Como lembra o ministro Celso de Mello, 25% dos recursos penais que chegam ao Supremo são acolhidos. O STF já tentou implantar a decisão provisória de sentenças penais, por meio de proposta de emenda constitucional, rechaçada pelo Poder Legislativo. Não pode a corte agir como Assembleia Constituinte e invadir o terreno legislativo, expandindo a politização da Justiça. (COSTA, 2016)

É de se notar, portanto, o tipo de caso que referenciou a decisão tomada pelo Supremo, sendo, igualmente, o ponto de toque para a tomada de decisões daqui em diante, como se percebe na decisão do relator, Ministro Gilmar Mendes, proferida há pouco:

O ministro **Gilmar Mendes**, do STF, concedeu liminar em HC impetrada pela defesa do advogado Rodrigo Stefenoni, chefe de gabinete do ex-governador do ES, condenado pelo TRF da 2ª região em regime inicial semiaberto por peculato. Segundo os autos, após a confirmação da condenação pelo TRF, o juízo da 1ª vara Federal Criminal do ES, acolhendo manifestação do MPF, determinou a execução da pena imposta em abril passado. Para o relator, a execução da pena mantida pelo TRF deve aguardar julgamento do recurso especial pelo STJ. No caso em questão, segundo observou, está pendente de julgamento agravo em recurso especial apresentado pela defesa de Stefenoni.

*"No processo penal, o réu, preso ou não, tem o direito de obter resposta do Estado-juiz não e pode ficar vinculado indefinidamente a um processo criminal. A investigação criminal e o processo penal afetam a intimidade, a vida privada e a própria dignidade do investigado ou do réu. Em outras palavras, em se tratando de processo penal, em que estão em jogo os bens mais preciosos do indivíduo – a liberdade e a dignidade, torna-se ainda mais urgente alcançar solução definitiva do conflito."* (MIGALHAS, 2017)

De sorte a locupletar a exposição de que a decisão proferida no habeas corpus nº. 126.292/SP, a qual autorizou a execução da pena após a condenação em segunda

instância, não possui base constitucional, mas evidencia uma falsa tentativa de acelerar o processo de julgamento e condenação de réus menos favorecidos, atendendo clamor por justiça social, tem-se o posicionamento do advogado Danilo Mariano de Almeida:

Nota-se que é possível verificar que a decisão do STF, por mais que “faça justiça” é repleta de violações legais, constitucionais e tratados internacionais, violando, inclusive, direitos humanos. A intenção do STF ao julgar o presente caso, buscou somente acelerar a execução da pena de modo a fazer com que réus desistam de ficar impetrando recursos para retardar a execução da pena que, em alguns casos, acaba prescrevendo o poder punitivo devido à sobrecarga de processos a serem julgados e diminuir a quantidade de processos nas instâncias especiais (STJ e STF). O julgamento no STF somente demonstrou a ineficiência do poder judiciário em julgar os processos dentro de prazo razoável, conforme disposto no mesmo art. 8º do Pacto Americano, art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal e Princípio da Celeridade Processual, bem como já deixou clara a necessidade de atualização do Código de Processo Penal que data de 03 de outubro de 1941. (ALMEIDA, 2016)

Nesta exposição sumaríssima, vivencia-se o contexto processual da decisão lograda pelo STF e suas consequências no combate ao crime, que, a bem da verdade, possui um viés extremamente político, no sentido de dar uma resposta à sociedade baseada em execuções contra réus com baixa condição social, os quais, por vezes, não possuem condições financeiras de arcar com defesa técnica de qualidade. Responder a uma ação penal não significa ser culpado. Inocentes podem ser réus. (COSTA, 2016).

### 3.2 EXPOSIÇÃO DE JULGAMENTOS COM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Juntamente ao julgado proferido no habeas corpus nº. 126.292/SP, a qual autorizou a execução da pena após a condenação em segunda instância, houvera decisões no mesmo sentido, ou seja, condenando réus antes de transitado em julgado o processo criminal.

Em que pese haja jurisprudência consolidada pela Suprema Corte, onde se assevera que a execução provisória da pena viola o princípio da presunção da inocência, ela não se reveste de eficácia vinculante, isto é, os tribunais e varas Brasil afora não tem

de seguir o posicionamento relevante ratificado pelo STF. Desse modo, mesmo obedecendo a jurisprudência vigente, o então presidente da Excelsa Corte, Ricardo Lewandowski, foi voto vencido com a mudança do novo entendimento do STF, conforme demonstra o escritor Pedro Canário:

Jurisprudência do STF proíbe prisão antes do trânsito em julgado, diz Lewandowski

Por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido, em fevereiro deste ano, que depois da decisão de segundo grau a pena já pode ser executada, a “jurisprudência consolidada” do tribunal é que a execução provisória viola o princípio da presunção de inocência. Por isso, o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, mandou soltar o ex-prefeito de Marizópolis (PB), condenado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região por desvio de dinheiro público. De acordo com Lewandowski, que julgou o caso durante o plantão judiciário, quando o Supremo decidiu que a pena pode ser executada depois da decisão de segundo grau, “sinalizou possível mudança de paradigma”. Porém, ele ficou vencido ao divergir do relator e considerar que a pena só pode ser executada depois do trânsito em julgado da condenação.

