

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO  
BEATRIZ MESSIAS TEODORO**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

**RUBIATABA/GO  
2017**

**BEATRIZ MESSIAS TEODORO**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da Professora Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier.

**RUBIATABA/GO  
2017**

**BEATRIZ MESSIAS TEODORO**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da Professora Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier.

**MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 23/06/2017.**

**Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier  
Orientadora  
Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Danilo Ferraz Nunes da Silva  
Examinador  
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Rogério Gonçalves Lima  
Examinador  
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico esse trabalho à minha amada filha, Ana Júlia, motivação dos meus dias. Aos meus queridos pais, Cleusa e João, que não mediram esforços para que este sonho se realizasse. Aos meus irmãos, Márcia e Jean, pelo incentivo e pelo apoio constante.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar forças e me sustentar durante esses longos cinco anos.

À minha querida orientadora e professora Nalim Rodrigues Almeida da Cunha Duvallier, que além de professora se tornou amiga, obrigada pela paciência, pela dedicação e ensinamentos a mim dispensados, não somente neste trabalho, mas também durante todo esse curso.

Aos meus pais, Cleusa e João, por todo o incentivo, carinho, confiança e palavras de motivação, tendo sido fundamentais para conclusão deste curso.

Ao meu namorado, César Júnior, por toda paciência e compreensão.

À minha irmã Márcia e ao meu cunhado Antoniel, por todo cuidado e preocupação.

Enfim, aos meus padrinhos, Cleonice e Reginaldo, por acreditarem que meu sonho era possível e por contribuir de diversas formas para que ele se realizasse.

## RESUMO

Este estudo aborda o tema da execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, no qual a problemática concentra-se em compreender se a execução provisória da pena fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, a pesquisa tem como objetivo geral compreender se a execução provisória da pena fere o princípio constitucional da presunção de inocência e se fere os direitos e garantias constitucionais partindo-se de premissas jurisprudenciais e doutrinárias. A metodologia utiliza a técnica dedutiva e de compilação de dados de diversos autores e juristas sobre o tema, cujo resultado apontou que o novo entendimento consagrado no *HC* 126.292/2016 nada mais é do que a observância do direito e efetiva prestação da tutela jurisdicional, eis que o princípio da presunção de inocência resta superado com a condenação pelo juiz de primeira instância, uma vez que a sentença condenatória somente será prolatada após análise do juízo da culpabilidade do acusado, que decorre da conclusão extraída dos elementos de prova produzidos sob o crivo da ampla defesa e do contraditório durante a instrução criminal.

**Palavras-chave:** Execução; Inocência; Princípio; Prisão Provisória.

## ABSTRACT

This monograph addresses the issue the provisional execution of the sentence and the principle of presumption of innocence, in which, the problem is focused on to understand if the provisional execution of the sentence diverges of the constitutional principle of the presumption of innocence. So, this research has as general objective to understand if the provisional execution of the sentence diverges of the constitutional principle of the presumption of innocence and if it diverges of the constitutional rights and guarantees starting from the premise of jurisprudence and doctrines. The methodology uses the deductive technique and the collection of data of many authors and jurists about the subject, whose result pointed out that the new understanding consecrated referred to *habeas corpus* it is nothing more than the observance of the law and effective provision of judicial protection, since the principle of presumption of innocence has been overcome by conviction by the court of first instance, because the condemnation will only be pronounced after analysis of the guilt judgment of the defendant, which is based on the conclusion drawn from the evidences under the validation of the broad defense and of the contradictory during the criminal instruction.

**Keywords:** Execution; Innocence; Principle; Related searches.

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 01 – Quadro Comparativo HC 84.078/200C 126.292/2016 – p. 36.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

LEP – Lei de Execução Penal

HC – Habeas Corpus

n. – Número

p. – Página

pp. – Páginas

*Vide* – Veja

## LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

§§ – Parágrafos

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL E A CONTRIBUIÇÃO DA OBRA “DOS DELITOS E DAS PENAS” NO DIREITO PENAL ATUAL BRASILEIRO.....	13
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS AO RÉU.....	24
3.1 PRINCÍPIOS PRESENTES NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	32
3.2 ACÓRDÃO PROFERIDO NO HABEAS CORPUS 126.292/2016 .....	33
4. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA DA PENA VERSUS VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	40
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50



## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico tem o condão de discorrer a respeito da execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, cuja delimitação se dá pela análise da execução provisória da pena à luz da posição recentemente consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/2016.

A problemática centraliza-se justamente dúvida quanto à violação pela execução provisória da pena ao princípio constitucional da presunção de inocência, devidamente justificada nas consequências que o novo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/2016 poderá acarretar no campo jurídico penal, processual penal e na execução penal brasileiro, bem assim as mudanças dos posicionamentos doutrinários a respeito da citada violação.

Nesse rumo, o objetivo geral concentra-se em compreender se a execução provisória da pena fere o princípio constitucional da presunção de inocência, enquanto os objetivos específicos consistem em: inicialmente apresentar a evolução história do direito de punir do Estado, partindo da noção apresentada no clássico “Dos delitos e das penas”, até chegar às regras hoje utilizadas pelo Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal; na sequência discorrer sobre os princípios constitucionais diretamente ligados à execução provisória da pena, e sobre as fundamentações utilizadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que culminaram no entendimento consolidado no HC 126.292/2016; e, por fim, analisar se a execução provisória da pena fere os direitos e garantias constitucionais do ponto de vista doutrinário.

No que concerne à metodologia, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo da visão geral para chegar a conclusões particulares. Nessa toada, serão utilizadas inúmeras citações de doutrinadores renomados na área de Direito Penal e Direito Processual no intuito de reafirmar as assertivas expostas, utilizando-se, ainda, do entendimento dos tribunais superiores, tais como Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal, entre outros, como forma de corroborar as ideias futuramente defendidas.

Aliás, a técnica de pesquisa a ser utilizada é a de compilação bibliográfica, com a utilização de documentação indireta, com pesquisa documental e bibliográfica, o que constitui em farto material, essencial para a análise do instituto objeto da pesquisa.

No primeiro capítulo, estuda-se a evolução história do direito de punir do Estado, partindo da noção apresentada no clássico “Dos delitos e das Penas” até chegarmos as regras hoje utilizadas pelo Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, serão utilizadas as obras dos “Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, e, por fim, realizando estudo da Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

Quanto ao segundo, analisam-se os princípios constitucionais diretamente ligados à execução provisória da pena, adotarão principalmente as doutrinas “Manuais de Processo Penal”, de Renato Brasileiro de Lima (Capítulo I), do “Curso de Execução Penal”, de Renato Marcão (Capítulos I e II), e do “Manual de Processo Penal e Execução Penal” de Guilherme de Souza Nucci (Capítulos I, VI, XVI e XXVII).

Compõe, ainda, o segundo capítulo, um estudo sobre as fundamentações utilizadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que culminaram no entendimento consolidado no HC 126.292/2016, fazendo uma distinção entre a posição anteriormente adotada e a atual que mitigou o princípio da presunção de inocência.

Por fim, no terceiro capítulo, consigna-se a análise do HC 126.292/2016, verificando os fundamentos inerentes da execução provisória da pena fere os direitos e garantias constitucionais do ponto de vista doutrinário, utilizando, para tanto, as obras dos sobreditos juristas e os artigos jurídicos mencionados na referência bibliográfica deste trabalho monográfico.

## 2. ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL E A CONTRIBUIÇÃO DA OBRA “DOS DELITOS E DAS PENAS” NO DIREITO PENAL ATUAL BRASILEIRO

Este capítulo tem como objetivo abordar sucintamente a história do direito de punir estatal e, concomitantemente, apresentará a contribuição da obra “Dos delitos e das penas” no direito penal brasileiro, oportunidade que destacará a contribuição de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, no direito penal e processual penal vigente.

Justifica-se este estudo na importância da compreensão da origem do direito de punir do Estado e do princípio da presunção da inocência, que como será vista, foi introduzido no ordenamento jurídico penal brasileiro por Beccaria a partir da publicação da obra “Dos delitos e das penas”.

Os resultados deste capítulo demonstrarão que a humanidade foi evoluindo com o tempo e junto dela as sanções penais e instrução criminal foram desenvolvendo e se adequando às necessidades dos cidadãos e ao anseio dos condenados à pena privativa de liberdade que pretendem se reeducar. Assim, surgiram regras e premissas que impunham limites ao poder Estatal e resguardavam a dignidade do preso, que se expandiu com a publicação da obra “Dos delitos e das penas”, de autoria de Beccaria.

Tais resultados auxiliarão, conforme será visto ao longo deste estudo, a compreender a importância dos princípios constitucionalmente assegurada ao acusado e criada justamente com o intuito de limitar o *jus puniendi* estatal e evitar qualquer acusação injusta. Tais premissas estão consagradas na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, todos oriundos de Tratados Internacionais que versam sobre os Direitos Humanos e da obra de Beccaria (Dos delitos e das penas), que serão estudadas no próximo capítulo.

Tratando-se da metodologia, utilizar-se o método de compilação de dados para a confecção deste estudo, que se baseará na análise das doutrinas e artigos jurídicos de Cleber Masson (Direito penal esquematizado – Parte geral), Cesare Bonesana Beccaria (Dos delitos e das penas), Bruna Monteiro Valvasori (Resenha do Livro – Dos livros e das penas: Cesare Beccaria), Fernando da Costa Tourinho Filho (Manual de processo penal), Rafael Ferrari (O princípio da presunção de inocência

como garantia processual penal), Rogério Sanches Cunha (Execução Penal para concursos), Luigi Ferrajoli (Direito e razão: teoria do garantismo penal), Juarez Cirino dos Santos (Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial) e Isadora Rodrigues da Silva (Princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena: uma análise acerca da histórica decisão do STF proferida no HC 126292) para corroborar as ideias aqui expostas.

Assim, segundo ensina Masson (2014, p. 469), o “ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade”. Nos primórdios da civilização, a crença em forças divinas e deuses eram grandes. Os povos primitivos acreditavam que quando se descumpriam regras, os deuses se enfureciam e os puniam, lançando sob o povo intempéries, como tempestades e pestes, razão pela qual o cumprimento às normas estabelecidas pelo clã era rigidamente seguido.

