

A COMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE

THE COMPATIBILITY OF EARLY EXECUTION OF SENTENCE WITH THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

Caio Manoel Clementino de Alcântara¹

RESUMO

O instituto da execução provisória de pena tem sido objeto de diversas discussões nos tribunais brasileiros, principalmente dentro do Supremo Tribunal Federal, que alterou repetidamente sua posição desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em relação à adoção ou não desse instituto processual. Portanto, o presente trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade da execução penal provisória à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, em especial o princípio da presunção de inocência. Além disso, buscou-se realizar um exame das principais decisões no entendimento jurisprudencial sobre a execução penal provisória, abordando os votos contrários e favoráveis apresentados pelos ministros do Supremo, e verificando as consequências imediatas e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Para isso, foi conduzido um estudo bibliográfico das decisões mais recentes sobre a temática proposta, bem como uma análise das discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais. Foi utilizado o método de documentação indireta, composto por pesquisa documental (leis, sentenças, acórdãos, pareceres, jurisprudências) e bibliográfica (livros, artigos e periódicos). Portanto, constata-se que, a partir do julgamento do HC nº 126.292/SP, o posicionamento vigente no STF é o da possibilidade de execução provisória da pena, visto que não viola a garantia da não-culpabilidade (presunção de inocência), um direito fundamental previsto no corpo constitucional, elencado no art. 5º, LVII.

Palavras-chave: Execução provisória, não-culpabilidade, presunção de inocência, Constituição

¹ <https://orcid.org/0009-0005-2891-4079>. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única (2019). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única (2020). Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - Urca (2019). Advogado e Analista Legislativo - Direito - na Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

ABSTRACT

The institute of provisional execution of sentence has been the subject of various discussions in Brazilian courts, particularly within the Federal Supreme Court, which has repeatedly changed its position since the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, regarding the adoption or non-adoption of this procedural institute. Therefore, the present work aimed to analyze the possibility of provisional criminal execution in light of constitutional and procedural criminal principles, especially the presumption of innocence principle. Additionally, it sought to conduct an examination of the main decisions in jurisprudential understanding regarding provisional criminal execution, addressing both opposing and favorable votes presented by the justices of the Supreme Court, and assessing the immediate consequences and their compatibility with the legal framework. To achieve this, a bibliographic study of the most recent decisions on the proposed theme was conducted, along with an analysis of doctrinal and jurisprudential discrepancies. The method of indirect documentation was employed, consisting of documentary research (laws, judgments, rulings, opinions, case law) and bibliographic research (books, articles, periodicals). Therefore, it is noted that, following the judgment of HC No. 126,292/SP, the prevailing position in the Supreme Court is that of the possibility of provisional sentence execution, as it does not violate the guarantee of non-guiltiness (presumption of innocence), a fundamental right provided in the constitutional framework, listed in Article 5, LVII.

Keywords: Provisional execution, non-culpability, presumption of innocence, Constitution

1.INTRODUÇÃO

Qualquer pessoa humana possui o direito de ser presumida inocente. Esse direito consiste em um princípio fundamental de direito, expressamente referido no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Em momento posterior, essa garantia foi sendo incorporada ao sistema jurídico dos Estados, sendo hoje acolhida praticamente de forma universal.

O Princípio da Presunção da Inocência, amparado no Pacto de San José da Costa Rica de 1969, que foi ratificado no texto constitucional brasileiro vigente sob a

denominação de Princípio da não culpabilidade, é uma garantia fundamental que busca preservar a liberdade do acusado criminal de ofensas decorrentes do *jus puniendi* estatal. Dentre os variados aspectos que abrangem o princípio da presunção de inocência, está entre os de maior relevância a prisão, pelo fato de que esta se opõe a um dos principais, possivelmente o principal direito fundamental: a liberdade.

A regra da não-culpabilidade foi consagrada na Carta Maior de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, o qual afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em virtude disso, a execução provisória da pena, prevista no artigo 669, inciso I do Código de Processo Penal se tornou alvo de intenso debate pelos doutrinadores e órgãos do Poder Judiciário.

Nos últimos anos, a temática da execução antecipada da sentença penal condenatória tem sido bastante debatida no mundo jurídico, especialmente entre os pretórios superiores, a saber se viola ou não o preceito fundamental da não culpabilidade.

Ademais, o tema citado fora selecionado em virtude das inúmeras discussões perante os órgãos superiores do poder judiciário, principalmente perante a Suprema Corte, sobre a aplicação do instituto ora mencionado e a possível mitigação do direito individual à presunção de inocência.

Desta forma, grande parte da doutrina defendia que a execução provisória restava em uma evidente ofensa à presunção de inocência e, em face disto, em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o HC 84.078/MG decidiu pela impossibilidade do aludido instituto.

No entanto, desde o ano de 2016, a partir do julgamento do HC 126.292/SP, o entendimento jurisprudencial do STF vem mostrando ser possível a antecipação da execução do cumprimento da pena. De acordo com os recentes julgados da Corte Constitucional, a antecipação do cumprimento de pena, após o esgotamento da apreciação da matéria fática, não fere o Princípio da não culpabilidade.

A partir disso, tal norma-princípio deve ser avaliada sobre três óticas distintas: a) regra de tratamento; b) distribuição do ônus probante para o acusador; c) possibilidade de o Estado impor antecipação do cumprimento da pena.

Contudo, destaca-se que foi relativizado o princípio da presunção de inocência, sob o argumento que os princípios são flexíveis. Assim, tanto a sociedade quanto a liberdade merecem proteção, devendo ser analisado caso a caso, ao entender, o STF, que a execução antecipada da pena atende a finalidade protetiva da sociedade, sem restringir desproporcionalmente a liberdade humana, além de que mais de 90% dos países do Ocidente executam a pena após esgotado o duplo grau de jurisdição.

Verifica-se que, com a Constituição Cidadã, o STF ora admitia a execução provisória da pena, ora admitia a prisão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa mudança de entendimento deu relevância ao tema e sua importância nos dias atuais, tanto para os aplicadores do direito, quanto para a sociedade, tendo em vista que relativizou a inocência do acusado antes de esgotarem todos os recursos, possibilitando sua prisão de forma definitiva.

Assim, será feito um estudo sobre a norma-princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) e sua estreita relação com o instituto da antecipação da execução da sentença penal, observando outros preceitos constitucionais e processuais penais interligados, analisando-se os seguintes questionamentos: Quais os reflexos da antecipação da execução da pena? O aludido instituto ofende os preceitos constitucionais? Qual as posições do Supremo Tribunal sobre o tema?

Ademais, o tema citado fora selecionado em virtude das inúmeras discussões perante os órgãos superiores do poder judiciário, principalmente perante a Suprema Corte, sobre a aplicação do instituto ora mencionado e a possível mitigação do direito individual à presunção de inocência.

Desta forma, primeiramente, a presente pesquisa acadêmica tem como objetivo a probabilidade de aplicação do instituto da execução provisória da pena observando a salvaguarda constitucional de presunção de inocência conferida ao acusado de prática de infração penal, bem como pretende, secundariamente, discorrer acerca dos princípios atinentes à matéria e sobre as decisões pertinentes proferidas pelos tribunais superiores.

Para isso, foi realizado estudo bibliográfico sobre a temática abordada e uma análise sobre as divergências jurisprudenciais inerentes, inclusive das atuais

decisões do STF sobre a temática proposta, a citar os HC nº 84.078/MG, HC 126.292/SP e HC 152752 PR, bem como as ADC'S Nº 43 e 44.

No presente trabalho acadêmico será utilizado o método dedutivo através da técnica da pesquisa qualitativa e indireta, e o método de procedimento, vez que a pesquisa será delineada sob o histórico e o comparativo. Dessa maneira, será realizado análise histórica e doutrinária acerca da aplicação do princípio da não-culpabilidade e outras garantias constitucionais conferidas ao réu, bem como se procederá a realização de comparativos entre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação à antecipação da execução penal após a análise de apelação.

O estudo realizado sobre a temática abordada se dará através da jurisprudência dos tribunais superiores, a citar o STF, da construção doutrinária na esfera jurídica, além de técnicas de exame de artigos científicos e leitura de casos que versem sobre o assunto proposto.

O trabalho foi produzido com o intuito de que se alcance o equilíbrio necessário na balança da justiça, ou seja, que sejam observadas as disposições constitucionais – grandes conquistas históricas em face do Estado autoritário – e, também, que haja sistema penal com que realize sua função de forma efetiva, gerando, assim, efeito de prevenção geral, e combatendo à criminalidade.