Lewandowski cita ainda decisão recente do decano do Supremo, ministro Celso de Mello, segundo a qual aquela decisão do Plenário foi tomada em processo objetivo, um Habeas Corpus, e “não se reveste de eficácia vinculante. “Qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso país, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo”, afirmou Celso, naquela ocasião. (CANÁRIO, 2016)

Ainda que o posicionamento anterior fosse totalmente coerente com a Constituição Federal de 1988, nos moldes do primado da presunção da inocência, conforme posicionamento do ministro Celso de Mello “que nenhuma execução de condenação criminal em nosso país, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo”, o cenário é totalmente violador da Carta Política de 1988.

Trazendo à lume alguns exemplos da aplicação do novo entendimento da Excelsa Corte, principalmente em casos relacionados ao Estado do Espírito Santo, o operador do direito Vinícius Valfre:

Pena é executada antes do trânsito em julgado pela 1ª vez no ES

Advogada do ES foi presa por caluniar juizes após nova regra do STF. Supremo entende que réu pode ser condenado em 2ª instância. Apesar de ainda aguardar análise de um agravo regimental no Supremo Tribunal Federal (STF), a advogada Karla Cecília Pinto foi presa nesta sexta-feira (11), após a juíza da 2ª Vara Criminal de Vila Velha, Paula Cheim Jorge, expedir,



no dia anterior, um mandado de prisão contra ela. A advogada deve cumprir pena de 4 anos e 6 meses em regime semiaberto por denúncia caluniosa a dois magistrados. É o primeiro caso do qual se tem notícia no Espírito Santo de uma pena executada antes do trânsito em julgado - quando não há mais possibilidade de recurso - depois do novo entendimento do STF.

Advogada de defesa de Karla, Elisângela Leite Mello, afirma que a prisão é absurda. Ela critica o fato do pedido ter sido feito pela Amages, sendo que essa é a entidade que representa os juízes, inclusive os que envolvidos na polêmica. "Causa uma insegurança muito grande. Deixa a advocacia numa situação de berlinda. A associação de todos os magistrados do Estado se colocou contra ela. A parcialidade fica comprometida", disse. Questionada sobre os quase dez anos desde o início do processo e ausência de execução da pena até então, a advogada afirmou que "a defesa não pode pagar por isso. Se eles levam anos para julgar, não é problema da defesa". (VALFRE, 2016).

Percebe-se que o Estado, através do Poder Judiciário em seu ativismo judicial, tenta transferir à defesa o ônus de sua ineficácia na prestação de um serviço público de qualidade e preconizado na Carta Mor de 1988 – Princípio da Razoável Duração do Feito – trazendo uma enorme insegurança jurídica e banalizando a privação da liberdade e vida humana.

TJES julga recurso e antecipa execução de pena

Em decisão inédita no Estado, as Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada na tarde de hoje, decidiram antecipar o cumprimento da pena restritiva de direitos de José Ignacio Ferreira, Raimundo Benedito de Souza Filho, Fernando Ferreira Paterlini e Maria Helena Ruy Ferreira, no caso conhecido como "escândalo da fábrica de sopas".

A decisão foi tomada durante o julgamento de embargos de declaração nº 0092122-87.2010.8.08.0000. De acordo com o Relator, a execução provisória da pena seria uma forma de interromper a prescrição do processo enquanto os inúmeros recursos que são impetrados tramitam no Poder Judiciário e vem sendo adotada por outros tribunais de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão das Câmaras Criminais reunidas foi unânime. Vitória, 14 de março de 2016. (TJES, 2016).

Corroborando e pontuando o presente artigo científico, fica evidenciada aplicação da decisão proferida no habeas corpus que marcou esse trabalho, conjuntamente ao fato de tornar clara sua finalidade, qual seja, se antecipar à prescrição dos crimes e pôr na prisão réus sem o devido trânsito em julgado da sentença, subjugando primados internacionais de direitos humanos, no tocante à presunção de inocência, a fim de satisfazer uma omissão por parte do Poder Estatal, o qual não consegue gerir suas leis e aplicá-las na satisfação dos feitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto no presente artigo científico, vislumbrou-se o caminho percorrido para chegar ao fim da investigação proposta. Pôde-se entender melhor o que é o Princípio da Dignidade Humana, presente na Constituição Federal de 1988, advindo da necessidade em se tutelar os direitos individuais e coletivos, uma vez que a história mostra todas as atrocidades cometidas contra seres humanos.