Todos os clãs e tribos tinham deuses que os protegiam, cujo símbolo sagrado é representado pelo *totem* – símbolo sagrado adotado pelas tribos ou clãs em forma de plantas ou animais; considerado um deus –, que tinha forma de planta e animal que atuava como protetor e guardião. Consistia o totemismo em um sistema que ocupa o lugar da religião entre certos povos primitivos e provê sua base social.

No mesmo sentido, Masson (2014, p. 471) diz que:

O homem primitivo não regulava sua conduta pelos princípios da causalidade e da consciência em torno de sua essência e circunstância, mas sim no temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso. Essa visão mágica e contraditória do homem e do mundo era nutrida pelos *totens* e *tabus*, os quais marcavam presença nas diversas modalidades da pena, com nítido e singular caráter expiatório.

Efetivamente, o totemismo instituído impunha a punição como forma de repreensão aos indivíduos que não respeitavam os tabus da tribo, haja vista que a ausência do castigo ao infrator acarretaria em punição a todo clã pelos deuses descontentes. Para Masson (2014, p. 469):

Em todos os tempos, em todas as raças, vislumbra-se a pena como uma ingerência na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem. É correto, pois, reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo, bem como considerar o Direito Penal a primeira e mais antiga camada da história da evolução do Direito.



Em determinado momento, há o surgimento da vingança, que, em si, era o método utilizado pela sociedade se vingar diretamente do infrator, ou seja, uma forma de buscar uma “justiça pessoal”. Com sua evolução, há uma tríplice divisão da vingança, qual seja: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

A vingança divina consistia na punição do infrator quando este violasse lei de origem divina. Em regra, quando um crime era cometido, deveria haver punição ao autor, pois, caso contrário, todo o clã ou tribo do agressor seria atingido, sendo o castigo o sacrifício da vida do agressor.

Logo, para o grupo do qual o infrator fizesse parte não ser também punido, ocorria a “expulsão da paz”, ou seja, o agressor era banido de sua tribo, ficando a mercê dos clãs rivais que, conseqüentemente, o mataria. No ponto, explica Masson (2014, p. 475) que:

Destacava-se a pena de perda da paz: como a paz está sob a proteção dos deuses, a vingança tem o seu fundamento no preceito divino. Uma vez perdida a paz, o delinquente perdia a proteção do clã, ficando exposto à sua própria sorte.

Por sua vez, a vingança privada consistia em uma pré-existência de poder social, capaz de impor aos integrantes do grupo normas de conduta e castigo. É a ação e reação, ou seja, se um indivíduo de determinado clã é atingido por outro grupo estrangeiro, a vingança era coletiva e incidia sobre todo o grupo agressor.

A lei do mais forte impera na vingança privada, existindo guerra entre clãs, consoante expõe Masson (2014, p. 475):

Era uma vingança entre os grupos, eis que encaravam a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas, sobretudo, ao grupo a que pertencia. [...] Desse modo, imperava a lei do mais forte, a vingança de sangue, em que o próprio ofendido ou outra pessoa do seu grupo exercia o direito de voltar-se contra o agressor, fazendo “justiça pelas próprias mãos”, cometendo, na maioria dos casos, excessos e demasias, o que culminava com a disseminação do ódio e conseqüentes guerras entre grupos.

Efetivamente, inexistia qualquer proporção entre o delito praticado e a pena imposta. As crianças, enfermos e idosos eram os mais atingidos, pois eram os mais vulneráveis. As batalhas eram sangrentas e causavam, muitas vezes, a completa eliminação das tribos.

Aliás, foi com o propósito de evitar a dizimação dos grupos que a Lei do Talião, do latim *talis = tal qual*, tem origem. Na referida lei, é impositivo: “pagará a vida

com a vida; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura” (Êxodo, XXI, versículos 23 a 25).

A propósito, Masson (2014, p. 478) afirma que o surgimento da Lei de Talião foi à primeira manifestação do princípio da proporcionalidade, por “representar tratamento igualitário entre autor e vítima. Foi a primeira tentativa de humanização da sanção penal, apesar de nos dias atuais revelar-se como brutal e cruel”.

Posteriormente, o crescente número de infratores ocasionou em uma considerável população deformada, o que desaguou na necessidade de evolução desse método para o sistema da composição, que consistia na conciliação entre o ofensor e o ofendido ou seus familiares, pela prestação pecuniária como forma de reparar o dano (dinheiro da paz). Logo, havia a possibilidade de o ofensor comprar sua liberdade e, por conseguinte, evitar sua punição.

Já a vingança pública consistia também na reprimenda cruel, desumana e severa, visando à intimidação, tudo no afã de proteger o soberano. Aqui, a punição deixa de lado seu caráter religioso e adquire traços individuais, passando a repreender somente o autor do fato pelo delito cometido.

No mesmo rumo, Masson (2014, pp. 481-482) dispõe que:

Com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o Estado avocou o poder de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos. A pena assume nítido caráter público. Os ofendidos não mais necessitam recorrer às suas próprias forças. A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal então vigente.

Com efeito, denota-se que nessa fase da vingança, cabia ao Estado decidir o caso concreto de forma impessoal, eis que era, em tese, representante da coletividade. Não obstante isso, às penas impostas nessa época ainda eram cruéis, das quais se destacam a roda, a fogueira, a decapitação e a forca.

Pelo exposto, vislumbra-se que cada fase histórica desenvolveu seu próprio tipo de vingança penal, criando, diversificando e adquirindo posse sobre os mais diversos tipos de processos punitivos. Com a centralização do poder punitivo, houve mais segurança na aplicação da penal, pois trouxe ao sistema criminal maior equilíbrio entre o delito praticado e a punição imposta ao autor do fato.

No Oriente Antigo a pena era baseada na religião e aplicada nos moldes determinados pela Lei de Talião, seguindo, portanto, a vingança privada. Na Roma

Antiga prevalecia, inicialmente, a vingança pública. Contudo, a adoção da república, dividiu o Estado e da religião, resultando no seguimento da Lei de Talião e a composição. Mais tarde, o advento da Lei das XII Tábuas trouxe igualdade na punição.

Sobre a Roma Antiga, Masson (2014, p. 491) exemplifica algumas de suas contribuições para o direito penal atual: “nexo causal, dolo e culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, legítima defesa, penas e sua dosagem”.

Noutro lado, na Grécia Antiga a punição tinha como objetivo a intimidação, havendo também a vingança por sangue (privada). Com o passar dos anos adotou-se a composição a Lei de Talião. E foi na Grécia Antiga a primeira discussão a respeito do direito de punir, muito embora os direitos fundamentais dos infratores fossem sequer considerados na pena, mas sim da sociedade, nos moldes do que apregoa Masson (2014, pp. 484-486):

Com a Ciência Política iniciaram-se as grandes discussões sobre política, ética, liberdade e justiça, bem como noções e fundamento do direito de punir e da finalidade da pena, influenciando profundamente a Ciência do Direito. Em que pesem os estudos democráticos e filosóficos então reinantes, os gregos pouco se preocuparam com os direitos fundamentais. De fato, todas as questões da vida, seja no campo social ou político, giravam em torno da cidade (polis). O homem não era concebido em sua individualidade. A própria noção de democracia estava ligada à integração do homem ao Estado e, por essa razão, a escravidão era plenamente justificada. Contribuíram ao colocar em pauta discussões relevantes acerca do fundamento do direito de punir e a finalidade da pena que, no futuro e até nos dias de hoje [...]. Na justiça ateniense, as penas passaram a ser dotadas de certa dose de humanidade. Autorizava-se, exemplificativamente, a absolvição do culpado, quando a sua eliminação fosse capaz de prejudicar os inocentes dele dependentes para sobreviver. Pensava-se, no caso, no desenvolvimento da sociedade, e não propriamente no acusado.

Por outro lado, no Direito Germânico, caracterizado pelo caráter consuetudinário, prevaleceu a vingança privada e a composição. Tempos depois, há a criação de duelos judiciais, que consistiam e disputa do poder, ou seja, prevalecia a lei do mais forte, e das ordálias ou juízos de Deus, notadamente conhecidos pelas punições surreais (jogar o infrator de cima de uma ponte com pesos em seus pés, por exemplo, e caso ele sobrevivesse, era considerado inocente).

Noutro vértice, no Direito Canônico da Idade Média não havia distinção entre a Igreja e o Estado. As punições ganharam caráter sacro, mas ainda eram severas e desumanas, passando a objetivar, em suma, a correção do infrator a fim de que ele se regenerasse.

A heresia era severamente punida no Direito Canônico, sendo considerado o pior crime a ser praticado na época, haja vista atingir o próprio Estado e a Santa Inquisição, que se utilizava de tortura e execuções públicas no intuito de intimidar quem ousasse desafiar-la. Assim, em razão do enorme abuso de autoridade na Idade Média pela Igreja Católica, braço direito do soberano que não agia sem o aval, os cidadãos, descontentes, criaram as escolas clássicas fundadas no ideal da humanização da pena.

Na Idade Moderna, em pleno século XVII, o movimento iluminista se contrapôs à autoridade do monarca, sendo o Estado e a Religião, como um só poder político divino e absoluto, substituídos pela secularização, o contratualismo, o racionalismo, o utilitarismo e o legalismo, que passaram a enxergar o direito, a sociedade e o indivíduo de maneira mais humana e justa.

Como ensina Masson (2014, p. 504):

O Absolutismo impunha atos de punição cruelíssimos e arbitrários, por meio de graves suplícios. A sociedade não mais suportava tal forma de agir do Estado e a filosofia iluminista do século XVIII orientava a evolução da humanidade. Preparava-se o espírito dos indivíduos para a eclosão da Revolução Francesa.

Nesse interim, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, surge com a ideia de abolição da pena de morte em âmbito universal. Por conseguinte, publica em 1764, na cidade de Milão, a obra “Dos delitos e das penas” (*Dei delitti e delle pene*), cuja escola clássica utilizará como fundamento adiante.

