



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO E PESQUISA  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DA PARAÍBA  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**GIORDANA DE OLIVEIRA SCARANO**

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA À LUZ DA EXECUÇÃO  
PROVISÓRIA DA PENA**

**JOÃO PESSOA  
2017**

**GIORDANA DE OLIVEIRA SCARANO**

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA À LUZ DA EXECUÇÃO  
PROVISÓRIA DA PENA**

Trabalho de Conclusão apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba.

**Área de concentração:** Direito Processual Penal e Constitucional.

**Orientador:** Prof. Dr. Luciano Nascimento.

**JOÃO PESSOA  
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da Monografia.

S285r Scarano, Giordana Oliveira.

A relativização do princípio da presunção de inocência à luz da execução provisória [manuscrito] : / Giordana Oliveira Scarano. - 2017  
48 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2017.

"Orientação : Prof. Dr. Luciano Nascimento, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Princípio da inocência. 2. Execução da pena. 3. Execução provisória.

21. ed. CDD 345.05



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
CURSO DE PREPARAÇÃO A MAGISTRATURA

GIORDANA DE OLIVEIRA SCARANO

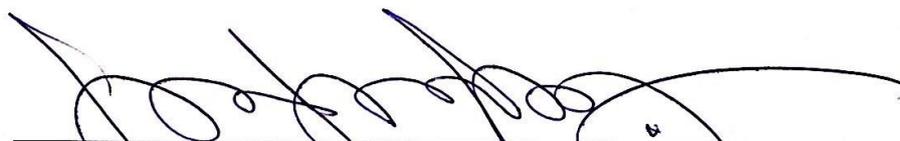
**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA  
À LUZ DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Trabalho de Conclusão apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba.

**Área de concentração:** Direito Penal e Direito Processual Penal.

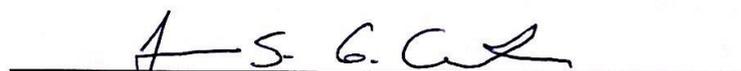
Aprovada em: 28/09/2017

**BANCA EXAMINADORA**



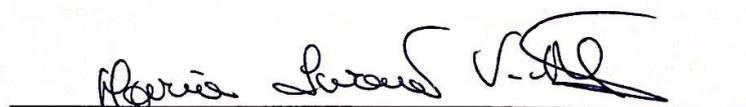
---

Prof. Dr. Luciano Nascimento (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



---

Prof. Me. Iverson Sheldon Lopes Duarte



---

Prof. Dra. Maria Ivonete Vale Nitão

Sempre a minha mãe Rosa Virgínia, por toda dedicação, companheirismo, amizade e incentivo a concluir este trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por me dá forças para concluir este trabalho através da fé.

A minha mãe por sempre está ao meu lado, dando-me força.

Aos professores do Curso de Preparação à Magistratura que contribuíram ao desse tempo, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos funcionários da Escola Superior da Magistratura, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

“Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence” – Ulpiano

## RESUMO

O presente trabalho destina-se ao estudo da prisão decorrente de sentença penal condenatória confirmada em sede recursal por acórdão penal não transitado em julgado, em razão da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário. Para isso, será analisada a relativização da presunção da inocência como princípio constitucional superior às demais normas jurídicas, pena e sua execução. A partir daí, passar-se-á à verificação da (in)constitucionalidade e razoabilidade da execução provisória no processo penal, priorizando, sobretudo, a análise do posicionamento jurisprudencial. A metodologia aplicada no projeto consiste na pesquisa bibliográfica. Quanto aos instrumentos e fontes escolhidas para a coleta de dados, escolhemos a legislação, doutrina, jurisprudência.

**Palavras-Chave:** Princípio da Inocência. Não Culpabilidade. Execução da Pena. Execução Provisória.

## ABSTRACT

The present study is aimed at the study of imprisonment resulting from a convicted criminal conviction confirmed by a criminal court decision that has not been res judicata, due to the lack of suspensive effect of the special and extraordinary remedies. For this, the relativization of the presumption of innocence as a constitutional principle superior to the other legal norms, penalty and its execution will be analyzed. From then on, it will be verified the (in) constitutionality and reasonability of the provisional execution in the criminal process, prioritizing, above all, the analysis of the jurisprudential positioning. The methodology applied in the project consists of bibliographical research. As for the instruments and sources chosen for the collection of data, we chose the legislation, doctrine, jurisprudence.

