

**Anteriormente trabalhou-se a respeito do que vem a ser a execução provisória da pena, sendo este um instituto jurídico, em que se antecipa a sentença condenatória, antes do trânsito em julgado, após análise e confirmada a condenação em segunda instância.**

**Ao levar em consideração que os recursos extraordinário e especial, tal demanda não terá a matéria de fato e nem de direito como mérito de discussão. Tendo apenas como objetivo, conforme Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart (2013), a aplicação do direito objetivo.**

**Dito isso, faz-se importante, um breve histórico do posicionamento dos tribunais superiores a respeito da aplicabilidade da execução provisória da pena.**

**Destarte para início, decisão proferida em 2009 no HC nº 840878/MG, em cujo acórdão se formou no entendimento pela inconstitucionalidade da aplicação do instituto da execução provisória da pena.**

**Conforme o voto do Min.Eros Grau, com respaldo em sua fundamentação na Lei de Execução Penal, no art. 105, condicionou a aplicação da execução penal tão somente após o trânsito e julgado. Conforme o voto de Min. Eros Grau, no HC nº 84078/MG:**

**A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473). Dispõe ainda, em seu artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.(BRASIL, Lei de Execução Penal, nº 7.210/84)**

**Observa-se que através da Lei de Execução Penal, estipulou-se que só será admitida prisão, em casos de prisões cautelares, como é o caso da prisão preventiva, prisão em flagrante, ou seja, situações pré estabelecidas pela lei, vetando por tanto, qualquer decisão que permita a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado.**

**Dessa maneira, nota-se que no teor do HC nº 84078/MG, o relator deixou claro, ser inviável qualquer pronunciamento que decrete a execução provisória da pena, pois primordialmente viola direito constitucional, conforme o art. 5, inciso LVII[1].**

**Destaca-se trecho:**

**Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado - e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena -anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (BRASIL, HC nº 84078/MG, 2009)**

**Importante trazer também dois julgados do STF que ocorreram antes do HC nº 84078/MG em 2009, em que a execução provisória da pena era considerada aplicável**

e não era considerada uma violação da presunção da inocência. Como argumento principal utilizado no HC nº 74.983/97, o então relator Ministro do STF Carlos Velloso, alegou: "os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão" (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

Outro caso julgado pelo STF a favor da execução provisória da pena é o HC nº 68.726/91, em que o relator Min. Néri da Silveira alega:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido. (BRASIL, HC nº 68.726/91, Rel.Min. Néri da Silveira, 1991)

Dito isso, após sete anos, o STF resolveu modificar seu posicionamento a respeito da execução provisória da pena. E para se compreender a respeito dessa modificação de entendimento, utilizar-se-á como material de estudo o HC nº 126.292 de 17 de fevereiro de 2016.

Com o advento da nova decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, voltou-se a discutir no ordenamento jurídico, sobre a legalidade/constitucionalidade da execução provisória da pena nos casos concretos. Como anteriormente comentado, a execução provisória da pena, se trata de um instituto que visa à antecipação da execução da pena, antes do trânsito em julgado, após a análise em 2ª instância, pelo órgão competente.

Com isso, faz-se interesse destacar os principais pontos levantados no HC nº 126.292/SP, em que o Relator Teori Zavascki. O primeiro o ponto levantado como argumento a aplicação da execução provisória da pena é a inexistência do efeito devolutivo nos recursos extraordinários e especiais.

É sabido que o recurso extraordinário e especial, não possuem efeito devolutivo, dessa maneira o reexame das provas e fatos, são encerrados quando impetrada a apelação junto à segunda instância. Após a análise em segunda instância, os demais recursos não possuem efeito devolutivo, logo, os fatos e provas não serão discutidos. Observa-se o exposto a respeito dos recursos de natureza extraordinária:

Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente,

assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. (BRASIL, HC nº 126.292/SP. 2016)

Tal permite concluir que os recursos extraordinários não servem para garantir o princípio da presunção da inocência, vez que ao chegar nesta etapa recursal extingue-se a fase de discussão da matéria de fato para adentrar na possível discussão do direito objetivo. Como expõem-se no HC 126.292/SP (BRASIL, 2016, p. 6):

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. (BRASIL, HC nº126.292/SP, 2016)

Outro argumento utilizado no decorrer do HC em discussão é a devida garantia do princípio da presunção da inocência na utilização da execução provisória da pena. Sendo essa garantia exposta não só na Carta Magna, no art. 5, inciso LVII como também na Declaração Universal dos Direitos Humanos[2]. Destaca-se, no art. 11 da DUDH:

1.Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. 2.Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido. (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Ao verificar o princípio da presunção da inocência e o que fora tratado anteriormente a respeito da matéria dentro do recurso extraordinário ou especial, observa-se que a garantia do princípio está prevista para o julgamento realizado tanto na primeira quanto na segunda instância, bem como o duplo grau de jurisdição.