Suas ideias baseiam-se no contrato social de Rousseau, de forma que o indivíduo infrator é visto como adversário da sociedade e, em razão disso, é excluído do convívio por violar o pacto social. Aqui, a punição imposta deixa de ter caráter religioso e a razão sobrepõe questões espirituais.

Assim sendo, Beccaria (1954, p. 19) diz que o conjunto de todas essas mínimas “porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”.

Consequentemente à obra de Beccaria, surge o livre-arbítrio no direito penal, entendido como a consciência da conduta antissocial no infrator na prática delituosa. Daí também nasce a visão de que todo crime deve estar previamente

previsto em lei, uma vez que só assim o cidadão saberá quais regras de conduto deve seguir.

Corroborando esse entendimento, Masson (2014, p. 505) afirma que a pena deve ser prevista em lei para que os indivíduos saibam distinguir o que é vedado e, desse modo, “escolher o caminho a trilhar, devendo ainda a sanção penal guardar proporcionalidade com o crime praticado, na medida exata da retribuição necessária”. Ainda segundo Masson (2014, pp. 506-507):

No pensamento de Beccaria, a pena deve ser proporcional, uma vez que os gritos de horror como consequências das torturas não retiram a realidade da ação já praticada, revelando a inutilidade dos tormentos. Dessa forma, à medida da crueldade dos tormentos, enrijece-se a alma pelo espetáculo da barbárie, e, quanto maiores os castigos, mais o indivíduo se dispõe a praticar novos crimes para subtrair-se da pena que primeiro mereceu. Para ele, a pena deveria ser imposta somente para que o condenado não voltasse a cometer crimes, servindo de exemplo à sociedade. Com efeito, no sistema então reinante a prática de infrações penais era um negócio de risco, no qual compensava assumir desafios e lucrar com a prática de delitos, já que, se qualquer um deles viesse a ser descoberto, idêntica e desproporcional seria a punição. Ademais, quanto mais atrozes os tormentos, mais graves, por consequência, serão os crimes praticados, e o mal causado pela punição vai sempre além do proveito obtido com a prática delitiva. Destarte, conclui que outros meios, mais eficazes, existem para prevenir os crimes.

Efetivamente, Beccaria defende a ideia em sua obra “Dos delitos e das penas” de que a lei deve ser certa, clara e precisa, ausentes aqui à incerteza legal que acarretará na ineficácia da norma. Deve o legislador buscar prevenir o mal criando regras de conduta, e repará-lo com a aplicação de sanção adequada, objetivando que o cidadão de bem se sinta seguro e o infrator compreenda que será castigado por seus atos.

De maneira decorrente, Valvasori (2012) discorre que Beccaria apresenta como primeiro problema existente no sistema criminal brasileiro o uso das leis em prol de minoria da população, possibilitando-os de acumular riquezas, ao passo que a maioria da sociedade sofre com o descaso das autoridades estatais. Em razão disso, aponta como solução a utilização de leis eficazes que inibam os abusos das minorias e promova, conseqüentemente, o bem-estar das massas carentes através de políticas legais.

É possível observar, portanto, que o princípio da igualdade também está presente na obra “Dos delitos e das penas”. Tanto que Beccaria (1954, p. 25) dispõe que a lei sabia cujos “efeitos são sempre felizes é a que prescreve que cada um seja

julgado por seus iguais; porque quando se trata de fortuna e da liberdade de um cidadão, todos os sentimentos inspirados pelas desigualdades devem silenciar!”

Insta vincar que a obra de Beccaria também abrange o julgamento por “seus iguais”, atualmente disposto no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988 como “Tribunal do Júri”, que prevê a plenitude de defesa, o sigilo das votações, soberania dos veredictos, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Vide:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
  - b) o sigilo das votações;
  - c) a soberania dos veredictos;
  - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...]
- (BRASIL, 1988).

Conforme restou elucidado, o humanitarismo e o legalismo destacam-se na obra de Beccaria, que foi inaugurado no afã de assegurar a liberdade e igualdade de todo cidadão. Aqui, a necessidade de punição deveria estar inserida na lei, sendo vedado o castigo ou a aplicação de qualquer sanção sem previsão legal.

Esse preceito contribuiu para o desenvolvimento do sistema criminal, inserindo-se lhe uma nova perspectiva de justiça, que impunha limite à forma de punir do Estado, ao *jus puniendi*. De modo semelhante, Masson (2014, pp. 509-510) expõe que:

Somente poderia o magistrado aplicar penas previstas em lei. É o princípio da legalidade. [...] para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditadas pelas leis.

Não se pode olvidar de mencionar que Beccaria, no direito processual penal, contribuiu com o princípio da presunção da inocência ou do estado de inocência ou da situação jurídica de inocência ou da não culpabilidade, que consiste em conceder ao acusado a presunção de que ele é inocente até a eventual sentença condenatória transitar em julgado.

Frise-se que o princípio da presunção da inocência vai além de conceder ao acusado inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória, busca, acima de tudo, assegurar que suspeito possa se defender no decorrer da instrução processual e, somente com a condenação em definitivo, seja considerado culpado.

Aliás, Beccaria (1954, p. 69) argui que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”. Mais além, Beccaria (1954, p. 106) aduz que o princípio da não culpabilidade deve ser observado no direito penal, eis que “ele apregoa que a perda da liberdade sendo já uma pena, está só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”.

Logo, seria possível afirmar que Beccaria entende que o princípio da não culpabilidade está ligado ao princípio da dignidade humana, devendo ser o suspeito ser tutelado pelo poder público até que seja condenado, resguardando-o de cumprimento de pena antecipado em penitenciárias inadequadas.

No ponto, Tourinho Filho (2009, p. 23) diz que:

O princípio da presunção de inocência remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia.

No ensejo, vale registrar que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 9º, que primeiramente abordou o princípio da presunção de inocência, sendo seguido pela Declaração Americana de Direitos e Deveres de 1791 (art. 9º), pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 11), e, por fim, pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8º, item 2).

À vista de todo explanado, indubitável que o direito de punir estatal, consoante expõe Ferrari (2012), constitui limitação ao poder estatal, eis que o poder público, por ter como fundamentação normas editadas e aprovadas pelo Poder Legislativo, também deve se pautar em critérios constitucionais, devendo, portanto, os órgãos seguir esse regramento constitucional, principalmente no que tange ao

princípio da presunção de inocência, que protege o indivíduo da arbitrariedade estatal frente a uma resposta imediata à sociedade.

Na mesma linha de raciocínio, Masson (2014, p. 1.369) assevera que a previsão de “uma conduta criminosa por um tipo penal fundamenta o direito de punir do Estado quando o indivíduo viola a lei penal. A existência de uma lei penal incriminadora é o fundamento da persecução penal exercida pelo Estado”.

Desse modo, percebe-se que a pena deve ser distribuída conforme princípios lógicos e fins a que se destina, para que sejam evitados abusos e arbitrariedades do Poder Público. A propósito, cabe ao Estado, titular do *jus puniendi* se autolimitar, valendo-se da pena como meio de reprimir as condutas ilícitas.

Nas palavras de Cunha (2015, p. 371):

Pena é espécie de sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade.

Isto porque, nos moldes delineados por Ferrari (2012), a prisão deve ser legal, de modo que a segregação do suspeito não pode ser utilizada apenas como demonstração do poder público, haja vista que a liberdade de todo cidadão é assegurada pela Constituição Federal vigente, e sua afronta sem qualquer embasamento legal seria uma violação constitucional de um direito indisponível.

Não obstante, Ferrajoli (2010, p. 369) afirma que “o sistema de penas assinala a escala de valores historicamente determinada de uma dada sociedade, além de seu grau de autoritarismo, tolerância e humanidade”. Igualmente, esse é o entendimento firmado por Santos (2005, p. 60):

A pena criminal é definida como consequência jurídica do crime, e representa, pela natureza e intensidade, a medida da reprovação de sujeitos imputáveis, pela realização não justificada de um tipo de crime, em situação de consciência da antijuricidade (real ou possível) e de exigibilidade de conduta diversa, que definem o conceito de fato punível.

Para tanto, denota-se que o Estado deve valer-se de meios de se auto-ponderar. Um Estado que não respeita os direitos individuais torna-se autoritário. A democracia baseia-se, também, em igualar o Estado ao cidadão, na medida em que a punição deve resguardar proporcionalidade, contraditório e ampla defesa.



Tal fato decorre de que, como explica Silva (2016), o Direito Penal brasileiro voltava-se à execução imediata da pena imposta como resposta ao anseio da sociedade que clamava por justiça. Contudo, com a implementação da Constituição Federal de 1988, o legislador pátrio buscou assegurar ao indivíduo garantias e direitos individuais no afã de garantir-lhe justiça, como, à guisa de exemplo, o princípio da não-culpabilidade, conforme passa-se a expor no capítulo seguinte.

Em suma, percebe-se que a história da humanidade sempre foi cercada de crenças em deuses ou em algo superior. No Brasil, não foi diferente. A necessidade da existência de uma força além de nós foi criada no intuito de impor limites na ação humana. Mais tarde, surge a figura do Estado, que ao longo dos tempos teve íntima relação com a religião e, atualmente, não possui qualquer vínculo. Em qualquer caso, ao Estado sempre foi imposta a punição do indivíduo infrator, sendo que, preteritamente, inexistia qualquer princípio, defesa ou dignidade no cumprimento da sanção pelo autor.

Vê-se que o desenvolvimento social desaguou na evolução das leis, que se transformaram de acordo com a necessidade coletiva. Nisto, surgiram princípios e garantias asseguradas ao acusado no decorrer da instrução processual, criadas justamente com o intuito de limitar o direito de punir do Estado. Logo, estes princípios encontram respaldo na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, todos oriundos de Tratados Internacionais que versam sobre os Direitos Humanos e da obra de Beccacia (Dos Delitos e das Penas), cuja relevância persiste na compreensão deste estudo, razão pela qual o próximo capítulo tratar-se-á sobre os princípios constitucionalmente assegurados ao réu, bem como sobre os princípios presentes na execução provisória da pena, discorrendo, por último, a respeito do acórdão proferido no Habeas Corpus 126.292/2016.