**KeyWords:** Principle of Innocence. No Guilt. Execution of the Penalty. Provisional Execution.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
HC	Habeas Corpus
MP	Ministério Público
LEP	Lei de Execuções Penais
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2.</b>	<b>PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>14</b>
2.1	BREVE HISTÓRICO.....	14
2.2	ACEPÇÕES JURÍDICAS.....	17
<b>3.</b>	<b>EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....</b>	<b>20</b>
3.1	DA PENA .....	20
3.2	DA EXECUÇÃO DA PENA.....	24
3.3	EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PENDENTE DE RECURSO.....	27
<b>4.</b>	<b>ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>31</b>
4.1	DO TRÂNSITO EM JULGADO.....	31
4.2	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	32
4.2.1	Do entendimento consolidado até 2016.....	33
4.2.2	Do julgamento do HC 126.292.....	35
<b>5.</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>40</b>
	REFERÊNCIAS.....	45



## 1 INTRODUÇÃO

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando iniciou o julgamento das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 (objetivando que o Tribunal confirmasse a constitucionalidade do art. 283 do CPP), e o relator das duas ações, o ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283<sup>1</sup>, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão, no dia 05 de outubro de 2016, prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

Naquela oportunidade, o plenário do STF mudou a jurisprudência da Corte até então majoritária, afirmando possível a execução da pena depois de decisão condenatória de segunda instância (órgão colegiado).

A jurisprudência até meados de 2009 admitia a possibilidade da execução da pena provisoriamente, desde que o recurso não fosse recebido com o efeito suspensivo.

Portanto, apenas a partir de 2009, a jurisprudência do STF assentou a impossibilidade de execução das penas privativas de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Presente a questão, cabia ao STF decidir, no plano abstrato, sobre a possibilidade ou não da execução provisória da pena face à norma do art. 283 do CPP e o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que a ADC possui eficácia contra todos e efeito vinculante.

Dito isso, surgem os questionamentos de ambos os lados, ou seja, se a possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos em liberdade para então iniciar a execução da pena, enfraquece a tutela de bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal.

---

<sup>1</sup> 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Analisando os votos dos Ministros que compõe o STF (ou compuseram em outra ocasião que julgou a possibilidade ou não da execução provisória em matéria penal) a presente pesquisa irá submeter às decisões dos Ministros a uma análise interpretativa dos argumentos utilizados para decidir.

O que vale mais: a eficiência do direito penal cada vez mais punitivista ou a garantia à liberdade do indivíduo? Parece que os Ministros do STF estão tentando esta questão.

Ou se as liberdades garantidas pela Constituição precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento que instituiu uma espécie de artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrando, por completo, a presunção constitucional de inocência.

A metodologia aplicada no projeto consiste em descrever sucintamente o tipo de pesquisa a ser abordada (bibliográfica, documental, de campo, etc).

Há, também, na delimitação e descrição (se necessário) dos instrumentos e fontes escolhidos para a coleta de dados: entrevistas, formulários, questionários, legislação doutrina, jurisprudência, etc.

## 2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência foi consagrado em nosso texto Constitucional de 1988 no artigo art. 5º, inciso LVII em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em seu rol de direitos e garantias constitucionais, que limitam o poder estatal e garantem a dignidade da pessoa humana. Assim nos explica Nelson Roberto Bugalho<sup>2</sup>:

O juízo de reprovação social apenas deve incidir sobre o agente quando o Estado reconhecer ter sido ele o autor da conduta típica, antijurídica e culpável, ou seja, quando provada sua culpa. Neste caso, não mais prevalecendo o estado de inocência, poder-se-ia impor-lhe a privação de liberdade.

Percebe-se, desta forma, que se trata de um princípio explícito em nosso ordenamento jurídico, pois não declara a inocência de início e sim, demonstra o fato de ele não ser necessariamente o possuidor da culpa pela prática do fato que lhe é imputado.

Sob a égide desse preceito, o acusado de cometer uma infração penal pode ser protegido contra uma provável sanção penal de forma antecipada, sem ter um julgamento pautado no devido processo legal e na ampla defesa.