2. COEXISTÊNCIA DO BINÔMIO *IUS PUNIENDI X IUS LIBERTATIS*

É cediço que Estado deve exercitar o poder punitivo para coibir ações que impendem a vida harmônica em sociedade, punindo os sujeitos que as praticam com o objetivo de conferir um status de segurança. Todavia, ao passo em que é exercido o direito de punir, é imprescindível a proteção da liberdade, quando for o caso, juntamente a outros direitos previstos constitucionalmente.

Ao longo deste capítulo, debateu-se a existência mútua entre a punição e a liberdade individual, ambas necessárias para a validação da persecução penal.

2.1 DIREITO PENAL E O ANSEIO SOCIAL POR JUSTIÇA

Hodiernamente, pode-se afirmar que o Direito Penal é resultado de um processo evolutivo que se originou com o advento da vida em sociedade e a necessidade de regulamentar a comunidade social. A partir do momento em que o ser humano começou a viver em sociedade, o controle social provou-se necessário para se adequar determinadas condutas dos integrantes da sociedade mediante normas definidas para a coabitação pacífica, com suas respectivas consequências.

Com o intuito de preservar a harmonia entre seus pares, a sociedade utilizou-se de suas concepções para solucionar conflitos que emergiam no seu interior. Desta forma, para atingir este fim, estruturou-se sistematicamente visando assegurar a liberdade a seus integrantes.

Assim, para assegurar o bem-estar social, foi entregue ao Estado o dever de estabelecer condutas que não seriam permitidas mediante normas gerais e abstratas, inclusive normas sancionatórias para os casos de violação das primeiras. Nesta perspectiva emerge o Direito Penal, decorrente do anseio social por justiça, de forma a garantir a ordem jurídica valendo-se de sua coercibilidade.

Nessa ótica, Batista (2015) ensina:

O Direito Penal possui função pública e tem, enquanto ciência autônoma, a missão de proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social - os denominados bens jurídicos. Por isso, somente o Estado tem o direito público subjetivo de punir e, como expressão própria da sua soberania, coloca-se acima dos sujeitos e suas relações e subordina-os juridicamente à sua prerrogativa de dizer o Direito.

Surge, então, a inquietante indagação: por que punir? Para responder esta pergunta, cita-se o escrito de Pegoraro (2010):

Em todas as sociedades se pune porque em todas elas existe um gerenciamento de prêmios e castigos que adquirem diversas formas, conforme os costumes, as tradições, as instituições, as personagens, os rituais e as relações sociais, mas, principalmente, porque alguém ou alguns têm o poder de punir.

Sobre o anseio social por justiça ante o Direito Penal, Silva (2009) ressalta que “a sociedade através do Direito Repressivo torna-se ansiosa para que o Estado, com eficiência, exerça o seu eficaz direito de punir todo ato tido como criminoso, e,

somente se dá por satisfeita quando a reparação ao sentimento moral ofendido”.

Insta salientar que uma das principais ocupações da justiça desde o surgimento da vida em comunidade foi, além de reparar danos causados pelas pessoas, a de punir comportamentos considerados incompatíveis com a sociedade, hoje denominados de infração penal. Especificamente para essa finalidade se manifestou o Direito Penal, cujo objetivo era estabelecer atos tidos como delitos e a cominar das penas aplicadas como retribuição por esses atos.

Na atualidade, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal passou a ter várias finalidades, não existindo somente a função retributiva, tendo em vista que vez que deve haver o caráter preventivo e ressocializador. Desta forma, Medeiros (2015) versa:

Os adeptos da meta da segurança jurídica acreditam que a pena tem caráter de prevenção geral, ou seja, que serve de parâmetro a fim de que aquelas pessoas que não tenham delinquido, observem as consequências dos atos de alguém que delinuiu e não o faça. Em contrapartida, os adeptos da meta da defesa social encaram a pena com caráter de proteção especial, acreditando que esta advém para aqueles que delinquiram, reeducando e ressocializando a fim de que este não volte a rescindir no delito. Há aqueles também que unem estas duas teorias, expondo que a pena de um lado é retribuição, e de outro, prevenção.

Ademais, com a prática de condutas social e penalmente reprováveis emana para o Estado o direito de coibir e punir quem as pratica, podendo aplicar as sanções legais que entender cabíveis, desde que observada a dignidade do ser humano, bem como os direitos fundamentais dela decorrentes.

Nesta perspectiva, a Constituição Federativa de 1988 traz em seu corpo legal os princípios inerentes ao Direito Penal, onde para que haja a devida justiça é preciso que se observe não só a aplicação formal da lei, mas também dos princípios norteadores do Direito.

2.2 *IUS PUNIENDI* ESTATAL

O *ius puniendi* estatal trata-se de poder-dever conferido ao Estado para punir comportamentos proibidos pelas regras jurídicas impostas por ele, ou seja, consiste na imposição de sanção pena como retribuição por violações a normas

sociais, revelando-se no Direito Penal Subjetivo, que se estrutura sob um tripé: a) poder de ameaçar com uma sanção; b) direito de aplicar a sanção; c) direito de executar a sanção.

Quanto à titularidade do direito de punir não resta dúvidas de que esta pertence ao ente estatal, uma vez que decorre de sua soberania, cabendo a este ditar quando incidirá a punição e sua extensão. Logo, o poder punitivo somente pode ser utilizado por um órgão do Estado, na medida em que, a imposição de sanção é proibida a entes privados, o que era permitido nos séculos anteriores. Assim, só é possível aplicar a pena um órgão componente do Poder Judicial que possua de função jurisdicional.

Sobre a titularidade do Direito de Punir, Filho (2001) ensina:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado como uma das expressões mais características de sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe in *abstracto* e in concreto. Com efeito. Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a 'pretensão punitiva'. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena.

Além de conferir direitos ao Estado, o *ius puniendi* também implica em deveres, tornando-o responsável pela manutenção da segurança de todas as pessoas submetidas à sua jurisdição, fazendo com que sejam protegidos bens jurídicos valiosos para o homem mediante a ameaça penal. Seguindo este raciocínio, Rolino (2011) ensina:

A proteção dos bens jurídicos dos indivíduos se procede através da incriminação de determinadas condutas. No entanto, apenas proibir ou exigir não é suficiente para que as pessoas se comportem de acordo com a norma penal, mas é imprescindível que o descumprimento tenha como consequência uma sanção. Dessa forma, o Direito Penal tem por finalidade essencial proteger os valores mais importantes dos indivíduos e da sociedade em geral. Tais valores são chamados bens jurídicos penais, entre os quais se destacam: vida, liberdade, propriedade, integridade física, honra, patrimônio público, dentre outros.

Por sua vez, é notório que a base jurídica que autoriza e legitima o *ius puniendi* é a própria Constituição, quando versa sobre princípios que regem a política penal. Na visão de Medeiros (2015), “as normas penais têm um forte substrato constitucional que lhe fornece os parâmetros para a fundamentação e legitimação do *jus puniendi*. Se não houvesse tal previsão na Constituição os cidadãos estariam isentos da sanção penal”.

O direito punitivo estatal, normalmente, é classificado de dois modos: o direito concreto que consiste em as normas penais propriamente ditas, também denominadas de normas de conduta negativa, isto é, o sujeito tem o dever de não praticá-las; do contrário, a *contrario sensu*, havendo violação daquelas, surge o direito concreto mediante o qual o Estado passa a ter um direito subjetivo de punir aquele indivíduo que praticou a conduta ilícita.

Além disso, o poder punitivo estatal possui limitações de modo, tempo e espaço. Quanto ao **modo**, está limitado pois deve respeito aos direitos e garantias fundamentais como o princípio do devido processo legal, que será debatido posteriormente. Também possui limites no **espaço**, uma vez que, via de regra, impõe-se a lei penal aos fatos praticados no território nacional. Em relação ao limite **temporal**, o *ius puniendi* não é eterno, tendo em vista que há a prescrição, sendo essa a perda da pretensão punitiva ou executória em razão do lapso de tempo decorrido ante a inércia estatal.

2.3 IUS LIBERTATIS

Diferentemente, o *ius libertatis* consiste no direito fundamental à liberdade que é conferido a todas as pessoas, o qual está consagrado no caput do art. 5º da Constituição Federal. Este dispositivo constitucional, ao dispor que “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”, afirma claramente que, além de ser um

direito individual, consiste no dever estatal de promover a garantia de liberdade a toda e qualquer pessoa.

Acerca da liberdade humana, Costa (2013, p. 120) afirma que esta é “sempre a liberdade social, é o modo de expressar que a dignidade da vida depende de cada um de nós”. Destarte, a liberdade e a justiça são consideradas pelo homem como valor fundamental da existência do indivíduo e da sociedade. Ocupa um lugar privilegiado na consciência atual da humanidade.