### 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS AO RÉU

Concluído o estudo acerca da história do direito de punir estatal, oportunidade que a contribuição da obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Bonesana, no direito penal e processual penal brasileiro foi abordado, principalmente quanto ao princípio da presunção de inocência ainda vigente no ordenamento jurídico pátrio, este capítulo tem como objetivo discorrer e demonstrar a importância dos princípios previstos na Constituição Federal vigente ao acusado, que resguardam, principalmente, sua presunção de inocência e lhe garante o direito à defesa e ao contraditório durante a instrução processual.

Tal análise justifica-se para compreender a problemática deste estudo, pois a partir do entendimento do que é direito e quais as premissas previstas ao réu é que será possível verificar se existe alguma violação legal ou principiológica.

Como resultados, foi possível observar que, num primeiro momento, diante da hierarquia de normas, o princípio da presunção de inocência deveria prevalecer sobre a execução provisória da pena. Contudo, o disposto no HC 126.292 demonstrava que não havia qualquer prejuízo à culpa do acusado que fosse condenado em 2ª instância, haja vista que a matéria apreciada em sede recursal apreciaria somente a matéria, e não o mérito processual, sendo que os efeitos dos recursos extraordinário e especial não são suspensivos, o que desagua no imediato cumprimento da sentença imposta.

Os resultados auxiliarão a compreender de maneira profunda o princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico brasileiro e o porquê da mudança do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, além de verificar a distinção do entendimento pretérito da Suprema Corte quanto ao tema (HC 84.078/2009) e o posicionamento atual (HC 126.292/2016).

Para tais fins, a metodologia utiliza a técnica dedutiva e de compilação de dados, que partirá do estudo das obras e artigos eletrônicos dos autores Cleber Masson (Direito penal esquematizado – Parte geral), Fernando da Costa Tourinho Filho (Manual de processo penal), Ricardo Antônio Andreucci (Manual de direito penal), Ana Flávia Messa (Curso de Direito Processual Penal), Renato Brasileiro de Lima (Manual de Processo Penal), Renato Marcão (Curso de Execução Penal),

Isadora Rodrigues da Silva (Princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena: uma análise acerca da histórica decisão do STF proferida no HC 126292), Guilherme de Souza Nucci (Manual de processo penal e execução penal) e Luiz Flávio Gomes (Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana), além de julgados dos tribunais superiores e análise da legislação pertinente ao tema proposto.

Nessa esteira, tem-se que a Constituição Federal em um Estado Democrático de Direito tem como função essencial consagrar direitos fundamentais aos cidadãos, bem como estabelecer limites ao poder público, instituindo, para tanto, princípios básicos de proteção ao indivíduo. Dentre eles, pode-se citar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF/1988), do qual se presume que ninguém poderá ser culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De acordo com Masson (2014, p. 21), os princípios “são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico”. Logo, os princípios têm por objetivo orientar o legislador ordinário e o aplicador do Direito Penal, limitando, assim, o poder punitivo estatal através de garantias asseguradas a todos os cidadãos.

Nessa toada, o princípio da reserva legal ou da legalidade é premissa constitucionalmente prevista no art. 5º, inciso XXXIX, bem como no art. 1º do Código Penal brasileiro. Esse princípio constitui cláusula pétrea, razão pela qual, mesmo que revogado pelo Estatuto Repressivo, continuará em vigor por força do mandamento constitucional. No mesmo rumo, Andreucci (2014, p. 142) ensina que:

Segundo esse princípio (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), ninguém pode ser punido se não existir uma lei que considere o fato praticado como crime. O princípio da legalidade é também chamado de *princípio da reserva legal*, pois a definição dos crimes e das respectivas penas deve ser dada somente e com exclusividade p e l a *lei*, excluindo qualquer outra fonte legislativa. Inclusive, o princípio da legalidade tem sua complementação no *princípio da anterioridade* (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), uma vez que do teor do art. 1º do Código Penal decorre a inexistência de crime e de pena sem lei *anterior* que os defina.

A propósito, o princípio da reserva legal não se aplica somente aos crimes, mas também às contravenções penais. Aliás, o referido princípio possui dois fundamentos, um jurídico e outro político, consoante expõe Masson (2014, pp. 315-316):

O fundamento jurídico é a taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima,<sup>3</sup> do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais. [...] O fundamento político é a proteção do ser humano em face do arbítrio do poder de punir do Estado. Enquadra-se, destarte, entre os direitos fundamentais de 1.<sup>a</sup> geração.

Do mesmo modo, o princípio da anterioridade tem previsão legal no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, e estabelece que o delito e a sanção penal devam ter previsão legal pretérita à ação cuja punição se pretende. Assim, preleciona Andreucci (2014, p. 143) que:

Deve a lei estabelecer previamente as condutas consideradas criminosas, cominando as penas que julgar adequadas, a fim de que se afaste o arbítrio do julgador e se garanta ao cidadão o direito de conhecer, com antecedência, qual o comportamento considerado ilícito.

Outro princípio constitucional assegurado ao acusado é o da aplicação da lei penal mais benéfica, previsto no art. 5º, inciso XL, que é composto pelo princípio da irretroatividade da lei mais severa e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Para Andreucci (2014, p. 143):

[...] a lei penal somente retroage para beneficiar o réu (art. 5.º, XL, da CF), e a lei nova que de qualquer modo favorecê-lo será aplicada aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (art. 2.º, parágrafo único, do CP).

Há, ainda, o princípio da constitucional da individualização da pena, com previsão no art. 5º, inciso XLVI, que tem como fundamento a premissa de que os atos ilícitos são frutos da conduta humana, que deve ser considerada individualmente, ou seja, a pena deve ser aplicada apenas ao autor do fato, devendo a Lei de Execução Penal caminhar no mesmo sentido.

Merece destacar que o princípio da individualização da pena desenvolve-se em três planos distintos: no plano legislativo, no plano judicial e no plano administrativo, conforme ensina Masson (2014, pp. 370-372):

No prisma legislativo, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis. A individualização judicial complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou

diminuir a sanção penal. [...] Finalmente, a individualização administrativa é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização.

O princípio da não culpabilidade, também denominado de princípio da presunção de inocência, busca conferir ao acusado não culpabilidade por crime ainda não julgado definitivamente. Como dispõe Messa (2014, pp. 104-105):

O princípio da presunção da inocência é previsto no art. 5º, LVII, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Noutros termos, presume-se inocência até o trânsito em julgado, salvo prova em contrário. O princípio do estado de inocência, decorrente do devido processo legal, é uma garantia processual penal. É uma presunção relativa.

Já o princípio da humanidade tem previsão legal estampada no art. 5º, incisos III e XLVII, da Constituição Federal de 1988, que proíbe qualquer tipo de tortura ou tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa, bem como a vedação da pena de morte, prisão perpétua, trabalhos forçados, de banimento e cruéis. A citada premissa, nas palavras de Masson (2014, p. 399), “decorre da dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1.º, III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil”.

Vale assinalar que o princípio da proporcionalidade, embora não tenha previsão legal expressa na Carta Magna vigente, é, como adverte Andreucci (2014, p. 159), de “cunho eminentemente constitucional”, uma vez que “preconiza a observância, no sistema penal, de proporcionalidade entre o crime e a sanção”.

Igualmente, tem-se o princípio da intranscendência, do qual ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceira pessoa, o que, logicamente, remete-se à premissa da individualização da pena, a qual, como já abordado, a pena não pode passar da pessoa do condenado, consoante previsão legal (CF, art.5º, XLV).

Noutro rumo, vê-se o princípio da razoabilidade, que também não possui previsão expressa no texto constitucional, contudo, adverte Andreucci (2014, p. 162), “congrega todos os demais princípios anteriormente estudados, colocando o homem no lugar da lei, sem ferir a legalidade”.

Não se pode olvidar de falar, mais profundamente, no princípio da presunção da inocência ou do estado de inocência ou da situação jurídica de inocência ou da não culpabilidade, que atua no sistema processual penal concedendo ao

acusado a presunção de que ele é inocente até a eventual sentença condenatória transitar em julgado. Por oportuno, importa registrar que o princípio da presunção da inocência encontra-se previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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

Nessa vereda, tem-se que o direito penal tem duas funções, o controle social por intermédio de mecanismos de prevenção, e a garantia de liberdade individual, das quais influenciam a legislação penal moderna a observar o indivíduo como ponto principal das relações sociais. Assim é que Tourinho Filho (2009, pp. 29-30), ao abordar o contexto histórico do princípio da não culpabilidade, explica que:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1779, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida. [...] Mais tarde, em 10-12-1948, a Assembleia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação. Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente.

Do mesmo modo, Lima (2015, p. 101) afirma que:

A Convenção Americana de Direitos Humanos não exige o trânsito em julgado, mas, sim, a comprovação da culpa para ser afastada a dita presunção de inocência. Por meio de uma interpretação sistemática, extrai-se que restaria comprovada a culpa após o exercício do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, exige o trânsito em julgado da condenação para o afastamento da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência (ou de estado de inocência ou da não culpabilidade), é a hipótese de que o acusado é inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado.

No que concerne à nomenclatura, diz Marcão (2014, p. 278) que, “a rigor, o dispositivo constitucional não fala em ‘presunção de inocência’, mas em ‘não culpabilidade’, daí a existência de discussão doutrinária”. Para Silva (2016), a distinção a respeito da verificação da presunção de inocência do indivíduo se subdivide em dois sistemas mundiais: o trânsito em julgado da sentença condenatória e o duplo grau de jurisdição. Na mesma linha, Gomes (2016) explica que o trânsito em julgado é efetivado quando todos os recursos disponíveis ao sentenciado forem esgotados, enquanto o duplo grau de jurisdição ocorre quando há o julgamento pelas 1ª e 2ª instâncias ordinárias.

Noutro rumo, cabe consignar que o princípio da presunção da inocência concede ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo, além do direito de se auto defender por meio do interrogatório ou outras provas. Tais direitos estão intimamente ligados ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Sobre o princípio em tela, Nucci (2014, pp. 272-273) leciona que:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. No mesmo prisma, evidencia que outras medidas constritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio).