O assunto é de extrema importância nos dias atuais, pois os princípios constitucionais são imprescindíveis ao exercício do Estado democrático de direito e às necessidades sociais de prevenção e repressão da criminalidade.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO

Cabe destacar, inicialmente, que não há evidências do princípio da presunção de inocência na pré-história, conforme os ensinamentos do penalista Guilherme de Souza Nucci<sup>3</sup>:

E desde os primórdios o ser humano violou as regras de convivência, ferindo semelhantes e a própria comunidade onde vivia tornando inexorável à aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que

---

<sup>2</sup> BUGALHO. Nelson Roberto. Direito Processual Penal Parte I. Editora Revista Dos Tribunais Ltda. 2009. pg. 26.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 4º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.36-37.

hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o a própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses (...). Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria todo o grupo. Atingiu-se, em uma segunda fase, o que se convencionou chamar de vingança privada, como forma de razão da comunidade contra o infrator. Na realidade, a justiça pelas próprias mãos nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando uma contra-reação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e magia) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência. Vislumbrando a tendência destruidora da vingança privada, adveio o que se convencionou denominar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou da clã assumiu a tarefa punitiva. A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nessa época, prevalecia o critério do talião (...), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer o mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. (...)

Acerca dos precedentes históricos do princípio da presunção de inocência, informa Bonfim (2009) que tal dispositivo aparece explicitamente pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, sendo reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, em 22 de maio de 1948, além do artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro do ano de 1948, como disse Tourinho Filho<sup>4</sup>:

Na verdade, há mais de duzentos anos, o art. 92 da Declaração dos Direitos do Homem, de 26-8-1789, proclamava: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi" (Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetuar-la, deve ser severamente reprimido pela lei).

A incorporação expressa do Princípio da Presunção de Inocência na legislação nacional ocorreu com a aprovação do Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº27 de 1992 e com a Carta de Adesão do Governo Brasileiro, de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da

<sup>4</sup> Tourinho Filho. Fernando da Costa. Processo penal. Volume 1. 32ª edição. São Paulo. 2010. P.89

Costa Rica, que estabeleceu em seu art. 8º, I o Princípio da Presunção de Inocência ao afirmar que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Assim, o Brasil é dotado de dois textos legais, de valor constitucional que asseguram tal princípio, uma vez que o art. 5º, §2º da CF/88 dá essa condição de constitucional ao tratado internacional, tanto o Pacto de São José da Costa Rica, como o art. 5º, LVII da CF/88 reconhecem integralmente o Princípio da Presunção de Inocência.

Hoje a presunção de inocência é reconhecida como um direito universal do indivíduo, decorrente da dignidade humana, como um direito universal e pela adoção da corrente majoritária que entende os direitos humanos como universais, pois, como ensina Norberto Bobbio<sup>5</sup>, esses direitos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos e alcançam a plenitude como direitos positivos universais.

Nem sempre o ser humano dispôs dessa garantia perante o Estado, que usava sua mão forte para aplicar penas cruéis, utilizando o direito penal como instrumento de perseguição.

Ressalte-se que no sistema inquisitivo, que inspirou o Código de Processo Penal de 1941, pautado na concentração em uma única pessoa toda a atividade investigativa, acusatória bem como o julgamento, possibilitou a ocorrência das barbáries e abusos, conforme explicam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>6</sup>:

No sistema inquisitivo (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais

Imperava, assim, a presunção de culpabilidade em que o infrator era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias sendo a acusação feita secretamente e o acusado considerado culpado

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

<sup>6</sup> TÁVORA E ALENCAR. Nestor e Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador. JusPodivm. 2015. 10º Edição. P.35.

antes mesmo de se obter qualquer elemento probatório, ou seja, dispensava-se o que hoje se chama de justa causa (materialidade e indícios de autoria).

Acrescente-se, ainda, o fato de que, como não ocorria o trânsito em julgado da sentença, a qualquer tempo poderia ser revista a pena, podendo ocorrer reforma *pro societati*, além da efetiva utilização da tortura constituída como meio lícito de obtenção de prova.

No entanto, o principal marco foi mesmo a Revolução Francesa, influenciada pelo Iluminismo, que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que marcou o início de um novo regime político.

## 2.2 ACEPÇÕES JURÍDICAS

Na acepção pura da palavra princípio, significa início, fundamento ou essência de algum fenômeno, o primeiro impulso dado a uma coisa<sup>7</sup>.

