A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: A MUDANÇA PARADIGMÁTICA NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marcel Santos Tavares*

RESUMO: O presente trabalho tem como desiderato a análise do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 perante o Supremo Tribunal Federal, no qual fora analisada a possibilidade de cumprimento da prisão provisória da pena diante da confirmação da sentença por segundo grau de jurisdição, porém, sem que tenha dado o trânsito em julgado do processo. O artigo adentrará ainda, mesmo que de forma bastante sucinta, nos conceitos de princípio da não culpabilidade e no instituto da execução penal, a fim de saber sobre a licitude ou não da prisão pena ainda que pendentes recursos especiais e/ou extraordinários.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena. Princípio da Não Culpabilidade. Trânsito em julgado.

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo permeia os julgamentos do Supremo Tribunal Federal desde a consagração da Magna Carta de 1988 e envolve o alcance do princípio da não culpabilidade, bem como o equilíbrio desse postulado e a efetividade da função jurisdicional da pena.

Surge a partir disso o questionamento acerca da possibilidade e licitude da execução provisória da pena sob a ótica do princípio da presunção de inocência. Desta forma faz-se necessário conhecer o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em apreço.

A abordagem escolhida para a elaboração do posterior artigo científico terá como base o método dedutivo, através do qual será analisado o julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 julgado perante o

*Advogado militante na seara criminal, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes e pós-graduado em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Estácio-Fase.

Supremo Tribunal Federal sob a ótica do princípio da não culpabilidade.

O problema suscitado no presente projeto de pesquisa será abordado de forma qualitativa, razão pela qual não se fará necessário a utilização de métodos e técnicas de pesquisa.

De outro modo, o objetivo será exploratório com procedimentos técnicos pautados na pesquisa bibliográfica acerca de institutos como a execução provisória da pena e o princípio da não culpabilidade e na pesquisa documental no tocante à análise de julgamentos, em especial aquele do Habeas Corpus nº 126.292 perante o Supremo Tribunal Federal.

Razão pela qual serão analisados os fundamentos jurídicos que permearam o acórdão ensejador da execução provisória da pena, mesmo antes de se esgotarem os instrumentos hábeis a impugnar o édito condenatório.

2 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE (PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA)

2.1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, norma posta e positivada suprema, consagra no seu art. 5º, inciso LVII o Princípio da Não Culpabilidade, *in litteris*:

> [...]
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em que pese a expressão "princípio presunção de inocência" seja deveras utilizado na comunidade jurídica, em nenhum momento a Magna Carta o menciona, afirmando apenas e tão somente que o indivíduo jamais poderá ser considerado culpado se não houver o trânsito em julgado como fundamento de ordem lógica para embasar a culpa – princípio da não culpabilidade.

Entretanto, não há que se falar em qualquer diferenciação entre os termos "presunção de inocência" e "não culpabilidade", de modo que ambos, na sua acepção jurídica da palavra acabam por desaguar no mesmo sentido. Essa é a posição de doutrinadores como Renato Brasileiro

(2015, p. 43) e Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2012, p. 55).

Em que pese a doutrina majoritária seja adepta da concepção de similitude entre os termos "não culpabilidade" e "presunção de inocência", a definição acerca da melhor nomenclatura não surge como objetivo do presente artigo.

Não somente a Lex Mater, mas também tratados internacionais se preocuparam em estabelecer um mínimo de garantias com intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do art. 1º, III da CF/88.

Desta forma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu artigo 9º, resguarda ao acusado o "status" de inocente até que sua culpabilidade seja declarada. A outro giro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), assim preleciona em seu artigo 11, *verbatim*:

> Artigo 11
> I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem **o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa**. (Grifo nosso)

Insta salientar que o princípio esculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal se sobressaiu no ordenamento jurídico brasileiro enquanto estava vigente a Carta Magna de 1946, posto que o Brasil havia aderido à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), já citada anteriormente.