Efetivamente, ao órgão acusador incube o ônus de provar que o acusado cometeu a infração penal, de modo que o acusado se defende das imputações lhe atribuídos produzindo provas em sentido contrário, conforme explica Marcão (2014, p. 278), ao dispor que “milita em favor de todo acusado a presunção relativa (*juris tantum*) de que é inocente em relação ao cometimento do delito imputado”. Logo, quando houver dúvida razoável a respeito da prática do ato ilícito pelo acusado, deve ele ser absolvido e a ação penal arquivada, conforme disposição do art. 386, inciso VII, do CPP. Vide:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:  
I – estar provada a inexistência do fato;

- II – não haver prova da existência do fato;
- III – não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação. [...] (BRASIL, 1941)

A absolvição deve imperar em casos de dúvida porque o princípio do *in dubio pro reo* deve ser observado em face do acusado. Para Nucci (2014, pp. 273-274), o princípio da não culpabilidade “integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado”. No mesmo limiar, assevera Marcão (2014, p. 279) que:

A presunção de que ora se cuida tem duração determinada, pois deixará de existir com a superveniência do trânsito em julgado definitivo de sentença penal condenatória. Do princípio sub examine não se extrai, entretanto, a impossibilidade de determinar medidas cautelares em desfavor do imputado, tal como ocorre com a decretação de prisão preventiva e a imposição de medidas cautelares restritivas, conforme veremos no capítulo destinado ao estudo das prisões cautelares.

De fato, o princípio da não culpabilidade pressupõe o princípio do *favor rei* ou *in dubio pro reo*, do qual, no caso de dúvida a respeito do fato delituoso perpetrado pelo agente infrator, o magistrado competente deverá adotar à medida que mais beneficiará o réu. Sob o tema, merece endosso a assertiva exposta por Marcão (2014, p. 332):

Há divergência na doutrina, pois alguns afirmam que esse princípio determina que a dúvida deve ser resolvida em favor do acusado, referindo-se à prova do processo (absolvição por insuficiência de prova); e só a defesa dispõe de certas faculdades jurídicas, tais como ação rescisória e embargos infringentes; manifestando-se, ainda, na vedação à possibilidade de *reformatio in pejus*.

Na mesma linha de pensamento supra consignado é o entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.201.828/RJ, publicado do ano de 2012, pelo Ministro Reis Júnior (2011), que assim dispõe:

[...] O princípio do *favor rei* estabelece, diante do conflito entre o jus puniendi do Estado e o *jus libertatis* do acusado, a interpretação mais benéfica ao réu do texto legal. [...]



Nessa vereda, Silva (2016) destaca que ao acusado é dado o direito de recorrer por dois instrumentos: o Recurso Especial e Recurso Extraordinário. O primeiro tem por objetivo manter o equilíbrio das leis infraconstitucionais, protegendo o direito objetivo, com previsão no art. 105, inciso III, da CF/88, e no art. 541 do CPC. Já o segundo busca assegurar a tutela da norma jurídica de natureza constitucional, com previsão no art. 102, inciso III, da CF/88. Ponto semelhante é que ambos os recursos não possuem efeito suspensivo, ou seja, a pena imposta na sentença condenatória pelo magistrado de 1ª instância pode ser executada provisoriamente.

Não distante, o inciso VI do art. 386 do CPP, traz a possibilidade da absolvição fundada em dúvida sobre a existência da infração penal, hipótese que se consagra o princípio da inocência presumida, eis que, se há dúvida, impõe-se a absolvição do infrator.

A propósito, não se pode deixar de lado que, na primeira fase dosimétrica da pena, o magistrado sentenciante deverá observar as circunstâncias elencadas no art. 59, *caput*, do Código Penal, dentre as quais se encontram a culpabilidade e os maus antecedentes, circunstâncias essas que não violam o instituto da presunção da inocência.

Salienta-se que as circunstâncias judiciais inculpidas no referido artigo não vão de afronta ao princípio da presunção de inocência, devendo o juiz a quo dosar a pena imposta observando à culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, os motivos do crime, às circunstâncias do delito e o comportamento da vítima na prática da infração penal.

Aliás, esse também é o entendimento esboçado por Emmerich (2014):

[...] Não há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, vez que a prisão cautelar é admitida constitucionalmente (art. 5º, LXI, CR). 3- É incabível a alegação de que a prisão preventiva expõe o paciente a regime prisional mais gravoso do que o proporcionado em caso de eventual condenação, eis que ainda não é possível definir a pena definitiva, que deverá levar em conta todas as provas obtidas ao longo da instrução criminal, em consonância com as diretrizes constantes no art. 59 do Código Penal. [...]

Cabe anotar, com base no observado nas linhas retro transcritas, que o princípio da não culpabilidade provoca importantes consequências no direito processual penal, uma vez que converte o ônus da prova, em regra, à acusação, bem assim acarreta excepcionalidade nas prisões cautelares e em todas as medidas constritivas de direitos individuais.

Destarte, denota-se que a Constituição vigente concede ao indivíduo que responde processo criminal diversos princípios que devem ser observados pelo Estado-juiz, uma vez que tais premissas limitam o poder punitivo estatal, conferindo dignidade e defesa ao investigado. Nesse rumo, o princípio da presunção de inocência também é de fundamental importância, pois segundo ele, o acusado é inocente até a eventual sentença condenatória transitar em julgado, não podendo, portanto, a prisão ser estabelecida sem decisão definitiva que a determine.

### **3.1 PRINCÍPIOS PRESENTES NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Este tópico apresentará os princípios na execução provisória da pena, valendo-se do método dedutivo de análise da Lei de Execução Penal e entendimento do doutrinador Rogério Sanches Cunha, a partir da análise de sua obra Execução Penal para concursos. Nessa esteira, executa-se a pena imposta ao condenado ao findar a instrução processual com o trânsito em julgado da sentença condenatória, que se torna título executivo judicial. Na execução da pena existe o cumprimento da sanção ao qual o indivíduo foi condenado, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniários.

À vista disso, diz-se que a execução penal tem como objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, consoante dispõe o art. 1º da LEP (Lei n. 7.210/1984).

Contudo, existem premissas que devem ser observadas pelo legislador na execução da sentença penal imposta ao réu, de modo a preservar-lhe, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. No estudo dos princípios presentes na execução penal brasileira, é de fundamental importância para a análise da problemática, verificar a legalidade da segregação imposta ao réu frente à execução da pena provisória, haja vista a existência de suposta violação do princípio da presunção de inocência.

Nesse rumo, destaca a Lei de Execução Penal brasileira que possui 04 (quatro) princípios, que orientam a fiscalização e cumprimento da reprimenda imposta, quais sejam: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade, o princípio da individualização da pena e o princípio da jurisdicionalidade, conforme descreve Cunha (2015, p. 10):

a) Legalidade: em vários dispositivos da LEP a legalidade é anunciada. No art. 2º, por exemplo, “A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”. O art. 3º, por sua vez: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

b) Igualdade: “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” (art. 3º, parágrafo único, LEP). Assegura que na execução da pena não serão concedidas restrições ou privilégios de modo indiscriminado, por ordem social, política, de raça, cor, sexo etc.

c) Individualização da pena: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (art. 5º da LEP). Em síntese, a pena será individualizada conforme a personalidade e antecedentes do agente, bem como o tipo de delito por ele praticado (item 26 da Exposição de Motivos da LEP).

d) Princípio da jurisdicionalidade: o processo de execução penal será conduzido por um juiz de direito, como estabelecido no art. 2º: “A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida...”. A natureza jurisdicional da execução se extrai, ainda, da simples leitura do art. 194: “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”.

Como salientado pelo referido autor, a LEP tem como premissas orientadoras, em suma, os dispositivos já consagrados pela Constituição Federal vigente, salvo o princípio da jurisdicionalidade. Além disso, no decorrer do cumprimento da pena, deve o juiz da Execução Penal garantir que o preso provisório ou definitivo ter garantido a concretização dos princípios constitucionais da intranscendência da pena, da humanidade que decorre da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da igualdade.

Portanto, percebe-se que os princípios aplicados na execução penal, em regra, encontram fundamento constitucional, de modo que deve o magistrado responsável pela execução da pena assegurar ao preso provisório ou definitivo todas as garantias fundamentais no afã de que o objetivo primordial da LEP seja alcançado, qual seja a ressocialização do agente infrator.

### **3.2 ACÓRDÃO PROFERIDO NO HABEAS CORPUS 126.292/2016**

Por último, este tópico abordará o novo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/2016, comparando-o ao posicionamento anterior consagrado no HC 84.078/2009 e utilizando-se do método dedutivo e compilação de dados bibliográficos dos juristas Carlo Velho Massi (Um

duro golpe na presunção de inocência) e Rogério Sanches Cunha (Execução Penal para concursos).

Registre-se, ainda, que a respeito do princípio em comento, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado no sentido de que o sentenciado não poderia dar início à execução da pena imposta no édito condenatório enquanto pendente Recurso Especial ou Extraordinário, sob pena de violar o princípio constitucional da presunção de inocência, devendo ser a segregação cautelar imposta eivada de pressupostos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. A título de exemplo, cita-se Gracie (2010) e Mello (2010):

[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir a presunção constitucional de inocência, desde que a privação da liberdade do sentenciado - satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes - encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes [...].

[...] A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes [...]. O Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, por entender que orientação em sentido diverso transgredir, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência. Precedentes. [...]

Nota-se que Supremo Tribunal Federal, em posição pretérita, entendia que o sentenciado não poderia começar a cumprir a pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse entendimento fora por muito tempo pacífico na Suprema Corte. Entretanto, explica Massi (2016) que com o julgamento do HC n. 126.292, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento anteriormente adotado no HC n. 84.078/2009, de modo que atualmente é permitida a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado do édito condenatório.

*In verbis:*

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. Em outras palavras, é possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016.

Inclusive, a recente decisão do HC n. 126.292 foi sedimentada no Informativo n. 814/2016 do Supremo Tribunal Federal:

[...] É possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso. O Min. Teori Zavascki defendeu que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. É possível o estabelecimento de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido 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. [...]