A liberdade é apresentada pelos direitos humanos de primeira geração, os quais transparecem a transformação político-jurídica entre um Estado autoritário para um Estado de Direito, onde os mesmos se encontram interligados diretamente aos direitos civis e políticos. O direito à liberdade possui estreita relação com o fundamento da dignidade da pessoa humana, ambos prestigiados pela ordem constitucional nacional.

2.4. APLICAÇÃO DO *IUS PUNIENDI* E DO *IUS LIBERTATIS* NO BRASIL NOS MOLDES CONSTITUCIONAIS

No decorrer da história, ao se estruturar politicamente, o ente estatal tomou para si a guarda do *ius puniendi*, ditando à sociedade a observância de determinadas normas jurídicas, que se violadas ocasionariam na aplicação de uma sanção penal. Com isso, surgiu a necessidade de assegurar as garantias fundamentais e individuais como forma de evitar excessos arbitrários.

Como foi visto, com o advento da Constituição Federal de 1988, além de o Estado conservar o *ius puniendi*, também lhe é conferida a tutela do *ius libertatis*, através da consagração de vários direitos fundamentais previstos no diploma constitucional. Isto quer dizer que o Estado pode impor sanções ao indivíduo que violar as normas penais delitivas, desde que observados os valores e garantias assegurados a ele.

O *ius libertatis* tem relação contrária ao instituto da prisão, entendida como a privação da liberdade. Desta forma, percebe-se que, na ordem jurídica pátria, o direito à liberdade é a regra, ao passo que a prisão (pena extrema) é excepcional,

isto é, deve vigorar a liberdade individual, até que esta possa ser restringida nos casos tipificados em lei.

Ademais, sobre a existência do binômio liberdade versus punição, Medeiros (2015) dispõe que:

O sistema punitivo do Estado visa prevenir e/ou reprimir a criminalidade, realizando a pretensão punitiva em face da ocorrência de um crime, contudo, visa também proteger o indivíduo contra a arbitrariedade da autoridade assegurando ao acusado ou suspeito o direito de defesa, bem como não se esquecendo das exigências fundamentais de respeito à dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que, além do *ius puniendi*, o Estado tutoria também o *ius libertatis* do indivíduo. Para que exista uma “igualdade de polos” no convívio social, o poder-dever do Estado é restringido na Constituição Federal, logo, ele próprio não pode executá-lo, devendo ficar adstrito ao império da lei.

Insta salientar que a relação punição-liberdade é debatida ao longo dos dispositivos constitucionais e processuais penais, inclusive princípios inerentes à temática, que limitam a abrangência do direito de punir, tornando-o exceção. Portanto, entende-se que no processo penal, como regra, o réu deverá ser investigado e processado em liberdade.

Para resguardar o equilíbrio entre o direito de punir as garantias fundamentais do acusado, a própria CRFB/1988 elencou uma gama de Princípios Constitucionais, que servem de suporte para a imposição de qualquer medida punitiva ao processado.

Nesse momento, cabe citar o princípio do *Favor Rei* ou *Favor libertatis*, o qual fundamenta-se na predominância do *ius libertatis* do acusado, quando colocado em confronto com o *ius puniendi* do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalece o interesse do réu. Para explicar o princípio do Favor Rei, Mendonça (2018) ensina:

Para especificar o que seria o *favor rei* ou *favor libertatis*, precisamos nos lembrar que em oposição ao direito concreto de punir do Estado está o direito à liberdade de cada um de nós, inclusive do infrator. O Processo Penal surge na tentativa de dirimir este conflito: direito de punir versus direito à liberdade. Problema existe quando surge qualquer tipo de dúvida na solução deste conflito, dúvidas estas que podem ocorrer em momentos diversos: na análise de uma nova norma, na solução de um conflito de duas ou mais normas, na análise de um recurso ou ainda na hora do juiz utilizar

do seu convencimento para proferir sentença, dentre outros. Decorrem do favor rei os princípios do *in dubio pro reo*, da proibição da *reformatio in pejus*, da extensibilidade das decisões benéficas, o princípio da reserva legal, a irretroatividade da norma penal, a impossibilidade de analogia *in malam partem*, a impossibilidade de revisão criminal *pro societate*, etc.

Ainda, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio do devido processo legal com previsão no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/1988, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Segundo Bayer (2013), este princípio consiste em:

Proteção ao indivíduo tanto sob o aspecto material, com a garantia de proteção ao direito de liberdade, quanto sob o aspecto formal, assegurando-lhe a plenitude da defesa e a igualdade de condições com o Estado-persecutor. (...) visa assegurar às partes interessadas o estabelecimento e o respeito a um processo judicial instituído em lei e conduzido por um juiz natural, sendo que este deve ser dotado de independência e imparcialidade, resguardando-se o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos e a motivação das decisões ali proferidas

Em outras palavras, o Estado deve, observando o princípio do *due process law*, através do processo, confirmar a responsabilidade do agente, para, depois, aplicar pena a este.

Contudo, não se pode esquecer do fundamento da dignidade da pessoa, denominado de macro princípio, que é a base sobre a qual todos os mecanismos constitucionais estão são erguidos e sedimentados, bem como o elemento referencial para a interpretação e aplicação das regras jurídicas. Se houver violação a qualquer princípio também viola o da dignidade da pessoa humana. Com esse ponto de vista, Gomes (2008, p. 6) acresce o seguinte:

O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos, a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas.

Além dessas garantias supramencionadas, destaca-se o princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência, que será tratado a posteriori, que visa proteger o direito de liberdade, pois o processo penal se incube de tutelar o atrito entre a liberdade individual e do direito estatal de punir o indivíduo que infringe as leis incriminadora.

Por fim, deve o Estado efetuar seu direito e dever de punir como limite ao status de liberdade assegurado ao homem, uma vez respeitado o devido processo legal, a ampla defesa e os demais princípios norteadores do direito, cujas metas são possibilitar a coerência na efetivação das normas.

3. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: ASPECTOS GERAIS

Com o surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o ordenamento jurídico pátrio passou a vigorar o macro princípio norteador da dignidade da pessoa humana, assegurando a todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna.

Dentre esses direitos e garantias se encontra o Princípio da Não-culpabilidade, que está previsto no rol de direitos fundamentais individuais elencando no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988, de acordo com o qual veda tratar como culpado aquele que não foi condenado irrecorrivelmente. Desse modo, compreende-se que qualquer sujeito indiciado ou processado terá o *status* de inocente até que seja confirmada sua culpabilidade ao fim do processo penal por meio do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, quando não houver mais recursos a serem interpostos. Advinda a coisa julgada, o condenado será considerado culpado pela infração penal praticada e preso por sentença devidamente fundamentada, de acordo o inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.

Em outras palavras, o princípio da não culpabilidade é um dos princípios basilares do Estado de Direito, e, como garantia processual penal, objetiva a tutela da liberdade pessoal, destacando a necessidade de o Estado atestar a culpabilidade do indivíduo, que é, segundo a legislação, presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.

Sobre a temática, Carvalho (2009, p. 5) leciona:

Ora, se a Constituição presume uma das partes inocente, é intuitivo que tenha atribuído todo o encargo probatório à outra. Não teria qualquer sentido que a parte constitucionalmente declarada presumidamente

inocente, tivesse que demonstrar o que a Constituição proclama com todas as letras. Além dessa interpretação literal, pode-se concluir que esse entendimento é da essência do regime democrático, cabendo àquele que acusa comprovar cabalmente a acusação.

No entanto, antes mesmo da Constituição Federal trazer expressamente em seu texto a garantia da não-culpabilidade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pelo seu artigo 11, já mencionava que:

Artigo 11. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Mais tarde a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969 trouxe em seu artigo 8º, item 2, a garantia da não-culpabilidade, mas sob a denominação de “Princípio da Presunção de Inocência”. De acordo com o dispositivo anteriormente aludido “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Desta forma, pelo fato de tais diplomas tutelarem o mesmo bem jurídico, qual seja a garantia de liberdade do indivíduo antes de uma condenação efetiva, com títulos diferentes, a doutrina é controversa sobre qual seria a nomenclatura mais adequada. A controvérsia se fundamenta especificamente na interpretação do princípio recepcionado no texto constitucional, que presumia inocente o acusado de cometer um delito infracional penal. De forma que outra corrente doutrinária considerava que a CRFB/1988 não teria recepcionado a presunção de inocência, mas sim, a presunção de não-culpabilidade.