2.2 DAS REGRAS FUNDAMENTAIS DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Do princípio objeto de análise nesse trabalho (Princípio da Presunção de Inocência), derivam duas regras fundamentais, a saber, a regra probatória e a regra de tratamento, essa é posição da doutrina majoritária, como os professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015, p. 51), vejamos:

> Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Desta forma, vê-se que, conforme proposta do presente trabalho, a regra de tratamento será aquela a ser abordada com maior apreço. Tal fato está ligado justamente à "antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade", no qual reside o desiderato desse artigo saber acerca da licitude do cumprimento provisório da pena antes de transitado em julgado a sentença penal condenatória.

3 DA EXECUÇÃO DA PENA – BREVES COMENTÁRIOS

Criminologista Clássico, Cesare Beccaria nos remonta à origem das penas e do direito de punir. Em sua obra mais conhecida, *Dos Delitos e das Penas*, relata que nos primórdios da humanidade, quando o homem vivia de forma isolada e independente, fora necessário ceder parcela da liberdade individual, para que uma vez reunidas e consolidadas no ente estatal fosse possível viver com mais segurança.

Assim, sob a concepção de Beccaria, inicia-se a ideia de "Estado", constituído pelas partes das liberdades abdicadas de cada ser humano. Entretanto, para ele, o encarregado pela administração desse ente que surgia, aproximava-se sempre do despotismo, posto que tendência nata ao indivíduo.

Por conseguinte, fez-se necessário a criação de meios hábeis a conter e reprimir essa ânsia pelo despotismo, "tais meios foram as penas estabelecidas para aqueles que infringiam as leis" (BECCARIA, 2000, p. 17).

Temos então a origem da pena segundo Beccaria, relatando ainda que o fundamento do direito de punir seria a soma das parcelas de liberdade anteriormente abdicadas, vejamos:

> Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela se sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menos porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 2000, p. 17).

A sanção penal, segundo o professor Cléber Masson (2012, p. 539) consiste, *in litteris*:

> ... na resposta estatal, na exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou contravenção penal. Divide-se em duas espécies: penas e medidas de segurança.

Conforme já suscitado, um dos temas do presente artigo é a execução provisória da pena, nela se incluindo as espécies constantes do artigo 32 do Código Penal Brasileiro, a saber:

> Art. 32 - As penas são:
>
> I - privativas de liberdade;
> II - restritivas de direitos;
> III - de multa.

Desta forma, a "execução da pena", instituto que compõe a temática principal do artigo juntamente com o "princípio da não culpabilidade", é a possibilidade de se fazer cumprir a sanção penal constante da sentença penal condenatória, seja ela da espécie pena ou medida de segurança.

Nesse sentido, os processualistas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015, p. 1571) asseveram que:

> Execução penal é o procedimento destinado à aplicação de pena ou de medida de segurança fixada por sentença. Em regra, a execução penal não prossegue como fase subsequente ao processo

> penal condenatório, mas como processo autônomo. Isso equivale a dizer que os autos são reproduzidos por cópia e, desse modo, formado novo volume com as peças imprescindíveis ao acompanhamento do cumprimento da pena e da concessão de benefícios, notadamente com a guia de execução penal inclusa.

A Lei n.º 7.210/1984 (LEP) é clara quando também estabelece o objeto e a aplicação da execução penal em seu artigo primeiro afirmando que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal".

A polêmica surge quando do questionamento acerca da possibilidade de cumprimento da execução provisória da pena. Seria o cumprimento da sanção penal, antes de transitar em julgado a sentença, lícito? Não se trata de analisar a prisão como medida cautelar, mas sim como pena propriamente dita, decorrente de condenação criminal.

O professor Afrânio Silva Jardim (2002, p. 277) já havia se debruçado sobre o tema da execução provisória da pena afirmando que esta não possuía as características inerentes às medidas cautelares, sendo "efeito da sentença condenatória que aprecia o mérito da pretensão punitiva".

Segundo ele (Afrânio Silva Jardim), o recolhimento à prisão ainda que pendente o trânsito em julgado da sentença, seria algo que beneficiaria o Réu, posto que poderia usufruir das benesses da Lei de Execução Penal antes que o recurso pudesse ser apreciado.