No ponto, cumpre trazer à baila trechos do voto vencedor do Ministro Relator Zavascki (2016), no julgamento do HC 126.292, assim fundamentou a alteração da posição anteriormente consolidada pela Suprema Corte. Vide:

[...] A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. [...] Realmente, 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. [...] Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: 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. [...]

Vislumbra-se que a nova posição adotada pela Suprema Corte no transcrito HC 126.292, teve como fundamento a execução provisória da pena como efetiva prestação da tutela jurisdicional, eis que o princípio da presunção de inocência resta superado com a condenação pelo juiz de primeira instância, uma vez que a sentença condenatória somente será prolatada após análise do juízo da culpabilidade do

acusado, que decorre da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos sob o crivo da ampla defesa e do contraditório durante a instrução criminal.

Ainda a respeito do referido habeas corpus (HC 126.292), Mendes (2016) discorre a respeito dos limites constitucionais que o princípio da presunção de inocência possui:

[...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. [...]

Oportunamente, vale conferir o quadro comparativo entre a posição anteriormente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 84.078) do qual o sentenciado poderia aguardar o julgamento do Recurso Especial ou Extraordinário preso preventivamente, desde que presentes os pressupostos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo a segregação medida cautelar, e não execução provisória da pena, com a atual posição consolidada pelo sobredito sodalício do informativo alhures exposto (n. 814 do STF):

<b>POSIÇÃO REVOGADA (HC 84.078/2009)</b>	<b>POSIÇÃO VIGENTE (HC 126.292/2016)</b>
Não se admitia a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.	É possível a execução provisória da pena, mesmo antes do trânsito em julgado, desde que exista acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação.
A execução provisória da pena ofende o princípio da presunção de não culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência).	A execução provisória da pena NÃO ofende o núcleo essencial do princípio da presunção de não culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência).
O réu, mesmo condenado pelo Tribunal em 2º grau, só pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena após terem sido julgados os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa.	O réu pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena se o acórdão do Tribunal de 2º grau for condenatório, mesmo que, desta decisão, ele tenha interposto recurso especial e extraordinário.
Os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa contra o acórdão condenatório de 2º grau possuíam efeito suspensivo por força do princípio da presunção de inocência.	Os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa contra o acórdão condenatório de 2º grau NÃO possuem efeito suspensivo. A Lei determinou isso e não há inconstitucionalidade nesta previsão.

Tabela 01 – Quadro Comparativo HC 84.078/2009 126.292/2016

Denota-se, portanto, que a execução provisória da pena não compromete o pressuposto da essencial do princípio da presunção da inocência, qual seja, a culpabilidade. Isto decorre do fato de durante toda a instrução processual ter sido disponibilizado ao acusado todos os direitos e garantias a ele inerentes à pessoa inocente, sem olvidar o contraditório e a ampla defesa. Logo, não há que se falar em incompatibilidade constitucional à execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária.

Não obstante toda a celeuma a respeito da nova posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal convém pontuar que o art. 2º, parágrafo único da Lei de Execução Penal (n. 7.210/84), que afirma serem as regras contidas no referido diploma legal aplicáveis ao preso provisório. Vide:

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

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

Sob esse prisma, Cunha (2015, p. 13) afirma que:

Estão assegurados aos presos cautelares (prisão temporária e preventiva, abrangendo, por óbvio, os condenados provisórios) os mesmos direitos dos condenados definitivos. Nesse rumo, conclui-se ser possível a execução penal provisória (antecipando-se benefícios de execução penal) na hipótese de condenado em 1º grau, preso, aguardando julgamento do seu recurso.

Portanto, a possibilidade de execução provisória da pena é regulamentada pelas Súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal, ambas de 2003, que assim dispõem:

Súmula 716 do STF. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717 do STF. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (BRASIL, 2003)

Do mesmo modo, extrai-se dos arts. 8º, 9º, 10 e 11 da Resolução n. 113 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça o procedimento cabível nos casos de execução provisória da pena. *In verbis*:

Art. 8º. Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Art. 9º. A guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs acompanhada, no que couber das peças e informações previstas no artigo 1º. § 1º A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal. § 2º Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Art. 10. Sobrevida decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia.

Art. 11. Sobrevida condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento encaminhará as peças complementares, nos termos do artigo 1º, ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa. (BRASIL, 2010).

Como se pode observar, os artigos acima consignados impõem a expedição de guia de cumprimento de pena provisória, da qual deverá conter todos os dados do acusado, os fatos por ele praticados e todas as informações concernentes à sanção lhe imposta. Caso seja o sentenciado absolvido no Tribunal de 2ª instância, a guia será cancelada, e se a pena pretérita foi diminuída, será elaborada nova guia de cumprimento de pena com a pena reformulada.

Por sua vez, dispõe a redação do art. 283 do Código de Processo Penal que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A propósito, esse é um dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus alhures pontuado (n. 84.078), ínterim que a execução provisória da pena era vedada, como dispõe Grau (2009):

[...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP [...] 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. [...]



Efetivamente, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/2016 é totalmente contrário à posição por ele anteriormente adotada, uma vez que relativizou o princípio do estado de inocência fundamentando-se no afã de equilibrá-lo frente ao princípio da efetividade da função jurisdicional penal, o que diverge completamente do fundamento utilizado por Cesare Beccaria ao instituir a referida premissa no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante isso, pode-se afirmar que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal está em consonância com o disposto na Lei de Execução Penal e a Resolução 113 do CNJ. Contudo, diante da hierarquia de normas, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade deveria prevalecer, eis que está assegurado expressamente na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII, sendo considerando, como estudado no capítulo anterior, direito fundamental concedido ao cidadão que responde processo criminal, fatores que, novamente, deságuam na necessidade do estudo profundo a respeito da suposta violação do referido princípio constitucional.

Pelo exposto, nota-se que o Supremo Tribunal Federal mudou de entendimento quanto ao tema da execução provisória da pena, firmando agora pela possibilidade sem que haja ofensa ao princípio da presunção de inocência, fato que acarretou considerável discussão jurídica e social no direito brasileiro. À vista dessa celeuma, o próximo capítulo realizará ponderações sobre tema, abordando a discussão doutrinária e jurisprudencial.

#### **4. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA DA PENA VERSUS VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

À vista do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/2016, este último capítulo será elaborado com a finalidade de verificar se o atual entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da execução provisória da pena contraposto a violação do princípio da presunção de inocência, cuja justificativa perfaz a resolução da problemática deste estudo, que é analisar suposta violação do referido princípio constitucional, que contribuirá para a o resultado almejado.

No estudo é possível perceber que a Suprema Corte, ao adotar nova posição no HC 126.292/2016, permitindo a execução provisória da pena com a condenação em 2ª instância, o fez observando devidamente a legislação vigente e considerando a efetiva prestação da tutela jurisdicional, eis que o princípio da presunção de inocência resta superado com a condenação pelo juiz de primeira instância, uma vez que a sentença condenatória somente será prolatada após análise do juízo da culpabilidade do acusado.

Logo, são utilizados julgados dos tribunais superiores brasileiros e das obras, artigos jurídicos eletrônicos, Isadora Rodrigues da Silva (Princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena: uma análise acerca da histórica decisão do STF proferida no HC 126292), João Vallois (STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado), Renato Brasileiro de Lima (Manual de Processo Penal), Fernando Brandini Barbagalos (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais), Luiz Flávio Gomes (Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana), Rafael Moraes (Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal) e Daiana Carolina da Silva Gomes Machado (A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292).

Assim, em um primeiro momento, verifica-se a possibilidade do direito penal ingressar em uma nova fase, qual seja: a da inobservância do princípio constitucional da presunção de inocência. Aliás, há que ressaltar que tal fato pode trazer insegurança jurídica no âmbito da execução penal, haja vista que obrigar o acusado a iniciar o cumprimento da pena após a sentença proferida pela segunda instância fere, ainda, o duplo grau de jurisdição.

Isto porque recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/2016, adotou posição contrária ao antes sedimentado no Habeas Corpus 84.078/2009, entendendo ser possível a execução provisória da pena, desde que haja uma decisão condenatória e esta seja proferida por um Tribunal de Segunda Instância Ainda, cumpre salientar, que a presunção de inocência é um princípio que limita o abuso do poder do Estado, ao passo que é ele o detentor do direito de punir, ou seja detentor do *jus puniendi*.

À vista disso, somente caberia o exercício do direito de punir após ser o acusado definitivamente condenado. Fato é que, atualmente, o julgamento dos Recursos Especiais e dos Recursos Extraordinários não suspendem o início do cumprimento da pena, gerando grande discussão no meio acadêmico sobre a possibilidade desse entendimento ir em desencontro com o princípio da presunção de inocência e acarretar, conseqüentemente, insegurança jurídica na execução penal brasileira.

Em verdade, após o julgamento do HC n. 126.292 de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, que permitiu a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória imposta, o mencionado sodalício vem se posicionando de acordo com o referido HC, impondo-se ao réu provisório à execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A título de exemplo, colhe-se do HC 140.213/2017 de São Paulo, o voto do Relator e Ministro do Supremo Tribunal Federal Fux (2017), que ressaltou o princípio da presunção como premissa, e não como regra. Vide:

[...] No que tange à possibilidade de execução provisória da condenação antes do trânsito em julgado, consigno que em julgamento realizado em 05/10/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir, por maioria, as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e antes do efetivo trânsito em julgado do processo. Entendeu-se que o referido dispositivo não impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, porquanto se deve buscar garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, na qualidade de princípio e não de regra, é passível de ponderação com outros princípios e valores constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime em sede de segundo grau de jurisdição, no que encerra um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. [...]