Ligado a isso, evidenciou-se o quanto é complicado definir um conceito exato do que é a dignidade humana, trazendo conceitos de doutrinadores e magistrados, onde fica clara que ela pretende abarcar tudo o que rodeia a existência humana e o que mais seja necessário para sua manutenção de forma plena.

No mesmo sentido, conexo à dignidade humana, e também seu corolário, explicou-se o Primado base desse trabalho, a Presunção de Inocência ou presunção da não culpabilidade, sua previsão constitucional e legal e todas as garantias carreadas por ele. Asseverou-se, nesse turno, o poder midiático em julgar antecipadamente um réu, sem o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Ato contínuo, firmou-se o contexto histórico da presunção de inocência e afirmou-se que, antes do trânsito em julgado, todos são inocentes. Pôde-se perceber, nesse ínterim, que o espírito da norma constitucional, com relação ao princípio da presunção de inocência, é de que a execução da pena em desfavor do agente deverá ser em função da condenação definitiva, confrontando, sempre, se houvera um julgamento baseado do devido processo legal.

Passando adiante, reviveu-se o entendimento anterior da Suprema Corte brasileira, no tocante à execução provisória da pena, onde era preconizada a fiel aplicação do princípio da Presunção de Inocência, caminhando para o atual entendimento atualmente defendido, de não haver qualquer violação constitucional na decretação da execução da pena, ainda que provisoriamente, que padeça da cláusula pétrea do trânsito em julgado.

De sorte a substanciar o parágrafo acima, o STF possuía o entendimento favorável ao princípio da presunção de inocência, dizendo ser impossível a execução provisória de sentença condenatória, como se percebia em seus julgamentos (vide Habeas Corpus nº 84078 de MG). Junto a esse fato, diversos posicionamentos doutrinários foram firmados, corroborando para a melhor aplicação desse entendimento.

Para melhor entender o que é a execução provisória da pena, explicou-se conceitos base da Constituição Federal e Código Penal, como o conceito de pena, suas modalidades de cumprimento e as autorizadas pela Carta Magna brasileira de 1988. Nessa seara, expôs-se o cumprimento dessa reprimenda, ou seja, inicialmente se apena o acusado, para, depois, fazê-lo cumprir a sanção. Completando o entendimento, parte da doutrina afirma que a execução da pena objetiva o início do cumprimento de uma pena decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Ademais, expôs-se os posicionamentos sobre a execução provisória da pena em segunda instância, sendo uníssona a posição dos operadores do direito, no tocante à espessa violação à Constituição de 1988, sobre o princípio da presunção de inocência do réu. A Defensoria Pública, através de sua associação, também rechaçou o entendimento do STF, classificando-a como um retrocesso jurídico.

Em seguida, explanou-se sobre os efeitos advindos da execução provisória da pena em segunda instância, mostrando alguns exemplos de prejuízos que suportarão os réus condenados nessa modalidade.

A posteriori, fez-se uma comparação entre a decisão exarada pela Suprema Corte e a celeridade processual e efetiva resposta ao crime no contexto social, ligando aquela com esta através da ineficiência do Estado punitivo, o qual não consegue dar conta de processar e julgar seus acusados, utilizando-se do conjunto legislativo criado por ele mesmo e, por conseguinte, transferindo aos réus a sua falha institucional.

Além disso, procedeu-se com uma crítica aos tipos de réus que suportariam a execução da pena em segunda instância, quais sejam, os réus que não tem

oportunidade de possuir uma defesa técnica que o ampare por completo, que analise cada minúcia do processo, posto que não possui recursos para custear um bom patrono e, muitas vezes, tendo que depender da defesa outorgada pelo próprio ente punitivo. Soma-se a esse fato alguns exemplos de réus que não tiveram de cumprir suas penas em segunda instância, por possuírem patronos bem remunerados e com trânsito dentro dos tribunais.