O pensamento do supracitado professor merece respeitosa crítica pelo fato da existência e possibilidade de emissão da guia de recolhimento provisório da pena. Com ela, o Réu, mesmo quando em cumprimento de medida cautelar (prisão preventiva) e sobrevindo sentença penal condenatória pendente de recurso, poderia invocar os dispositivos constantes da Lei de Execução Penal.

Dessa maneira, o Réu pode ser agraciado com as benevolências que a lei de execução penal garante ao condenado mesmo que pendente recurso apelativo. Por conseguinte, não seria necessário se falar em execução provisória da pena privativa de liberdade, mas apenas e tão somente em cumprimento de medida cautelar (prisão preventiva) quando presentes os requisitos ensejadores da medida (art. 312 do CPP).

Vários são os dispositivos legais que apontam a possibilidade do

preso provisório ter seus direitos resguardados na Lei de Execução Penal. Dentre eles a Resolução 113 do CNJ[1], o artigo 2º, parágrafo único[2] da própria Lei de Execução Penal e o enunciado da Súmula n.º 717[3] do Supremo Tribunal Federal.

Corroborando esse entendimento encontram-se os professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 1612) afirmando que:

> No entanto, o STF, recentemente, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, entendendo só possível a prisão antes do trânsito em julgado com esteio no princípio da necessidade (feição cautelar), expurgando do ordenamento jurídico a possibilidade de se ter aquele instituto, embora seja possível a emissão de guia de recolhimento para fins de concessão de benefícios próprios de condenado com trânsito em julgado, nos termos da Lei de Execução Penal, com a cautela de não ofender o princípio da presunção de inocência, eis que só admitida prisão se presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Os autores se referem ao julgamento do HC n.º 84.078/STF da Relatoria do Ministro Eros Grau, no qual constatou-se a impossibilidade de cumprir prisão-pena antes de esgotados os meios hábeis a impugnar a sentença condenatória. Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal antes do julgamento do HC n.º 126.292, objeto desse trabalho.

Interessante ressaltar o estudo do juiz federal e professor Sérgio Fernando Moro, o qual não compactua do entendimento esposado no HC n.º 84.078. Seguindo a linha defendida por Afrânio Silva Jardim, o magistrado (Sérgio Moro) não enxerga qualquer incompatibilidade entre a execução provisória da pena e o princípio da não culpabilidade.

O tópico seguinte abordará com mais profundidade o julgamento do HC n.º 126.292, debatido no Pleno do STF, em que a maioria dos ministros seguiu esse pensamento, ou seja, para eles (Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luís Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes) não há que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência quando da execução provisória da pena.

4 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292

No dia 17 de fevereiro de 2016, chegou ao plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do mérito do Habeas Corpus n.º 126.292. No *writ* discutia-se a legitimidade da prisão decretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, após apreciação da insurgência (apelação) da defesa, manifestou-se no sentido de decretar a prisão-pena do Apelante, mesmo antes do trânsito em julgado do processo.

Insta salientar que o Réu, durante o transcurso processual em primeira instância, respondeu em liberdade, sendo, ao final, condenado pela prática do delito capitulado no artigo 157, § 2º, incisos I e II do CP (roubo majorado). Ressalte-se que o decreto prisional fora expedido com fundamento no cumprimento da prisão pena e não na segregação cautelar em sua modalidade de cárcere preventivo previsto no artigo 312 do CPP.

O Ministro Teori Zavascki, sorteado como relator do processo ora analisado, apreciou em 05/02/2015 o pedido liminar requerido pela defesa concluindo pela ilegalidade da prisão do Réu, de forma a suspendê-la mediante expedição de alvará de soltura. Entretanto, conforme teor do acórdão, no mérito, o mesmo votou pelo indeferimento do remédio constitucional, inclusive opinando pela revogação da liminar anteriormente concedida.