Defendendo a segunda visão da doutrina, Rangel (2010, p.24) explica que, no Brasil, não há presunção, mas sim, declaração, tendo em vista que, para ele, a Constituição Federal não presume que alguém seja tratado como inocente, porém, declara que ninguém será considerado culpado até que passe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Neste sentido, destaca-se:

(...) primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

Contudo, enfocando tais debates, destaca-se a visão categórica de Badaró (2012, p. 24), que apregoa:

(...) as expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, apesar de na seara doutrinária haver a presente discussão sobre qual rótulo deve prevalecer, é importante ter em mente que, independentemente da redação da garantia no bojo constitucional, seu conteúdo permanece o mesmo, abrangendo de forma material todo acusado em processo penal.

Mesmo que não fosse, o Brasil confirmou e incorporou ao seu ordenamento o Pacto de San José da Costa Rica, conforme mencionado acima, onde a presunção de inocência é garantida de forma literal e, de acordo com o entendimento decorrente da Constituição, o tratado internacional que aborda acerca direitos humanos têm força normativa infraconstitucional e supralegal.

3.1 EFEITOS DIRETOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (NÃO-CULPABILIDADE)

É cediço que, para os doutrinadores da atualidade, a regra da presunção de inocência deve ser analisada sobre três enfoques, que também são chamados de efeitos diretos, quais sejam: a) a dimensão do tratamento dispensado ao indiciado ou réu (regra de tratamento); b) a dimensão de garantia (regra do Estado);

e c) a dimensão probatória (regra de juízo).

O primeiro efeito trata-se de uma regra de tratamento, que é direcionada *a priori* ao legislador e a posterior ao operador de direito e, por fim, à sociedade. Esta regra implica no direito de o réu ser tratado inocente até que o Estado tenha certeza da culpabilidade daquele, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em outras palavras, antes do trânsito em julgado o ente estatal não pode tratar o indiciado ou réu como se já fossem declarados culpados. Logo, nesse primeiro momento, a presunção de inocência dita ao Poder Público um dever de tratamento que precisa ser observado por todos os seus agentes.

Neste momento, insta destacar a importância do verbete nº 444 da súmula do STJ que veda a utilização de condenação ainda não transitada em julgado para fins de caracterização de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade negativa em face do réu. Adotando este entendimento, Gabriel (2018) afirma o seguinte:

Ante o exposto, imperioso constatar a necessidade de releitura da Súmula 444 do STJ, permitindo que condenações criminais, mesmo que em 1º grau, possam ser valoradas na dosimetria de outros processos. Tal conclusão encontra alicerces na atual concepção do princípio da presunção de inocência, consagrada na recente jurisprudência do STF, bem como nos princípios da isonomia na vertente substancial e da efetiva individualização da pena. Assim, a exasperação da pena não pode se lastrear em inquéritos policiais e ações penais em andamento, isto é, que ainda estejam na fase de instrução e sem o reconhecimento jurisdicional de culpa.

Além disso, destaca-se também, como decorrência do princípio da presunção de inocência, a Súmula Vinculante Nº 11 do STF, segundo a qual:

Só é lícito no caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidades por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Insta salientar que a aplicação de algemas, além de pôr em xeque a garantia da presunção inocência (não-culpabilidade), também macula os demais preceitos constitucionais, inclusive o princípio da dignidade do ser humano. Com isso, busca-

se limitar o arbítrio estatal ao evitar o uso de algemas em face de um acusado de forma desnecessária, tendo em vista que a sua utilização pode acarretar na violação da regra de tratamento acima tratada.

O segundo efeito consiste em uma regra de garantia em contraposição as opressões tanto públicas quanto privadas. Isto é, o Estado, para efetivar o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, recebe do constituinte a obrigação de tomar todas as medidas que possibilitem assegurar ao indiciado ou réu tratamento digno. Sobre esta ótica, o réu não pode ser obrigado a cumprir pena enquanto houver chance de reanálise da matéria fática, salvo se a prisão tiver caráter meramente cautelar. Ou seja, somente é possível a antecipação da execução da pena após a condenação em segunda instância.

Logo, entende-se que somente haverá possibilidade de uma eventual privação de liberdade durante o primeiro e segundo graus de jurisdição caso seja extremamente imperiosa a sua decretação. Então, antes de ser julgada a apelação (que é o recurso no segundo grau de jurisdição) o decreto prisional reveste-se meramente como uma medida cautelar.

Dessa forma, em razão da natureza cautelar tal prisão só será possível se estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, quais sejam o *fumus comissi delicti*, que se traduz na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria, e o *periculum libertatis*, que se demonstra como garantia ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ainda, conforme o mesmo efeito, a pena imposta na sentença condenatória restará suspensa enquanto a apelação não for julgada, nos moldes do art. 597 do CPP. Por outro lado, após julgada a apelação, há a possibilidade de executar provisoriamente a pena imposta, tendo em vista que os recursos cabíveis não têm efeito suspensivo.

De acordo com o terceiro efeito, a presunção de inocência é uma regra probatória tendo em vista seu condão de alterar os preceitos de ônus da prova no direito processual penal. Assim, tal garantia constitucional determina que o Estado-Juiz, ao proferir uma sentença, havendo dúvida acerca do conjunto de provas

produzidas ao longo do processo, deve absolver o réu ante a fragilidade das provas presentes nos autos.

É evidente a discrepância de forças entre a acusação e defesa, levando em consideração que aquela possui todo o aparato estatal em seu benefício, ocasionando em um desequilíbrio. Sobre a temática, Lima (2017) aduz:

A defesa, por sua vez, fica desincumbida de tal mister, podendo provar o que por ventura alegar, mas não tem esse ônus, pois havendo ausência de provas para condenação, o réu será absolvido, independentemente de qualquer coisa. (...) Nota-se que a carga probatória se encontra, única e exclusivamente, nas mãos da acusação, pois é tarefa do órgão ministerial promover a ação penal contra o suposto autor do fato.

Desta maneira, percebe-se que, via de regra, o princípio da não culpabilidade distribui e entrega o encargo probatório nas mãos da acusação para provar o que a própria alega de modo hábil a enfraquecer as teses apresentadas pelo réu, a quem o sistema normativo-jurídico confia mera faculdade de produção probatória.

4. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

A respeito do surgimento do princípio da presunção de inocência no âmbito internacional, verifica-se que tal norma se emanou no cenário do pós Segunda Guerra, buscando-se garantir e sustentar o Estado Democrático de Direito, bem como proteger os direitos dos seres humanos. Nesta linha de raciocínio, Costa (2001) afirma:

Nota-se que o princípio da presunção de inocência vem a ser parte integrante de textos internacionais em âmbito “mundial” e “europeu” no afã do Pós-Guerra. É após a derrota de regimes totalitários - Nazismo e Facismo – que se tem a preocupação de se proteger os direitos e garantias fundamentais do ser humano perante o Estado. A ONU e o Conselho da Europa, com o intuito de cristalizar a vitória da democracia sobre o totalitarismo estabelece, dentre outros, o princípio da presunção de inocência como condição para os Estados Democráticos de Direito.

As experiências constitucionais de outros Estados, através de uma análise comparativa de institutos comuns frente a ordenamentos jurídicos diversos serve

como respeitável meio de orientação ou diretriz aos operadores do Direito. Desta forma, faz-se necessário analisar brevemente, sob o enfoque internacional, sobre a aplicação da não culpabilidade (presunção de inocência) e a execução da pena imposta por sentença condenatória.

A priori, destaca-se a Constituição da República Portuguesa de 1976 que, em seu art. 32, consagra: “todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

De acordo com o dispositivo constitucional português, percebe-se que a celeridade processual decorre do princípio da presunção de inocência, impondo que o acusado deva ser julgado no mais breve lapso temporal compatível com as garantias do réu.

Além disso, adotando o mesmo sentido, o art. 27 da Constituição Portuguesa, atesta que “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”.

No entanto, o constituinte italiano estabelece no art. 27 da Constituição que “o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”. Logo, tal regra se assemelha ao da CRFB/1988 no seu art. 5º, LVII. É perceptível que na Constituição italiana apresenta os vocábulos “condenação definitiva”, e no Brasil usa-se “sentença transitada em julgado”, as quais são expressões equivalentes.

Ainda, a presunção de inocência está expressamente prevista na Constituição da República Islâmica. De acordo com seu art. 37, a “inocência há de ser presumida, e ninguém há de ser considerado culpado por uma acusação senão quando a culpa dele ou dela tenha sido estabelecida por um tribunal competente”. Portanto, observa-se que o aparato constitucional iraniano também não demanda a condenação definitiva, mas exige que a culpa seja confirmada por um tribunal competente.