Por todo exposto, a execução provisória da pena em segunda instância é uma decisão violadora dos princípios presentes na Carta Política de 1988, principalmente no tocante à presunção da inocência do réu, concluindo-se que sua aplicação será para réus menos favorecidos socialmente, corroborando para a pecha de que, no Brasil, só vai “preso” quem é afrodescendente, pobre e favelado.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Danilo Mariano. A (In) constitucionalidade da Prisão em Segunda Instância. 2016. Disponível em: <<https://daniloma.jusbrasil.com.br/artigos/405932924/a-in-constitucionalidade-da-prisao-em-segunda-instancia>> Acesso em: 06 jun. 2017

ALVES, Felipe Dalenogare. O ativismo judicial, a tragédia jurídica do dia 17 de fevereiro de 2016 e as dançarinas brasileiras. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-ativismo-judicial-a-tragedia-juridica-do-dia-17-de-fevereiro-de-2016-e-as-dancarinas-brasileiras>> Acesso em: 13 jul. 2017

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha; QUINAUD, Flávio; DE OLIVEIRA, Pedron Marcelo Andrade Cattoni. Presunção de inocência: Uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do habeas corpus n.º 126.292 pelo supremo tribunal federal. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica-a-controversia-em-torno-do-julgamento-do-habeas-corpus-n-126-292-pelo-supremo-tribunal-federal>> Acesso em: 19 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** 2010. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf) Acesso em: 7 out. 2017

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Atena. 1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. HC 84078 MG Min. EROS GRAU. 5 de Fevereiro de 2009 (data do julgamento). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporus-hc-84078-mg>. Acesso em: 15 jul. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Denúncia. Estado de direito. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. requisitos do art. 41 do cpp não preenchidos. (HC 84409, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/12/2004). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766389/habeas-corporus-hc-84409-sp>. Acesso em: 17 ago. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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 (Hc 126292, Relator(A): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Julgado Em 17/02/2016, Publicado 17-05-2016) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 ago. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Pedido de suspensão dos efeitos da decisão primeva que determinou a expedição de guia de execução provisória - paciente que respondeu processo em liberdade. (TJ-MG - HC: 10000160474011000 MG, Relator: Agostinho Gomes de Azevedo, Data de Julgamento: 04/08/2016, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/08/2016) Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/372604751/habeas-corporus-criminal-hc-10000160474011000-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 2 de set. 2017

BRASÍLIA. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário oficial da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 9 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. TJES julga recurso e antecipa execução de pena. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/noticias/323432187/tjes-julga-recurso-e-antecipa-execucao-de-pena> Acesso em: 27 out. 2017

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2009.

CANÁRIO, Pedro. Jurisprudência do STF proíbe prisão antes do trânsito em julgado, diz Lewandowski. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/jurisprudencia-proibe-prisao-antecipada-lewandowski> Acesso em: 18 mai. 2017

CORDEIRO, Taiana Levinne Carneiro. **Princípio da Presunção de Inocência**. 09 de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia> Acesso em 27 ago. 2017.

COSTA, Marcos. Distorções na condenação de segunda instância. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-08/marcos-costa-distorcoes-condenacao-segunda-instancia>> Acesso em 25 set. 2017

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado. 9. Ed.** Niteroi/RJ: Impetus, 2015.

JOTA. Defensores públicos: Execução provisória da pena atinge réus mais pobres. 2016. Disponível em:<<https://jota.info/docs/defensores-publicos-execucao-provisoria-da-pena-atinge-reus-mais-pobres-05102016>> Acesso em: 27 out. 2017

MIGALHAS. Ministro Gilmar suspende prisão em 2ª instância de chefe de gabinete do ex-governador do ES. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI265644,91041-Ministro+Gilmar+suspende+prisao+em+2+instancia+de+chefe+de+gabinete>> Acesso em: 27 out. 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Conceito de Pena.** 2015. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-pena>>. Acesso em: 10/09/2017

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. STF: réu só deve ser preso se condenado em última instância. 2008. Disponível em: < <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/748225/stf-reu-so-deve-ser-preso-se-condenado-em-ultima-instancia>> Acesso em 3 out. 2017

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. CARDOSO, Aline Almeida. **O julgamento pelo STF do hc 84.078-7: uma exegese à luz da análise crítica do discurso.** Aracaju: Evocati Revista n. 41, maio 2009. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=328](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=328)>. Acesso em: 14/09/2017

PINTO, Felipe Martins. Reflexões sobre o princípio da Presunção de inocência. 2016. Disponível em:< <http://processodemocracia.blogspot.com.br/2016/08/reflexoes-sobre-presuncao-de-inocencia.html>> Acesso em: 1 set. 2017

TORON, Alberto Zacharias; JÚNIOR, Francisco Bernardes. Permitir prisão após segunda instância é mudar irregularmente a Constituição. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-08/permitir-prisao-grau-mudar-irregularmente-constituicao>> Acesso em: 16 out. 2017

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal. 11. ed.** São Paulo: Saraiva, 2009.