Tema de alta complexidade e de relevante interesse social, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação custou a ser levado ao plenário. Por 07 votos[4] (Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luís Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes) a 04 (Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski), restou consignado a possibilidade do cumprimento de prisão pena antes mesmo do trânsito em julgado da sentença. Vejamos o teor da ementa, *in litteris*:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
> 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda

> que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
> 2. Habeas corpus denegado.
> (STF – HC 126.292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2015, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 16/05/2016 PUBLIC 17/05/2016)

O julgamento do mérito do *writ* em 17/02/2016, com sua posterior divulgação na imprensa, surpreendeu a comunidade jurídica em razão da mudança jurisprudencial e paradigmática que era adotada pela Suprema Corte até a presente data. Não por outro motivo, durante os debates realizados em plenário, fora discutido o alcance do princípio da não culpabilidade, muito conhecido também como presunção de inocência e estampado expressamente no artigo 5º, inciso LVII da CF/88.

Muito embora o acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus nº 126.292 não seja de observância cogente perante os tribunais inferiores, a análise do supramencionado documento, bem como a reflexão acerca do alcance do princípio da não culpabilidade faz-se necessária, posto que a mudança jurisprudencial e paradigmática pode ser adotada como fundamento nas decisões de segundo piso, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, no sentido de expedir, de forma provisória, a execução da pena.

O voto do Relator, o Ministro Teori Zavascki, analisou o alcance do princípio da presunção de inocência em conjunto com a efetividade da função jurisdicional, concluindo que esse postulado constitucional não era absoluto, posto que a interposição de recurso especial ou extraordinário, em regra, não tem efeito suspensivo.

Para ele, o Supremo Tribunal Federal já havia consolidado o entendimento de que a execução provisória da pena não violava o "princípio da não culpabilidade". Prova disso se faz o julgamento do HC nº 68.726 (Relatoria do Ministro Néri da Silveira, 28/06/1991).

Não se deve corroborar com o entendimento do Excelentíssimo Ministro Relator (Teori Zavascki), muito pelo contrário, os recursos especial e extraordinário podem receber um tratamento diferenciado da regra e a eles serem concedidos efeito suspensivo, o qual deverá ser

pleiteado através de requerimento. Esses são os exatos termos do artigo 1.029, § 5º do Código de Processo Civil, *in litteris*:

> Art. 1.029. [...]
> § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:
> I- ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;
> II- ao relator, se já distribuído o recurso;
> III- ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

De fato, o STF já havia se debruçado sobre o tema (cumprimento provisório da pena), e durante os anos de 1991 a 2009, prevalecia a ideia de que a execução provisória da pena mesmo que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário era compatível com os preceitos constitucionais do princípio da não culpabilidade.

Prova disso se faz o julgamento dos seguintes *habeas corpus* no STF: HC 68.726 (DJ 01/08/1991); HC 70.662 (DJ 4/11/1994); HC 71.723 (DJ 16/6/1995); HC 74.983 (DJ 29/08/1997); HC 72.366 (DJ 26/11/1999); HC 79.814 (DJ 13/10/2000); HC 80.174 (DJ 12/4/2002); RHC 84.846 (DJ 5/11/2004); RHC 85.024 (DJ 10/12/2004); HC 91.675 (DJe de 7/12/2007).

A guinada jurisprudencial sobre o tema ocorreu durante o julgamento, pelo Plenário do STF, do HC 84.078[5], restando consubstanciado que o princípio da não culpabilidade se mostrava incompatível com a execução de sentença antes que ocorresse o trânsito em julgado da condenação.

Por esses motivos, durante os anos de 2009 a 2016, vigeu a interpretação constitucional, a qual se filia este trabalho, no sentido de que não seria possível a prisão pena do condenado sem que este tivesse exaurido todos os meios de impugnação da sentença. Excepcionalmente, a prisão seria na espécie de medida cautelar quando presentes os requisitos do artigo

312[6] do CPP e não em sua modalidade de pena.

Entretanto, conforme já mencionado, o julgamento do HC 126.292 perante o Pleno do STF, divergiu da jurisprudência adotada pela corte nesses últimos anos. Não por outro motivo, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (Ricardo Lewandowski) desconsiderou o teor do acórdão prolatado no HC 126.292 e julgou, monocraticamente, em sede liminar, o HC 135.752[7] de modo sobrestar a prisão pena do paciente.