Por sua vez, a Constituição Espanhola de 1978 foi o primeiro texto constitucional espanhol que consagrou expressamente o Princípio da Presunção de

Inocência, como garantia fundamental, porém não se exigiu o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em outras palavras, o Direito Espanhol estabelece a aplicação da Presunção de Inocência no momento da produção probatória, respeitado o contraditório, não se sujeitando ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Destarte, entende-se que a inclusão do princípio da presunção de inocência nos ordenamentos jurídicos modernos traduz-se na busca de valores essenciais para garantir a dignidade humana. Considerando os países supracitados como método comparativo, conforme suas com suas especificidades, denota-se que os textos constitucionais brasileiro e português determinam expressamente a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao passo que os outros não versam sobre o aludido princípio com o mesmo rigor.

4.1 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO PROCESSO PENAL INTERNACIONAL

O ordenamento jurídico argentino estabelece a possibilidade de execução penal antes de fazer a coisa julgada, tendo em vista que o seu Código de Processo Penal, em seu art. 494, afirma que a pena privativa de liberdade pode ser cumprida de imediato.

Ainda, vale ressaltar que a execução imediata da sentença condenatória tem previsão expressa no artigo 495 do CPP argentino, o qual estabelece as hipóteses em que a execução imediata da sentença pode ser suspensa. Portanto, se estas estiverem ausentes, a execução da pena pode ser imediatamente cumprida.

Na realidade jurídica espanhola, embora a presunção de inocência tenha previsão constitucional, vigora também o princípio da efetividade das decisões penais condenatórias, logo, ambas coexistem pacificamente servindo de limite para a outra, de acordo com a regra de ponderação, garantindo assim as garantias fundamentais às partes do processo criminal.

Desta forma, se o ordenamento jurídico espanhol consagra a efetividade da decisão condenatória, existe a possibilidade de executar antecipadamente a pena,

ainda havendo a possibilidade de interposição de recurso. Desta forma, Friescheisen, Nicida e Gusman (2016, p. 23) ensinam:

Seguindo este princípio, se o acusado foi condenado em processo em que lhe foi oferecido contraditório e ampla defesa, em que foram cotejadas todas as provas, observado está o princípio da presunção da inocência. A sentença condenatória é, deste modo, plenamente executável, mesmo que outros recursos estejam em trâmite.

Por sua vez, o Código de Processo Penal francês estabelece em seu art. 465 as hipóteses de expedição de mandado de prisão pelo Tribunal, ainda que haja pendência de outros recursos, como no caso do recurso de cassação. Assim, observa-se que há possibilidade de executar provisoriamente a pena imposta na condenação penal.

Salienta-se que na Inglaterra, a presunção de inocência também desaparece para o réu depois de advir a sua condenação na primeira instância. No Estado referido, o indivíduo processado só poderá ser condenado quando as provas coletadas pela acusação forem suficientes para sustentar uma condenação para além de qualquer dúvida razoável.

5. DA COMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COM OS DITAMES CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como foi debatido, a antecipação da execução da pena consiste em um dos seguimentos do princípio da não culpabilidade. Antes de discutir a respeito desse instituto faz-se necessário distinguir a prisão pena da prisão processual (cautelar).

A prisão processual conserva a natureza de medida cautelar pessoal, da qual decorre três espécies: prisão em flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva. Para Kumode (2016, p. 20), a prisão cautelar possui algumas características, quais sejam:

(..) Instrumentalidade, para assegurar a utilidade e eficácia do processo penal (aplicação do direito material no caso de eventual condenação); acessoriedade, na medida em que não é um fim em si mesmo, mas um mecanismo de um provimento final principal; preventividade, pois sua

finalidade é prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum libertatis*); provisoriedade, por ter prazo de duração (até a ocorrência de uma situação processual que não mais justifique a prisão, no caso da provisória; ou até o transcurso do lapso de 5 ou 30 dias, no caso da temporária); cognição sumária, eis que se exige apenas *fumus commissi delicti*, e não um juízo de certeza sobre o crime praticado; referibilidade, devendo a tutela cautelar estar vinculada ou conectada diretamente a uma determinada situação concreta de direito material; e proporcionalidade, pois a aplicação, duração, extensão e execução devem ser proporcionais ao delito praticado e ao que se pretende proteger, nunca podendo a medida cautelar ser mais gravosa que o próprio provimento final que se busca assegurar.

A medida cautelar prisional apresenta uma faceta excepcional, isto é, consiste em medida de *ultima ratio*, que possui o intuito de assegurar o regular prosseguimento do processo e evitar danos decorrentes de sua morosidade. Desta forma, para que ela seja decretada é exigida decisão fundamentada quanto à comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*.

Em contrapartida, a prisão pena decorre do preceito secundário da norma penal incriminadora e exterioriza a finalidade central do processo penal que é a aplicação da sanção punitiva estatal, que pode ser decretada sem que precise demonstrar a sua imprescindibilidade para o processo.

De acordo com o entendimento jurisprudencial majoritário, a prisão processual está em conformidade com a CRFB/1988, tendo em vista que, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade, no momento do decreto prisional, era necessária a restrição à liberdade para proteger o desenrolar da marcha processual. Como toda garantia constitucional, a garantia da não culpabilidade pode ser restringida, carecendo, pois, ser sempre conservado seu núcleo de preceito fundamental.

Insta destacar que a aplicação da prisão pena decorre de uma sentença penal condenatória, após confirmada a culpa do réu em um devido processo legal, assegurando o direito ao duplo grau de jurisdição (juízo recursal) àquele que não possui prerrogativa de função.

O duplo grau de jurisdição consiste na parcela da função de jurisdicional que possui competência para reanalisar a matéria impugnada e evita o trânsito em julgado da decisão, impedindo a execução da pena, em virtude do efeito suspensivo

que é dado ao recurso de apelação.

Sobre o recurso de apelação, Távora (2013, p. 952) ensina:

No sistema processual penal brasileiro, a apelação é o recurso manejável pela parte/assistente (sucumbente, ainda que parcialmente) para o fim de que seja uma decisão ou sentença reformada ou anulada pelo órgão de jurisdição de segundo grau. Desse modo, o apelo enseja a devolução da matéria decidida ao órgão ad quem nos limites da impugnação e, se necessário e diante da necessidade de novas provas, pode permitir a devolução de poderes instrutórios ao órgão de segunda instância (tribunal).

Depois da confirmação do pleito condenatório pelo segundo grau de jurisdição, ou seja, proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, surge a possibilidade de executar provisoriamente a pena.

A execução antecipada da pena representa a possibilidade da execução da sentença condenatória antes de produzir a coisa julgada, logo, presume a existência de um julgamento que não atingiu a sua definitividade.

Diante disso, o instituto da execução provisória da pena desde sua instauração no ordenamento jurídico volveu divergências doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, uma vez que há um aparente conflito entre o princípio da presunção da inocência e o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Bueno (2014, p. 146) traz a sua concepção sobre o último princípio citado:

O princípio da efetividade do processo também repousa na locução contida no art. 5º, XXXV, de que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, o mesmo que, rendeu ensejo à apresentação do “princípio do acesso à justiça.” Este princípio, por vezes, é enunciado como “efetividade da jurisdição.” (...) O princípio da efetividade do processo, volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste reconhecimento do direito, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo.

Assim, com os surgimentos do Código Penal (CP) e do Código de Processo Penal (CPP) a execução penal provisória foi admitida pela maioria dos Tribunais. E, depois da promulgação da CRFB/1988 – que introduziu uma gama de princípios garantidores ao réu – passou-se a interpretar a temática de forma diverso, motivando o STF, no ano de 2009, a pacificar o entendimento no HC nº 84.078/MG, de que a prisão do acusado anterior à sentença condenatória transitada em julgado ofenderia o princípio da presunção da inocência

expressamente previsto em seu artigo 5º, inciso LVII.

Portanto, sustentava-se que, ao adotar o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto no escopo constitucional, enquanto não ocorresse o trânsito em julgado, isto é, não mais existindo pendência de recurso para julgamento em qualquer instância, a sentença criminal condenatória não produziria seus efeitos.

Hoje, entende-se que a antecipação da execução da pena é um dos efeitos da presunção da inocência e, por isso, não há violação ao preceito constitucional. Este posicionamento se deu a partir do julgamento do HC 126.292/SP que, incitado pela ineficácia da prestação jurisdicional penal frente as necessidades da sociedade, o STF abriu nova discussão acerca do assunto, admitindo no caso julgado, a possibilidade de antecipar a execução da pena, contrariando o entendimento até então pacificado, e novamente, desencadeando debate no âmbito jurídico nacional sobre a temática.