No mesmo sentido foi o voto do Relator e Ministro do Supremo Tribunal Federal Toffoli (2017) de Minas Gerais, que no julgamento do HC 143746 de Minas Gerais assim pronunciou:

[...] Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que 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". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP. 3. Habeas corpus denegado." (fl. 353) Não há o que ser reparado no aresto questionado, pois o entendimento daquela Corte de Justiça está de acordo como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual, "a execução provisória da sentença penal condenatória já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não desborda em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência" (HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16). Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado na Corte que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, as quais pleiteavam sob a premissa de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP. Fica ressalvado, contudo, meu entendimento pessoal consignado por ocasião do julgamento daquelas ações diretas. Anote-se de outra parte, que o Plenário virtual reafirmou, em sede de repercussão geral (Tema nº 925) que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal." (ARE nº 964.246/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 25/11/16) Ressalto, por fim, que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que "a deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. [...]

Igualmente é o voto do Relator e Ministro do Supremo Tribunal Federal Fux (2017) no julgamento do HC 140.803/2017 do Mato Grosso do Sul. Confira-se:

[...] Por oportuno, consigno que em julgamento realizado em 05/10/2106, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir, por maioria, as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e antes do efetivo trânsito em julgado do processo. Entendeu-se que o referido

dispositivo não impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, porquanto se deve buscar garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, na qualidade de princípio e não de regra, é passível de ponderação com outros princípios e valores constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. [...]

Igualmente, tem-se o voto do Relator e Ministro do Superior Tribunal de Justiça Cordeiro (2016) no julgamento do HC 352112 de São Paulo, que assim declarou:

[...] A Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência. [...] Trata-se de habeas corpus, no qual busca-se salvo conduto em face da nova interpretação do Supremo Tribunal Federal que admitiu a execução provisória da pena após a confirmação da condenação penal pelo Tribunal local no julgamento da apelação criminal. A condenação criminal do paciente foi confirmada pelo acórdão da apelação criminal [...] Busca-se a expedição de salvo conduto tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292 pela qual foi permitida a execução provisória da pena privativa de liberdade após confirmação de sentença condenatória em segundo grau. Conforme já adiantado no exame liminar, a Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência. Embora ainda pendente de publicação, o voto condutor do acórdão no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, colhem-se os fundamentos sintetizados no Informativo 814 do STF: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. [...] Prolatado o julgamento condenatório por Tribunal de Apelação e na pendência de recursos especial ou extraordinário, somente casuísticos efeitos suspensivos concedidos – por cautelar ou habeas corpus –, impedirão a execução provisória. [...]

De outro lado, impende notar que até mesmo nos casos em que o réu tinha o direito de recorrer em liberdade na sentença de 1ª instância, com a manutenção da sentença pelo Tribunal de Apelação, é impositiva a execução provisória do édito condenatório.

Vislumbra-se, portanto, que as Cortes Superiores brasileiras relativizaram o princípio do estado de inocência justificando sua ponderação frente ao princípio da efetividade da função jurisdicional penal, de modo que se impõe o imediato

cumprimento da pena provisoriamente quando a condenação em 1ª instância restar confirmada por acórdão prolatado em sede de apelação (2ª instância). Cumpre anotar que tal posicionamento está em consonância com o disposto na Lei de Execução Penal e a Resolução 113 do Conselho Nacional de Justiça.

Como visto o princípio da presunção de inocência (ou de estado de inocência ou da não culpabilidade), é a hipótese de que o acusado é inocente até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, em tempos pretéritos, vedava a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado do édito condenatório, sob pena de ferir a referida premissa constitucional.

Contudo, ao longo deste estudo foi possível perceber que a Suprema Corte brasileira mudou seu entendimento na ocasião do julgamento do HC 126.292/2016, fundamentando a mudança no fato de que os Recursos Extraordinário e Especial não gozam de efeito suspensivo; além de eles apreciarem somente matéria de direito, de modo que o agente que teve sua condenação mantida em grau recursal teria sua culpabilidade comprometida, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Sobre esse prisma, merece atenção o HC 85.886/2005 do Rio de Janeiro, a qual a Relatora e Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie já havia ressaltado que a sentença condenatória mantida em 2ª instância se sujeita à execução provisória independentemente do trânsito em julgado, uma vez que os recursos eventualmente cabíveis (extraordinário e especial) não têm efeito suspensivo.

Assim, deveria bastar a condenação na 1ª instância para que a pena seja executada, não se impondo o aguardo de análise de recurso por tribunal superior para o início do cumprimento da pena preteritamente imposta.

Nessa esteira, Silva (2016) afirma que a decisão prolatada pelo STF permite a execução temporária da pena sem caráter cautelar e desde que exista acórdão emanado de órgão colegiado que tenha como principais argumentos os seguintes:

- a) O fato de a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometer 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 e, esgotando-se a via de análise

fática, mediante decisão condenatória proferida por órgão colegiado, merece relativização o princípio da presunção de inocência;

b) O necessário preenchimento do requisito constitucional inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, pertinente à comprovação de repercussão geral para a análise de eventual recurso extraordinário interposto, e o significativo número de recursos improvidos;

c) O fato de que o impedimento de execução provisória de qualquer condenação, enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários, tem permitido e incentivado a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória;

d) E a possibilidade de ajuizamento de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial como instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos.

Para Vallois (2016), o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/2016 tem cabimento de acordo com 06 (seis) motivos, quais sejam:

1) Tendo em vista que o direito ao duplo grau já foi assegurado, tal como previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica – em seu art. 8º, n.º2, alínea “h”, acerca do “direito de recorrer da sentença para juiz OU tribunal superior” (sem destaque à conjunção coordenada alternativa no original). Assim, em um primeiro momento o réu é julgado por um juiz monocrático, que avalia fatos, provas e direito. Em caso de recurso, já em um segundo momento, aquele é julgado por órgão colegiado, competente para análise fática, jurídica e probatória. Ora, nem a Convenção, menos ainda a nossa Constituição, confere direito a terceiro grau de jurisdição.

2) Porquanto os recursos excepcionais (Especial e Extraordinário) não são dotados de efeito suspensivo. Desse modo, o que o STF apenas fez foi nada além do que ter cumprido o que sempre esteve expresso no texto constitucional, desde 1988, no caso, a possibilidade de se prender alguém por ordem escrita e fundamentada, emanada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CRFB/88).

3) Porque em momento algum a Constituição vedou a prisão antes do trânsito em julgado, pois, o suposto direito fundamental violado (art. 5º, LVII, da CRFB/88) apenas veda que alguém seja “considerado culpado” antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4) Se o legislador não delimitou, expressamente, o limite e o alcance da expressão concernente a não consideração de ser culpado antes do trânsito, de acordo com a mais prestigiada doutrina constitucionalista, compete ao STF fazê-lo, enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo.

5) Se houve confirmação por um Colegiado, não seria razoável prestigiarmos manobras jurídicas unicamente destinadas à condução da prescrição, valendo-se o advogado do condenado (geralmente solto) da morosidade do Judiciário, e pior, acaba contribuindo ainda para o agravamento desse quadro para outros processos, assim gerando sucessivas extinções de processos penais em razão da citada causa extintiva da punibilidade.

6) Por consequência da observação anterior, destaco que a Constituição também prestigia o princípio da duração razoável do processo, erigindo-o como direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88), que aliado à garantia prevista no inciso LXI do mesmo dispositivo, deve sobrepor a eventual entendimento que reduza sua eficácia, à luz do critério da ponderação.

Efetivamente, denota-se que o STF, no julgamento do HC 126.292/2016, não olvidou de assegurar o julgamento pelo duplo grau de jurisdição do sentenciado antes que ele desse início à execução provisória da pena, além da inexistência de previsão legal que vedasse a prisão antes do trânsito em julgado e de efeito suspensivo dos recursos cabíveis (extraordinário e especial), somados à observância de outro direito fundamental constitucionalmente assegurado, qual seja, o da razoável duração do processo.

De fato, a Carta Magna de 1988 consagra direitos fundamentais aos seus cidadãos, estabelecendo limites ao poder público e instituindo princípios básicos de proteção ao indivíduo, como, *in casu*, o da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF/1988, do qual se presume que ninguém poderá ser culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Na mesma vereda, é possível observar que no Direito Penal brasileiro, a pena privativa de liberdade é instrumento utilizado pelo Estado-Juiz para assegurar o cumprimento das regras impostas legalmente. Assim, num primeiro momento, vislumbra-se a impossibilidade de cumprimento antecipado da pena, eis que a subsunção do suposto autor do fato à execução provisória violaria o princípio da presunção de inocência, o que foi adotado pelo HC 84.078/2009.

Contudo, atualmente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/2016, mitigou o princípio da presunção de inocência ou culpabilidade, de modo que agora basta a existência de sentença condenatória em segunda instância para ensejar a execução provisória da pena imposta em édito condenatório proferido por juízo *a quo*, isto antes mesmo do trânsito em julgado de ambas as decisões.

Em verdade, Lima (2015, p. 101) assevera que:

[...] a Convenção Americana de Direitos Humanos não exige o trânsito em julgado, mas, sim, a comprovação da culpa para ser afastada a dita presunção de inocência. Por meio de uma interpretação sistemática, extrai-se que restaria comprovada a culpa após o exercício do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, exige o trânsito em julgado da condenação para o afastamento da presunção de não culpabilidade.

Nessa toada, seria plausível dizer que o princípio constitucional da presunção de inocência está sendo violado pelas cortes de justiça brasileira? Não. Isto porque, como visto os Recursos Extraordinário e Especial não gozam de efeito suspensivo e apreciam somente matéria de direito, e não de mérito, sendo que o



sentenciado que tiver sua condenação mantida pelo Tribunal de Apelação deve, imediatamente, iniciar a execução de sua pena. Além disso, o duplo grau de jurisdição que comprovasse a culpa do sentenciado afastaria sua inocência.

A propósito, explica Barbagalo (2015, pp. 94-95) que:

Em resumo, não é que a sentença anterior tem os efeitos suspensos e depois do julgamento esses efeitos por ela determinados passam a surtir efeitos, mas sim que, eventualmente, o julgamento realizado em recurso adote o mesmo posicionamento da sentença inicial, quando então os efeitos decorrentes desse novo *decisum* surtirão efeitos. [...] Assim preceituado, quando houver julgamento de recurso pelas instâncias superiores, mesmo que a sentença penal condenatória seja confirmada, ela será substituída pelo acórdão do julgamento. Assim, o que passa a valer e ter eficácia é o comando da decisão substitutiva e não da sentença de primeira instância confirmada.