O HC 135.752/STF fora protocolado e distribuído durante o mês de Julho de 2016, período em que o Supremo encontra-se em recesso forense[8], por isso foram os autos conclusos ao Ministro Presidente nos termos do artigo 13, VIII do RISTF[9]. O caso, por ser similar ao do HC 126.292/STF recebeu tratamento isonômico ao dado por este presidente (Ricardo Lewandowski) quando proferiu seu voto no julgamento do HC 126.292.

Nesse sentido, o Presidente do STF ao analisar o pedido liminar nos autos do HC 135.752, afirmou que a decisão do HC 126.292 não se reveste de força coercitiva, ou seja, não possui eficácia vinculante, posto que fora decidido em processo objetivo. Por isso, resolveu manter o posicionamento que vinha sendo adotado pelo órgão no sentido de não compactuar com qualquer execução provisória da pena.

O Ministro Celso de Mello, o qual teve voto vencido, assim como o Ministro Ricardo Lewandowski no HC 126.292, quando instado a se manifestar nos autos do HC 135.100[10], ratificou seu posicionamento para afirmar que nenhum ser humano pode ser tratado como se culpado fosse sem que sobrevenha sentença condenatória transitada em julgado.

Em suma, os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luís Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, no julgamento do HC 126.292, opinaram pela compatibilidade do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena sob o argumento de que a sentença condenatória confirmada em segundo grau de apelação seria meio idôneo para se iniciar a execução da pena.

Para esses 07 ministros, durante o julgamento de segundo grau são exauridas as possibilidades de exame sobre os fatos e provas da causa, desta forma o juízo de culpa estaria fortemente lastreado a fim de já se iniciar o cumprimento da prisão-pena antes mesmo que se julgasse eventuais recursos especiais e extraordinários.

De outro modo, os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso

de Mello e Ricardo Lewandowski argumentaram que o princípio da presunção de inocência é expresso e claro tanto na CF, bem como em leis ordinárias como o próprio CPP, de modo que a prisão do condenado antes de sobrevir o trânsito em julgado da sentença seria uma afronta ao postulado constitucional.

Observa-se que a ideologia seguida pelos ministros vencidos no julgamento do CH 126.292/STF é a que melhor se enquadra no caso em apreço, o princípio em análise é deveras claro ao afirmar que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Ademais, o próprio Código de Processo Penal reproduz os dizeres da Magna Carta, acrescentando que a prisão pena não poderá ocorrer sem que tenha existido o trânsito em julgado da sentença condenatória, vejamos:

> Art. 283. 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.

Impende destacar ainda que a presunção de inocência fora fruto de uma árdua batalha, sendo uma conquista não apenas dos Réus em processo criminal, mas de toda a população brasileira. Qualquer tentativa de diminuição ao cerceamento de direitos e garantias fundamentais é uma afronta à Constituição Brasileira e ao fundamento do Estado Democrático Brasileiro que é a dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, conforme anteriormente dito, teve como objetivo principal a análise do julgamento do HC nº 126.292/STF, bem como a influência dessa decisão sobre a execução provisória da pena. Para tanto se fez necessária a conceituação do instituto da execução provisória e o estudo do princípio da não culpabilidade.

Em verdade, após a averiguação acerca dos votos dos ministros do

Supremo Tribunal Federal em conjunto com o princípio da presunção de inocência e as regras do instituto da execução penal tem-se como destoante do ordenamento jurídico pátrio o acórdão proferido nos autos do HC n.º 126.292/STF.

Ademais, a posição dos 07 (sete ministros) que votaram a favor da execução provisória da pena rompeu com a linha jurídico-dogmática adotada pelo STF dentre os anos de 2009 a 2016. Entretanto, é cediço observar que quando um tribunal tem o interesse de mudar seus precedentes deve apresentar uma argumentação jurídica capaz de colocar como inadequada a posição anteriormente tida como certa.

Ocorre que quando da prolação dos votos vencedores, os ministros limitaram-se a fundamentar a decisão pela interpretação semântica do art. 5º, LVII da CF (Princípio da Não Culpabilidade) e aposição de jurisprudência sobre tema dos anos de 1991 a 2009, que já havia sido superada.