Destarte, apesar das inúmeras críticas a esta decisão da Suprema Corte, apura-se que “a presunção de inocência ou de não culpabilidade somente impede a execução antecipada da pena enquanto não julgada o recurso de apelação, no qual fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa” (STF – Pleno – HC 126.292 SP, Voto: Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016), pelo fato deste possuir efeito suspensivo, conforme artigo 597 do Código de Processo Penal. Além disso, vislumbra-se que, antes do julgamento da apelação, para que uma prisão venha a ser decretada deverão estar preenchidos o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, que são pressupostos da prisão provisória.

Outrossim, em meados de 2018, ao julgar o HC 152752 PR impetrado em favor de Luiz Inácio Lula da Silva, o STF corroborou novamente a possibilidade de aplicação da execução provisória da pena, valendo-se da premissa de que o cumprimento da pena posterior ao duplo grau de jurisdição não caracteriza ruptura ou afronta ao princípio da não culpabilidade (presunção da inocência), pois “atende ao desafio de não criar um *déficit* judicial sem prejudicar as garantias da ampla defesa”.

5.1 EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A APLICABILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE DOS HC'S 84.078/MG, 126.292/SP E 152.752/PR.

Há muito tempo surgiu o debate no STF sobre a (im)possibilidade de antecipar a execução da pena antes de ocorrer o trânsito em julgado, observando o respeito à garantia constitucional da não-culpabilidade. Ao analisar os julgados da Corte Suprema verifica-se que ora é admitido o instituto ora não. Logo, é importante analisar as principais decisões jurídicas que tratam da matéria em questão, a citar o Habeas Corpus 84.078/MG, o Habeas Corpus 126.292/SP e o Habeas Corpus 152.752/PR.

Na ocasião que antecedeu o julgamento do HC 84.078, no ano de 2009, o entendimento dominante entre os ministros do STF era firme no sentido de ser possível a antecipação da execução da pena privativa de liberdade, desde que confirmada a condenação em segunda instância, sob o principal argumento de que os recursos especial e extraordinário não gozavam de efeito suspensivo, de acordo com o que era previsto no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/9017, vigente à época, em comunhão com o art. 637 do CPP. Ou seja, ainda com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a consagrar a presunção de inocência, era possível executar provisoriamente de sentença penal condenatória.

Desse modo, a Corte Suprema considerava inexistir ofensa ao princípio da presunção de inocência pelo começo do cumprimento da pena privativa de liberdade antes de transitar em julgado uma sentença condenatória.

Sobre o assunto, Moura (2016, p. 31) discorre o seguinte:

Os fundamentos utilizados à época eram que a condenação do réu em segunda instância era suficiente para decretação de prisão, já que restava comprovada a materialidade do fato e a autoria do delito. Após isso, o réu poderia interpor recurso especial ou recurso extraordinário, porém, estes não possuem efeito suspensivo, logo, não impediriam o cumprimento do mandado de prisão. Tal posição não foi singular, pois a Corte Suprema reafirmou seu entendimento em vários outros julgamentos, como exemplo o HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007 e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 04/11/1994.

Observando a divergência de posicionamentos dentro do próprio STF é relevante analisar pormenorizadamente, em tópico próprio, o julgamento de cada uma dessas ordens de *habeas corpus*, todos de grande valia para a compreensão do instituto da execução antecipada da pena, bem como sua estreita relação com o princípio da não culpabilidade.

5.1.1. Habeas Corpus 84.078/MG

Como fora mencionado no início deste capítulo, em meados do mês de fevereiro de 2009, houve a radical alteração de entendimento, ocasião em que se passou a interpretar a temática de forma diversa, motivando o STF, no ano de 2009, pacificar entendimento no HC nº 84.078/MG, de que a prisão do acusado anterior à sentença condenatória transitada em julgado ofenderia o princípio da presunção da inocência.

Por sete votos a quatro, venceu a tese de que o princípio da não-culpabilidade (presunção de inocência) não se compatibiliza com a execução provisória da pena antes de transitar em julgado uma condenação. Cita-se parte da ementa do referido julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. [...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos

magistrados - não do processo penal. [...] 8. 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 transitada em julgado à condenação de cada qual (HC 84078, RELATOR MIN. EROS GRAU, tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL – 02391-05 PP-01048).

A respeito do HC 84.078-7/MG, Kumode (2016, p. 26) considera que este “foi o caso paradigma para a mudança de entendimento”.

Vale destacar que o Ministro Relator Eros Graus, em seu voto alegou que não estavam presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, tendo em vista que o decreto prisional em primeira instância se qualifica como antecipação de pena, ao passo que este instituto transgredia absolutamente o princípio da presunção da inocência consagrado pela Constituição Federal.

Além disso, o ministro Relator se fundamentou nos dispositivos 105 e 142, ambos da Lei de Execução Penal, os quais condicionam, respectivamente, a execução da pena privativa de liberdade e a pena restritiva de direitos à sentença condenatória definitiva. Outrossim, acresceu que também baseou seu voto na literalidade do texto constitucional do artigo 5º, inciso LVII, de que a culpa só é considerada certa com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes, adotou o mesmo posicionamento do Relator, bem como atestou a necessidade da alteração de entendimento constitucional sobre a matéria, ratificando a impossibilidade de execução antecipada da pena em face da não-culpabilidade.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello aduziu que a decretação da prisão provisória (cautelar) de qualquer indivíduo não está sujeita ao puro arbítrio dos órgãos julgadores. As cautelares apenas podem ser determinadas se estiverem demonstrados os pressupostos autorizadores, previstos no art. 312 do CPP, além da fundamentação substancial. Salienta-se, também, que a decretação da prisão

cautelar sempre será regida pelo princípio da excepcionalidade, isto é, deve ser admitida quando não houver outro mecanismo satisfativo (*ultima ratio*).

Para o mesmo ministro, era não se pode confundir as ideias de prisão processual com prisão pena, pelas naturezas jurídicas diversas entre elas, tendo em vista que a primeira não possui a finalidade de sanção penal, mas serve meramente como instrumento do processo para garantia da *persecutio criminis*.

Em contrapartida, o Ministro Carlos Britto, proferiu seu voto contrariamente ao da relatoria, uma vez que dissente da possibilidade da execução da pena somente após o trânsito em julgado. Para ele, a CRFB/1988 não impossibilita a aplicação da pena privativa da liberdade antes do julgamento dos recursos sem efeito suspensivo, quais sejam, o especial e o extraordinário, pois, neste caso, somente cabe ater-se às questões de direito.

Assim, por não possuírem efeito suspensivo, não têm o condão de suspender o início da execução da pena. Para mais, o ministro acima alegou que há compatibilidade da prisão processual com a Constituição, visando garantir a perseguição criminal, da mesma forma que também é compatível a execução provisória, independentemente da pendência de recurso especial ou extraordinário.

Adotando a mesma linha de pensamento, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu a posição utilizada pela Corte, entendendo ser cabível a antecipação da execução penal após a confirmação da condenação no duplo grau, como consequência da necessidade de dar efetividade ao processo criminal, buscando evitar a frustração da condenação, já corroborada nas instâncias ordinárias, onde foi realizada exaustivamente a análise da matéria fática.

Contudo, no presente julgamento, o Supremo Tribunal Federal pendeu-se para a incompatibilidade da execução provisória da sentença com a disposto no art. 5º, inc. LVII, da CRFB/88.

5.1.2. Habeas Corpus 126.292/SP

Desde o ano de 2016, a partir do julgamento do HC 126.292/SP, o

entendimento jurisprudencial do STF vem mostrando ser possível a antecipação da execução do cumprimento da pena. Tal posicionamento nasceu em um contexto de grande conturbação política no Brasil, em decorrência dos trabalhos da Operação Lava-jato, ocasionando na expedição de inúmeros mandados prisionais para autoridades políticas pelo cometimento de crimes de colarinho branco. A sociedade brasileira desencadeou várias manifestações em face da corrupção no Brasil, reivindicando, assim, a imposição de penalidades aos acusados.

Hoje, entende-se que a antecipação da execução da pena é um dos efeitos da presunção da inocência e, por isso, não há violação ao preceito constitucional. Este posicionamento se deu a partir do julgamento do HC 126.292/SP pelo qual, incitado pela ineficácia da prestação jurisdicional penal frente as necessidades da sociedade, o STF abriu nova discussão acerca do assunto, admitindo no caso julgado, a possibilidade de antecipar a execução da pena, contrariando o entendimento até então pacificado, e novamente, desencadeando debate no âmbito jurídico nacional sobre a temática.

Assim, segue o julgado HC 126.292/SP:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. 1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). (...) “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” (STF, HC 126,292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-052016 PUBLIC 17-05-2016).