A questão acerca do momento da verificação da culpa do sentenciado, se no momento da condenação em sede recursal ou quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução penal é bem discutida. Tais sistemas de verificação da culpa são assim explicados por Gomes (2016, p. 02):

No primeiro sistema, somente depois de esgotados ‘todos os recursos’ (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.

Frise-se que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que os direitos e garantias por ela assegurados aos indivíduos não excluem outras decorrentes de regimes e princípios adotados através de tratados internacionais que integra, razão pela qual os dois sistemas de verificação da culpa devem ser considerados pelo ordenamento jurídico pátrio.

De fato, os princípios aplicados na execução penal, em regra, encontram fundamento constitucional, de modo que deve o magistrado responsável pela execução da pena assegurar ao preso provisório ou definitivo todas as garantias fundamentais no afã de que o objetivo primordial da LEP seja alcançado, qual seja a ressocialização do agente infrator.

Considerando que pelo princípio da não culpabilidade presume-se que ninguém poderá ser culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, denota-se que, na verdade, o legislador não buscou tratar de declarar

a inocência de um acusado, ao contrário, dá a ele o direito de, não necessariamente, ser o detentor da culpa pela prática do que lhe é imputado antes que se esgotem os recursos penais cabíveis.

Nesse contexto, o referido princípio tem como objetivo primordial proteger o suposto autor de qualquer sanção antecipada, que deverá ser imposta somente com o trânsito em julgado do édito condenatório, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, salvo quando sua culpabilidade restar indubitavelmente comprovada e a tutela jurisdicional fazer-se presente.

Justamente nesse rumo é o que defende o Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/2016, que, como visto, admite a possibilidade da execução provisória da pena desde que haja decisão condenatória e esta seja proferida por um Tribunal de Segunda Instância. Logo, vê-se, ainda, certo limite imposto à execução temporária da pena, haja vista ela estar condicionada à condenação em fase de recurso apelatório.

Sobre o tema, Silva (2016) assevera que ocorreu a evolução do entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal, que resultará na maior celeridade executória das penas impostas, evitando-se, por consequência, a prescrição delitiva.

Para Moraes (2016), o relator do HC 126.292 de 2016 procurou proporcionar isonomia aos princípios da inocência e da função jurisdicional para que não ocorram inúmeros recursos apelatórios. Para isso, a Suprema Corte trouxe outras formas de amparar a liberdade positivada no ordenamento jurídico pátrio, tais como os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos etc.

Registra-se que, nas palavras de Machado (2016), embora a Suprema Corte tenha mudado seu posicionamento, se presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, ela deve prevalecer sem que haja qualquer violação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que evitaria o encarceramento do sentenciando antes de decisão definitiva.

À vista disso, embora tenha Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, consagrado o princípio da presunção de inocência premissa fundamental que deve ser observado com prioridade nos processos criminais, principalmente por encontrar fundamento na Constituição Federal vigente, é plausível afirmar que o novo entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/2016 nada mais é do que a observância do direito e efetiva prestação da tutela jurisdicional, eis

que o princípio da presunção de inocência resta superado com a condenação pelo juiz de primeira instância, uma vez que a sentença condenatória somente será prolatada após análise do juízo da culpabilidade do acusado, que decorre da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos sob o crivo da ampla defesa e do contraditório durante a instrução criminal, não havendo que se falar, portanto, em violação de qualquer princípio.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudado, foi possível perceber que a história da humanidade sempre foi cercada de crenças em deuses ou em algo superior. No Brasil, não foi diferente. A necessidade da existência de uma força além foi criada no intuito de impor limites na ação humana. Mais tarde, surge à figura do Estado, que ao longo dos tempos teve íntima relação com a religião e, atualmente, não possui qualquer vínculo. Em qualquer caso, ao Estado sempre foi imposta a punição do indivíduo infrator, sendo que, preteritamente, inexistia qualquer princípio, defesa ou dignidade no cumprimento da sanção pelo autor.

Assim, com a evolução da sociedade, a legislação também se transformou de acordo com a necessidade coletiva. A partir daí, surgiram princípios e garantias asseguradas ao acusado no decorrer da instrução processual, criadas justamente com o intuito de limitar o *jus puniendi* estatal. Tais premissas estão consagradas na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, todos oriundos de Tratados Internacionais que versam sobre os Direitos Humanos e da obra de Beccaccia (Dos delitos e das penas).

Dentre tais princípios, destaca-se o da presunção de inocência, do qual o acusado é inocente até a eventual sentença condenatória transitar em julgado, não podendo, portanto, a prisão ser estabelecida sem decisão definitiva que a determine, consoante entendia o Supremo Tribunal Federal no HC 84.078/2009, que vedava a execução provisória da pena.

Contudo, no decorrer deste trabalho viu-se que a Suprema Corte adotou nova posição no julgamento do HC 126.292/2016, uma vez que relativizou o princípio do estado de inocência justificando sua ponderação frente ao princípio da efetividade da função jurisdicional penal, de modo que se impõe o imediato cumprimento da pena provisoriamente quando a condenação em 1ª instância restar confirmada por acórdão prolatado em sede de apelação (2ª instância). Aliás, ao adotar tal posicionamento, o STF caminhou com o disposto na Lei de Execução Penal e a Resolução 113 do Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, em um primeiro momento, deveria ser considerada a hierarquia de normas, de modo que o princípio da presunção de inocência deveria

prevalecer à execução provisória da pena, eis que está assegurado expressamente na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII.

Entretanto, não se pode afirmar a existência de violação de princípio constitucional. Isto porque, como visto os Recursos Extraordinário e Especial não gozam de efeito suspensivo e apreciam somente matéria de direito, e não de mérito, sendo que o sentenciado que tiver sua condenação mantida pelo Tribunal de Apelação deve, imediatamente, iniciar a execução de sua pena. Além disso, o duplo grau de jurisdição que confirma a culpa do sentenciado afastaria sua inocência.

Por fim, vale dizer que, embora tenha Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, consagrado o princípio da presunção de inocência premissa fundamental que deve ser observado com prioridade nos processos criminais, principalmente por encontrar fundamento na Constituição Federal vigente, conclui-se que o novo entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/2016 nada mais é do que a observância do direito e efetiva prestação da tutela jurisdicional, eis que o princípio da presunção de inocência resta superado com a condenação pelo juiz de primeira instância, uma vez que a sentença condenatória somente será prolatada após análise do juízo da culpabilidade do acusado, que decorre da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos sob o crivo da ampla defesa e do contraditório durante a instrução criminal, não havendo que se falar, portanto, em violação de qualquer princípio.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBAGALOS, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Escola de Administração Judiciária. Brasília: TJDF, 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1954.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus n. 84.078/2009**. Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84078%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/j38o872>> Acesso em mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus n. 126.292/2016**. São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+126292%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/znclk4r> Acesso em mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Informativo n. 814**. São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/03/info-814-stf.pdf> Acesso em mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 2.848/1940**. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 3.689/1941**. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) Acesso em mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.210/1984**. Dispõe sobre a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm) Acesso em fev. 2017.

CORDEIRO, Nefi. **STJ - HC: 352112 SP 2016/0075939-0**. Data de Julgamento: 02/08/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 4ª ed. JusPodivm. Salvador: 2015.

EMMERICH, Kárin. **TJ-MG - HC: 10000140195298000 MG**. Data de Julgamento: 13/05/2014, Câmaras Criminais/1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/05/2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11829](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829)> Acesso em fev. 2017.

FUX, Luiz. **Habeas Corpus 140.213**. Supremo Tribunal Federal. São Paulo: 2017.

\_\_\_\_\_. **STF - HC: 140803 MS - MATO GROSSO DO SUL 0001516-73.2017.1.00.0000**, Data de Julgamento: 22/02/2017, Data de Publicação: DJe-037 24/02/2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo**. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>> Acesso em abr. 2017.

GRACIE, Ellen. **STF - HC: 99914 SC**, Data de Julgamento: 23/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-05.

GRAU, Eros. **HC 84078**, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

MELLO, Celso de. **STF - HC: 94681 RJ**, Data de Julgamento: 26/10/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 07-03-2012 PUBLIC 08-03-2012.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo. Ed. Atlas, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292. In: **Conteúdo Jurídico**, 05 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-presuncao-de-inocencia-e-a-decisao-do-supremo-tribunal-federal-no-hc-n%C2%B0-126292,55363.html>> Acesso em mai. 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MASSI, Carlo Velho. Um duro golpe na presunção de inocência. In: **Canal de ciências Jurídicas**. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/um-duro-golpe-na-presuncao-de-inocencia/>> Acesso em abr. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – Parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. 8ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso de. **STF - HC: 94681 RJ**, Data de Julgamento: 26/10/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 07-03-2012 PUBLIC 08-03-2012.

MORAES, Rafael. Presunção de inocência e execução provisória de condenação criminal. In: **Mega Jurídico**, 05 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.megajuridico.com/presuncao-de-inocencia-e-execucao-provisoria-de-condenacao-criminal/>> Acesso em mai. 2017.



NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed., São Paulo: Forense, 2014.

REIS JÚNIOR, Sebastião. **STJ, REsp 1.201.828/RJ**, 6ª T., j. 1º-9-2011, DJe de 5-3-2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC, 2005.

SILVA, Isadora Rodrigues da. Princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena: uma análise acerca da histórica decisão do STF proferida no HC 126292. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17832](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17832)> Acesso em abr. 2017.

TOFFOLI, Dias. **STF - RHC: 143746 MG - MINAS GERAIS 0123560-94.2017.1.00.0000**. Data de Julgamento: 15/05/2017, Data de Publicação: DJe-103 18/05/2017.

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

VALLOIS, João. STF, HC 126.292: a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4615, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46642>> Acesso em mai. 2017.

VALVASORI, Bruna Monteiro. Resenha do Livro – Dos livros e das penas: Cesare Beccaria. **Revista Liberdades**. n. 11: Setembro – Dezembro, 2012.

ZAVASCKI, Teori. **Habeas Corpus 126.292**. Supremo Tribunal Federal. São Paulo: 2016.