Dessa maneira, não há que se falar em violação ao princípio da presunção da inocência quanto à aplicação da execução provisória da pena, vez que a utilização deste instituto se dá após o reexame em segunda instância, e como a condenação permaneceu nas duas esferas, não há que se dizer que o réu fora considerado culpado sem ter tido um justo julgamento e uma justa análise de fatos e provas. Com o estudo do HC nº 126.292/SP a respeito dessa garantia fundamental, que é a presunção da inocência, retira-se o posicionamento de que a utilização da execução provisória da pena, fere a essência do princípio da não culpabilidade, pois a garantia desse direito foi permanecida durante todo o processo realizado em caráter ordinário. Observa-se o exposto no HC nº 126.292 (BRASIL, 2015, p. 8):

**A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (BRASIL, HC nº 126.292/SP, 2016)**

**Ademais, a partir dessa análise do princípio da não culpabilidade, bem como a função dos recursos extraordinários e o instituto da execução provisória, pode-se evidenciar que, uma vez garantido todo o devido processo legal, se garante também o duplo grau de jurisdição e o *in dubio pro reo*, logo, não há que se falar em inconstitucionalidade na execução penal provisória.**

**Mais um argumento a ser discutido dentro da análise do HC nº 126.292/SP diz respeito à efetividade da jurisdição penal. Quanto a essa expressão, pode-se dizer que, conforme o exposto na Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LXXVIII[3], que deve ser garantido a todo aquele que ajuíza um processo judicial ou administrativo que seu andamento deve tramitar temporalmente de forma razoável e mais célere possível.**

**A efetividade da jurisdição penal é uma garantia fundamental, que se encontra no rol dos incisos do art. 5º da Constituição Federal. Dessa maneira, tendo em vista a discussão desse artigo, pode-se observar que em inúmeros casos a utilização de recursos na esfera extraordinária é justamente para frear a celeridade processual e em muito dos casos, ocorrer a prescrição do crime.**

**E é exatamente neste ponto que o HC nº 126.292/SP traz a efetividade jurisdicional penal como um dos argumentos de defesa para a constitucionalidade da execução provisória da pena. É certo que é garantido a todo e qualquer condenado a impetração de recursos para uma possível revisão da decisão proferida ou até uma possível alteração em favor do acusado.**

**Entretanto, a partir do momento que há má-fé na realização desse direito, em busca de uma protelação, para que ocorra a prescrição do crime, e dessa maneira o não cumprimento do dever punível, observa-se a ineficácia existente na possibilidade de impetração de inúmeros recursos ao próprio andamento processual e na garantia de uma justiça temporal razoável e célere. Daí um ponto importante a ser destacado do HC nº 126.292/SP:**

**Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. (BRASIL, HC nº 126.292/SP, 2016)**

Ainda sobre os pontos a favor da utilização da execução provisória da pena, levantou-se o posicionamento de que a utilização deste instituto, não significa que as esferas ordinárias não possam cometer erros na hora do julgamento, bem como as extraordinárias, porém, mesmo com a utilização da execução provisória, o acusado não fica desamparado perante a justiça. Caso haja alguma irregularidade processual, ou até de mérito os mecanismos para tanto, continuam sendo válidos para serem impetrados em favor da parte prejudicada.

Esses foram os principais pontos apresentados no voto do min. Teori Zavascki sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena, em que, resumidamente, sustentou que a utilização desse mecanismo em nada fere o princípio da presunção da inocência, levando em consideração básica que os recursos extraordinários não possuem objetivo central em trabalhar a matéria de fato e provas do caso concreto, portanto não questionando a culpabilidade ou não do acusado.

Demonstrou-se que a ferramenta principal dos recursos extraordinários, servem para se analisar o direito objetivo do caso concreto. Verificando se os dispositivos legais, sejam constitucionais (recurso extraordinário) ou infraconstitucionais (recurso especial) estão sendo respeitados, sem que haja qualquer violação ao texto normativo.

Com o viés de buscar a efetividade jurisdicional penal, a execução provisória da pena, visa garantir que os recursos impetrados não sirvam como forma de se prolatar a decisão em trânsito em julgado. Impedindo assim, que caso o acusado tenha interesse tão somente em garantir a prescrição da pena da sua ação criminal, mesmo com a impetração de inúmeros recursos, terá de iniciar sua pena enquanto se espera o julgamento destes.

Por fim, faz-se interessante destacar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade número 43 e 44 que vieram contra o que foi decidido pelo HC 126.292/SP, destacando os pontos negativos da utilização da execução provisória da pena.

### **3.1 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E Nº44**

No início deste capítulo, trabalhou-se os pontos trazidos pelo HC nº 126.292/SP a respeito da constitucionalidade da execução provisória da pena. Dentre eles fora utilizado o posicionamento da efetividade da jurisdição penal, bem como a função dos recursos extraordinários e especiais, além de destacar que o princípio da presunção da inocência em momento algum é violado a utilizar este mecanismo. Entretanto, o Ministro Celso de Melo, na ADC nº43 levanta alguns pontos a respeito da decisão proferida no referido HC, considerando, em linhas gerais, que tal decisão é inconstitucional. Destaca-se um dos argumentos mais importantes apresentados em defesa da inconstitucionalidade deste instituto que expõem que, mesmo após a análise em segunda instância e em seguida possível análise na esfera extraordinária, o princípio da presunção da inocência, em nenhuma dessas fases perde força, tendo que ser garantido em todos os momentos do processo, o que impede assim a possibilidade da execução provisória antes do trânsito em julgado, sem mencionar a violação ao princípio da não culpabilidade.

**Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (BRASIL, ADC Nº 43, 2016)**

**Para o ministro do STF Celso de Melo, o princípio da presunção da inocência é um direito fundamental absoluto, que em situação alguma deve ser reduzido, seja qual for a fase processual. Bem como deixa claro que ninguém deve ter esse direito violado, tendo que o mesmo ser garantido em todo o momento até o trânsito em julgado, do que se pode destacar:**

**A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade, de penas restritivas de direitos ou, até mesmo, de simples pena de multa. O fato, Senhora Presidente, é que o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal. (BRASIL, ADC Nº 43, 2016)**

**Outro argumento na ADC nº 43 diz respeito à segurança jurídica, que deve ser garantida através do cumprimento legal do que está escrito tanto no texto constitucional e nos textos infraconstitucionais. E uma das premissas básicas expostas na Constituição Federal a respeito da culpabilidade, é o previsto no art. 5º, inciso LVII.**

**Outro dispositivo que confirma que a execução da pena só pode ser realizada após o trânsito em julgado, é o art. 105 da Lei de Execução Penal[4] cujo cumprimento garante a segurança jurídica, daí observar-se o caráter inconstitucional que a execução provisória da pena possui.**

**Vê-se, portanto, 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, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (BRASIL, ADC Nº 43, 2016)**

**À luz da ADC nº 43, observou-se como principais pontos esses elencadas anteriormente, frisando que a execução provisória ao entender do Min. Celso de Melo, não garante a presunção da inocência, bem como é inviável a utilização deste**

**mecanismo a partir do momento que o próprio texto constitucional condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado. Dito isso, outra fonte de argumentos a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória da pena é a ADC nº 44. Quanto à ADC nº 44, pode-se observar alguns argumentos a favor da aplicação da antecipação da execução penal, valendo ressaltar que alguns deles são expostos pelo Min. Marco Aurélio, que defende o posicionamento de que o princípio da presunção da inocência em momento algum é violado com a aplicação deste instituto.**

**Sustenta o ministro que o princípio da presunção da inocência não pode ser analisado de maneira ímpar, levando em consideração uma leitura ao pé da letra que somente considera-se culpado após o trânsito em julgado. Devem-se levar em consideração os demais princípios constitucionais, como a celeridade processual, a segurança jurídica dentre outros. Dessa maneira destaca-se trecho a respeito do seu posicionamento:**

**Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos. Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. (BRASIL, ADC Nº 44, 2016)**

**Ainda a respeito do posicionamento do ministro Marco Aurelio, o mesmo levanta a excepcionalidade do recurso extraordinário e especial com efeito suspensivo, tanto no Código de Processo Penal, bem como no novo Código de Processo Civil de 2015, em vista do disposto no artigos 3º do CPP e art. 995[5] concomitante com o art. 1029 §5º do CPC/2015 destaca-se em suas palavras:**

**Após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal . (BRASIL, ADC Nº 44, 2016)**

**A regra dentro do entendimento a respeito dos recursos extraordinários e especiais é que ambos têm efeito devolutivo, excepcionalmente podem vir a ter caráter suspensivo. É o caso da aplicação da execução provisória da pena, se levamos em consideração o disposto nos dispositivos anteriormente comentados, bem como o**

**efeito devolutivo dos recursos extraordinários e especiais, verifica-se a viabilidade da aplicação da antecipação da execução penal, não podendo se falar em inconstitucionalidade do instituto.**

**Ademais, através do HC 126.292/SP e as ADC's nº 43 e 44/DF, pode-se verificar as divergências existentes entre os posicionamentos da constitucionalidade da antecipação da execução penal como o posicionamento da sua inconstitucionalidade. Dentre os principais argumentos, a aplicação do princípio da presunção da inocência, a efetividade da jurisdição penal, a segurança jurídica, o aspecto processual dos recursos extraordinário e especial, bem como seus efeitos.**

**De todo modo, para dar continuidade à temática em discussão, a seguir discorrerá acerca do conflito de princípios existentes, entre o princípio da presunção da inocência *versus* o princípio da efetividade jurisdicional à luz da antecipação da execução penal.**

**[1] Art.5º, inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.(BRASIL, Constituição, 1988)**

**[2] Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, que afirmou em seu art. 11: “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.” (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)**

**[3] Art. 5, LXXVIII: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, Constituição, 1988)**

**[4] Art. 105 LEP: Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. (BRASIL, Lei de Execução Penal, 1984)**

**[5] Art. 995 CPC/2015: Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015)**

**Art. 1029: O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: §5º: O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015)**