De acordo com o voto do Ministro Relator Teori Zavascki, a qualidade de inocente do decorre da desnecessidade de demonstrar sua inocência, entregando o ônus probatório nas mãos da acusação, a qual se fizer de forma insuficiente deve absolver o réu, ante a garantia do *in dubio pro reo*. Para o relator, depois da condenação pelo juízo singular, resta mitigado o status de inocência por configurar um juízo de culpabilidade, ainda não definitivo, uma vez que o acusado possui a chance de apelar, em segundo grau, já que “nesse juízo de apelação que, de

ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa” (STF – Pleno – HC 126.292 SP, Voto: Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Além do mais, em seu voto deixou claro que a presunção de inocência encontra limites no juízo de culpabilidade após o esgotamento do duplo grau de jurisdição, pois, como já mencionado anteriormente, os recursos especial ou extraordinário, não se submetem à reanálise de fatos e provas, mas tão somente à matéria jurídica, os quais destinam-se “à preservação da higidez do sistema normativo” (STF – Pleno – HC 126.292 SP, Voto: Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016), porque apenas são conhecidos os que versem sobre aspectos constitucionais, que ultrapassem o interesse do acusado, consideradas desnecessárias as questões subjetivas do fato em julgamento.

Fundando-se no mesmo entendimento, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso seguiu o raciocínio do relator, que afirmou que a demora excessiva para concluir um processo criminal, com o início da execução somente após transcorridos vários anos não é efetivo em criar no seio social o sentimento de satisfação e segurança. Logo, admitir a antecipação da execução penal é conferir efetividade e eficiência ao sistema criminal, diminuindo por hora, o sentimento de impunidade, satisfazendo assim o anseio social por justiça. Segundo Ministro referido, a não-culpabilidade termina quando a condenação é confirmada pelo acórdão condenatório do Tribunal, já que a garantia do devido processo legal se apresenta no duplo de jurisdição.

Já, o ministro Edson Fachin teceu comentários acerca a estrutura elencada no escopo constitucional do sistema processual de recursos, ao argumentar que a finalidade pretendida pela CRFB/1988 não é a de “outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto” (STF, HC Nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, por maioria, DJE: 17/05/2016, p. 4 do voto do Ministro Edson Fachin).

Ao contrário dos votos supra, o Ministro Celso de Mello defendeu a ideia de que a execução prematura (também denominada de provisória) da sentença penal

condenatória antes de adquirir o seu caráter de definitiva, traduz-se em uma evidente afronta ao direito fundamental do réu, assegurado pela própria CRFB/88, qual seja de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado.

Destarte, o STF entendeu, pela sua maioria, a favor da relativização da presunção da inocência, que pode ser mitigada após condenação em sede de apelação, em favor da efetividade da tutela jurisdicional, voltando a adotar o entendimento anterior ao HC 84.078/MG, de que é possível a execução da pena antes de transitar em julgado, desde que haja condenação pelo Tribunal.

Por fim, apesar das inúmeras críticas a esta decisão da Suprema Corte, apura-se que a presunção de inocência ou de não culpabilidade somente impede a execução antecipada da pena enquanto não julgada o recurso de apelação, no qual fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa” (STF – Pleno – HC 126.292 SP, Voto: Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016), pelo fato deste possuir efeito suspensivo, conforme artigo 597 do Código de Processo Penal.

Além disso, vislumbra-se que, antes do julgamento da apelação, para que uma prisão venha a ser decretada deverão estar preenchidos o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, que são pressupostos da prisão provisória.

5.1.3. Habeas Corpus 152.752/PR

No dia 04 de abril 2018, foi julgado pelo pleno do STF o habeas corpus nº 152.752, que tem como paciente o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, tendo sido denegada a ordem por seis votos a cinco. O HC citado foi impetrado sob a fundamentação de que estaria a liberdade de locomoção do paciente estaria ameaçada, já que o fora decretada o mandado prisional para execução de pena antes do trânsito em julgado da condenação. Cita-se a ementa do referido remédio constitucional:

(...) O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim

como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. (STF – Pleno – HC 152.752 PR, Min. Rel. Edson Fachin, julgado em 05/04/2018).

A priori, o Min. Relator Edson Fachin (STF – Pleno – HC 152.752 PR, Voto: Min. Rel. Edson Fachin, julgado em 04/04/2018) declarou que o Supremo deve uniformizar a sua jurisprudência para que se mantenha íntegra, estável e coerente. Posteriormente, o Relator acresceu que o cumprimento da antecipação da execução da pena, conforme os julgamentos anteriores da Corte, opera como consequência do esgotamento das vias ordinárias e da possibilidade de interposição de recursos desprovidos de efeito suspensivo.

Dessa maneira, o Ministro Alexandre de Moraes (STF – Pleno – HC 152.752 PR, Voto: Min. Alexandre de Moraes, julgado em 04/04/2018) afirmou que a presunção de inocência consiste no princípio fundamental do Estado de direito que se traduz em uma garantia processual penal, de forma a limitar a atividade legislativa, condicionando critérios de interpretação de normas, critério de tratamento e distribuição do ônus probante para o órgão acusador.

No entanto, o aludido ministro aduziu que há a possibilidade de as decisões condenatórias de méritos proferidas pela segunda instância serem respeitadas, sem que seja congelada a sua efetividade pelo cabimento de futuros recursos restritos e destituídos de eficácia suspensiva, o que não viola o texto da Carta Maior. Ainda, em seu voto alega que ignorar a antecipação da execução penal, observando os princípios norteadores do processo penal, significa dar nenhuma eficácia ao princípio da efetiva tutela jurisdicional. Assim, votou pela denegação da ordem.

Para o Ministro Dias Toffoli (STF – Pleno – HC 152.752 PR, Voto: Dias Toffoli, julgado em 04/04/2018), não se pode interpretar as normas jurídicas em pedaços, uma vez que o significado normativo de cada disposição só é percebido quando posto no contexto do sistema, para após afirmar-se no contexto funcional. Ademais, postula o mesmo que, via de regra, as únicas prisões anteriores ao trânsito em julgado são a que decorre do flagrante e a cautelar, a qual demanda a existência dos pressupostos previstos nos artigos 312 e 313 do CPP. Segundo o

voto em questão, a uma única possibilidade de antecipar a execução do julgado de segundo grau seria quando se tratar de acórdão que confirma a condenação proferida pelo Tribunal de Júri, em razão da soberania dos seus vereditos, consubstanciada no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da CRFB/1988.

De acordo com o ministro aludido, “se não for hipótese de prisão em flagrante ou de prisão cautelar, não se admitirá a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, vale dizer, antes que se forme a coisa julgada penal”. Ao final do voto, manifestou-se pela concessão da ordem, afirmando que a execução provisória viola a não culpabilidade, consagrada no escopo constitucional, como uma norma de tratamento.

5.2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC’S 43 E 44)

Posteriormente ao começo do debate sobre a antecipação da execução penal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, surgiram perante o STF duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) de nº 43 e 44, as quais foram propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que formularam o pedido de liminar de que seja impedida a decretação de novas execuções provisórias e que sejam suspensas as já decretadas.

Nas ações supracitadas, buscou-se que o Supremo declarasse a constitucionalidade do art. 283 do CPP que limita o decreto prisional ao trânsito em julgado.

Preliminarmente, no dia 01/09/2016, as duas ações foram submetidas à decisão do relator, o ministro Marco Aurélio, que votou favorável à declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e permitiu a cautelar pleiteada.

De acordo com o Ministro Relator Marco Aurélio, a literalidade do art. 283 é inequívoca e se amolda aos moldes constitucionais da presunção de inocência, e, por isso, não haveria possibilidade de executar provisoriamente a pena.

Em contrapartida, o ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2016) atestou que a execução penal é legítima após reanálise da condenação pelo duplo grau, como se observa a seguir:

A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas.

Ainda, o ministro mencionado anteriormente defendeu que a presunção de inocência consiste em um princípio e, assim, pode ser relativizado quando confrontado com outros princípios constitucionais de mesma estatura, tendo em vista seu caráter não absoluto.

Salienta-se também que o Ministro Edson Fachin (STF –Pleno- ADC Nº 43, 2016, p. 9) afirmou o voto proferido no julgamento do HC 126.292, momento em que defendeu a possibilidade da execução provisória da pena:

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.