Portanto, tem-se como acertada a posição defendida pelos 04 ministros prolatores dos votos vencidos, a saber, Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, os quais afirmam a incompatibilidade da execução provisória da pena ante o princípio da presunção de inocência, de modo que o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória se afigura como uma verdadeira restrição de direitos não autorizada pelo sistema constitucional.

___

THE PROVISIONAL ENFORCEMENT OF THE PENALTY AND THE PRINCIPLE OF NON-GUILTY: THE PARADIGMATIC CHANGE IN THE JUDGMENT OF HABEAS CORPUS NO. 126,292 IN THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT: This work has as desideratum analysis of the judgment of Habeas Corpus number 126,292 before the Supreme Court in which it had examined the possibility of fulfillment of provisional prison sentence before the confirmation of the sentence for second degree of jurisdiction, but without who has given final judgment of the case. The article had entered yet, even if very briefly the concepts of principle of not guilty and institute criminal enforcement in order to know about the legality or otherwise of the prison sentence still outstanding that special and / or extraordinary resources.

KEYWORDS: Provisional Execution of the Sentence. Principle of Non Culpability. Sentence transited in rem judicatum.

Notas

1 A Resolução nº 113 do CNJ dispõe sobre o procedimento relativo à execução da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, abarcando a possibilidade de emissão de guia de recolhimento provisório do sentenciado ainda que pendente recurso.

2 Art. 2º, parágrafo único da Lei nº 7.210/84: 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.

3 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.

4 JULGAMENTO HISTÓRICO: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Migalhas, 17 de Fevereiro de 2016. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em 01/06/2016.

5 Data de Publicação no DJE 26/02/2010 - ATA Nº 4/2010. DJE nº 35, divulgado em 25/02/2010.

6 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

7 CANÁRIO, Pedro. *Presunção de inocência*: Jurisprudência do STF proíbe prisão antes do trânsito em julgado, diz Lewandowski. Conjur, 27 de Julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/jurisprudencia-proibe-prisao-antecipada-lewandowski?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 28/07/2016.

8 Portaria nº 112 de 14 de Junho de 2016: estabeleceu o período que o STF se encontraria em recesso forense e os prazos processuais ficariam suspensos.

9 Art. 13. São atribuições do Presidente:
VIII – decidir, nos períodos de recesso ou de férias, pedido de medida cautelar;

10 GALLI, Marcelo. *Sem trânsito em julgado*: Prisão após decisão de 2º grau ofende presunção de inocência, diz Celso de Mello. Conjur, 4 de Julho de 2016. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/prisao-antecipada-ofende-presuncao-inocencia-celso-mello. Acesso em 06/07/2016.

REFERÊNCIAS

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789*. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 02/06/2016.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo. *Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948*. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/

Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 02/06/2016.
BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 (*Código Penal*), de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689 (*Código de Processo Penal*), de 03 de Outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.
BRASIL, Lei nº 7.210 (*Lei de Execução Penal*), de 11 de Julho de 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.html >.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2015, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 16/05/2016 PUBLIC 17/05/2016.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 68.726, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 28/06/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-11-1992.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 135.100, Relator: Min. Celso de Mello, Data do Julgamento da Medida Cautelar: 01/07/2016, Decisão Monocrática.
CANÁRIO, Pedro. Presunção de inocência: Jurisprudência do STF proíbe prisão antes do trânsito em julgado, diz Lewandowski. Conjur, 27 de Julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/jurisprudencia-proibe-prisao-antecipada-lewandowski?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 28/07/2016.
CUNHA, Rogério Sanches. *Lei de Execução Penal*. 5. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

GALLI, Marcelo. Sem trânsito em julgado: Prisão após decisão de 2º grau ofende presunção de inocência, diz Celso de Mello. Conjur, 4 de Julho de 2016. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/prisao-antecipada-ofende-presuncao-inocencia-celso-mello. Acesso em 06/07/2016.
JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
JULGAMENTO HISTÓRICO: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Migalhas, 17 de Fevereiro de 2016. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em 01/06/2016.
TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Salvador: JusPodivm, 2015.