Todavia, ao final do julgamento perante o Pleno, por 6 votos a 5, estabeleceu-se que a norma não veda o cumprimento de pena depois de ratificada a condenação pelo tribunal e, as ações declaratórias de inconstitucionalidade foram indeferidas, reiterando o posicionamento sedimentado no HC 126.292/SP.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que fora debatido na presente monografia, atesta-se que o princípio constitucional da não-culpabilidade, ao lado da dignidade da pessoa humana, conferiu ao ordenamento jurídico nacional, especialmente ao direito processual penal, um viés mais humanitário. A positivação de tal norma surgiu de grande valia social, uma vez que confere aos sujeitos processados criminalmente a certeza de que se submeterão a um processo penal justo, o qual não pode vir a ser prejudicado

por qualquer arbitrariedade do Estado.

De acordo com o texto constitucional, qualquer pessoa possui direitos e garantias fundamentais que objetivam proteger a esfera jurídica da mesma em face do arbítrio estatal, durante o decorrer da *persecutio criminis*, desde a fase investigativa até o fim do processo. Assim, o ordenamento tutela tanto o direito de punir quando o direito à liberdade do indivíduo, os quais devem ser ponderados em cada caso.

Como decorrência da presunção de inocência, tem-se a possibilidade de expedição de mandado prisional antes de produzida a coisa julgada criminal condenatória, se o mesmo possuir cunho cautelar, desde que observados os elementos legais, quais sejam o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, dotados de caráter excepcional. Nessa perspectiva, a maioria doutrinária entende que o cumprimento de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado sem tais requisitos viola a CRFB/1988 e todas as prerrogativas nela consagradas.

Apesar disso, o posicionamento jurisprudencial desde 2009, que pendia pela impossibilidade da execução antecipada da pena em face da sua incompatibilidade com o princípio da não-culpabilidade, foi rediscutido no julgamento do HC nº 126.292/SP, e confirmado em 2018 pelo HC 152.752/PR, momento em que a Suprema Corte afirmou ser possível o seu cabimento visando dar efetividade as decisões judiciais condenatórias.

Logo, desde o ano de 2016, o STF vem adotando o fundamento de que a Carta Maior distingue o juízo de culpabilidade do sentido da prisão, baseando-se na ideia de que após a confirmação da condenação em sede de apelação é possível a execução provisória, tendo em vista o fato de que os recursos especiais e extraordinários não possuem efeito suspensivo, assim, não têm o condão de suspender o decreto prisional.

Ademais, os ministros do Supremo fundamentaram seus respectivos votos com diversos casos em que condenados se valeram do sistema recursal apenas com interesse de protelar quanto a prisão e ser atingida pela prescrição, ocasionando na perda da pretensão punitiva estatal.

Portanto, ao analisar as decisões da Corte Suprema verificou-se que é

possível executar provisoriamente a pena após a confirmação de acórdão condenatório, uma vez que o juízo de culpabilidade fora realizado perante o duplo grau de jurisdição, havendo, portanto, compatibilidade entre este instituto e o princípio da não-culpabilidade.

A conclusão que se extrai do presente trabalho é que a execução provisória é compatível com a garantia fundamental da não culpabilidade, desde que esgotada a análise fática perante o duplo grau de jurisdição, resultando na condenação fundamentada e com provas suficientes, resguardadas as garantias fundamentais ao acusado em um devido processo penal legal, conferindo efetividade às decisões jurisdicionais e evitando que o poder punitivo estatal seja usado de forma arbitrária.

Ainda, entende-se que a admissão da execução provisória contribui para que haja sistema penal eficiente, gerando assim, efeito de prevenção geral, combatendo à criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Campus Jurídico. 2012, p. 24.

BATISTA, Danilo. **O direito de punir do Estado e os fundamentos da jurisdição penal**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45817/o-direito-de-punir-do-estado-e-os-fundamentos-da-jurisdicao-penal>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

BAYER, Diego Augusto. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal**. 2013. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943188/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-06>. Acesso em: 30 de agosto de 2018.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula Nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

ALCÂNTARA, C. M. C. **A compatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio constitucional da não culpabilidade**. Revista QUALYACADEMICS. Editora UNISV; n.1, v.1, 2023; p. 83-122. ISBN 978-65-981287-4-6 - D.O.I.: doi.org/10.59283/ebk-978-65-981287-4-6

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Nº 84.078/MG**. Paciente(s): Omar Coelho Vitor. Impetrante(s) : Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

_____. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44**. Min. Relator Marcos Aurélio. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Cfoab. Brasília (DF) 2016, p. 9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2018.

_____. **Habeas Corpus nº 126.292** São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Paciente(s): Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia De Seixas. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

_____. **Habeas Corpus nº 152.752 Paraná**. Relator: Min Edson Fachin. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e Outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes-prisao.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2018.

_____. **Súmula Vinculante Nº 11**. Só é lícito no caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidades por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (Súmula vinculante 11, Sessão Plenária de 13/08/2008). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2014. P. 146.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Algumas Conclusões Práticas sobre a Reforma do Código de Processo Penal**. 2009. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d468cb7a-269b-4f36-971a-ce239fd27866&. Acesso em: 04 de maio de 2018.

COSTA, Breno Melaragno. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento.

ALCÂNTARA, C. M. C. **A compatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio constitucional da não culpabilidade**. Revista QUALYACADEMICS. Editora UNISV; n.1, v.1, 2023; p. 83-122. ISBN 978-65-981287-4-6 - D.O.I.: doi.org/10.59283/ebk-978-65-981287-4-6

Os Princípios da Constituição de 1988. 2001.

ESPANHA, Constituição (1978). **Constituição Espanhola**. Disponível em: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da Ciência**. Rio de Janeiro: Kenedy, 1974.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRISCHEISEN, L. C. F.; GARCIA, M. N.; GUSMAN, F. **Execução Provisória da Pena – Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Revista ANPR Online, nº 7, jul-dez/2008. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2008.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **Releitura da Súmula 444 do STJ à luz do princípio da presunção de inocência**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/releitura-da-sumula-444-do-stj-a-luz-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-28052018>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IRÃ. Constituição (1979). **Constituição da República Islâmica do Irã**. Disponível em: http://brasilia.mfa.ir/index.aspx?fkeyid=&siteid=424&pageid=28469_. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

ITÁLIA, Constituição (1947). **Constiuição da República Italiana**. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

KUMODE, Priscilla Miwa. **A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: uma análise face à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP**. Curitiba, 2016, p. 20.

LIMA, Daniel. **A falaciosa ideia de distribuição da carga probatória no processo**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/distribuicao-carga-probatoria>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev ..

ALCÂNTARA, C. M. C. **A compatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio constitucional da não culpabilidade**. Revista QUALYACADEMICS. Editora UNISV; n.1, v.1, 2023; p. 83-122. ISBN 978-65-981287-4-6 - D.O.I.: doi.org/10.59283/ebk-978-65-981287-4-6

ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MEDEIROS, Daniela Costa Queiróz. **Jus Puniendi Versus Jus Libertatis**. 2015. Disponível em: https://dqueiroz04.jusbrasil.com.br/artigos/561204091/jus-puniendi-versus-jus-libertatis#_ftn. Acesso em: 02 de maio de 2018.

MENDONÇA, Ana Cristina. **Processo Penal**. 3. ed. Juspodvm. 2018.

MOURA, Janaira Lopes. **A Execução Provisória da Sentença Penal Condenatória em Face do Princípio da Presunção de Inocência**. Cacoal-RO, 2016, p. 31.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 20 de abril. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 de abril de 2018.

PEGORARO, Juan S. A construção histórica do poder de punir e da política penal. Orgs: SILVA, JMAP e SALLES, LMF. **Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 40 2010. p.71-102 ISBN 978-857983-109-6. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=TS-AIVE6nGAC&pg=PA73&lpg=PA73&dq=ferrajoli+por+que+se+pune?&source=bl&ots=ML73gjdUcd&sig=HFVlyiNnxHNk3B20lkwcARkFdos&hl=gl&sa=X&ved=2ahUKEwit85PUiL7eAhVDIZAKHQmuC2kQ6AEwBXoECAIQAQ#v=onepage&q&f=true>. Acesso em: 24 de agosto de 2018.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas de Pesquisa e o Trabalho Acadêmico**. Universidade FEEVALE. 2013. Disponível em: <http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. In: Op. cit. 2010.

ALCÂNTARA, C. M. C. **A compatibilidade da execução antecipada da pena com o princípio constitucional da não culpabilidade**. Revista QUALYACADEMICS. Editora UNISV; n.1, v.1, 2023; p. 83-122. ISBN 978-65-981287-4-6 - D.O.I.: doi.org/10.59283/ebk-978-65-981287-4-6

ROLINO, Maria Aparecida Santos. **O Direito de punir do Estado sob a égide da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Execução Penal.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33437&seo=1>>. Acesso em: 27 de agosto de 2018.

SILVA, Luís Moisés Ribeiro da. In: **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, , 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5973>. Acesso em: 24 de agosto de 2018.