Segundo os ensinamentos do autor Miguel Reale<sup>8</sup>, sobre uma definição do que seriam os princípios para o direito brasileiro:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Este princípio consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório), aduz Leonardo Barreto<sup>9</sup>:

Expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, é princípio por meio do qual se entende que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em outros termos, no Processo Penal, todo acusado é presumido inocente até a eventual sentença condenatória transitar em julgar.

---

<sup>7</sup> <https://dicionariodoaurelio.com/principio>

<sup>8</sup> REALE. Miguel. Lições preliminares de Direito. 27ª edição. São Paulo. Saraiva. 2003. P. 37.

<sup>9</sup> ALVES. Leonardo Barreto Moreira. Coleção sinopses para concursos direito processual penal - parte geral. Salvador, Bahia. 5ª edição. 2015. P. 40.

Como decorrência da presunção de inocência, cabe ao órgão acusador demonstrar a culpa do acusado, e não este de demonstrar sua inocência (esta é presumida). Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.

Não havendo certeza quanto à prática da conduta delituosa, o acusado será absolvido, como diz Nestor Távora<sup>10</sup>:

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.

Ainda, e mais importante, peça chave do estudo, como consectário do princípio em estudo, não há que se falar em nenhum tipo de antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, ou seja, a restrição à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória só deve ser admitida a título de medida cautelar (natureza excepcional), e desde que presentes os pressupostos legais.

Neste contexto, Uadi Lammêgo Bulos<sup>11</sup> leciona acerca da situação de inscrever o investigado/acusado no rol dos culpados:

Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou iuris tantum, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios.

Embora haja uma discussão sobre se o princípio da inocência é sinônimo de presunção de não culpabilidade, nos acostamos ao pensamento de que são expressões equivalentes. Esta é a nossa posição, consolidada como a Renato Brasileiro<sup>12</sup>:

---

<sup>10</sup> TÁVORA E ALENCAR. Nestor e Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador. JusPodivm. 2015. 10ª Edição. P.52.

<sup>11</sup> Bolos, Audi Lamego. "Curso de direito constitucional". Saraiva. São Paulo. 2015. p. 714

<sup>12</sup> BRASILEIRO. Renato. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 20.

Na jurisprudência brasileira, ora se faz referência ao princípio da presunção de inocência,<sup>12</sup> ora ao princípio da presunção de não culpabilidade. Segundo Badaró, não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

O princípio em comento tinha uma posição já consolidada no STF em que até o trânsito em julgado da sentença condenatória ninguém era considerado culpado, e não fosse o caso de nenhuma medida cautelar de prisão, o acusado permanecia em liberdade até que todos os recursos fossem julgados.

Após a prolação da sentença de primeiro grau, abre-se o prazo para interposição de recurso criminal por parte ou da acusação ou da defesa, que será julgado pelo respectivo Tribunal. Após isto, caso a parte não esteja satisfeita, pode-se apelar para o STJ ou STF por meio dos Recursos Especial ou Extraordinário, com matéria e procedimentos próprios explicitados pela Constituição Federal e também pela Lei Processual Civil 13.105/2015.

### 3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

#### 3.1 DA PENA

A pena é definida como uma resposta do Estado no exercício do seu *ius puniende*, e logo após a passagem do devido processo legal, ao responsável pela prática de uma infração penal. A sanção penal é dividida em penas e medidas de segurança. Como nos explica melhor sobre o tema Cleber Masson<sup>13</sup>:

As penas reclamam a culpabilidade do agente, e destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis sem periculosidade. Já as medidas de segurança têm como pressuposto a periculosidade, e dirigem-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam no lugar de punição, de especial tratamento curativo.

Deste modo, a pena, como espécie de sanção penal foi criada para punir um fato que viola normas fundamentais e é definido em lei como crime. Ela consiste na privação ou restrição de alguns bens jurídicos do condenado e é aplicada pelo Estado quando constatada a prática a infração penal.

A pena tem a finalidade retributiva e a finalidade ressocializadora, ou seja, ela serve tanto para punir o transgressor da norma quanto para tentar readaptá-lo ao convívio social em comunidade.

Deverá ser imposta pelo Estado a todos igualmente (*erga omnes*), com a finalidade de manter pacífico o convívio social entre as pessoas, as quais confiaram ao Estado uma parcela de sua liberdade, para que todos se respeitem e o Estado exerça sua soberania.

Esse efeito do cometimento de uma infração penal deve ser rápido e próximo do delito, para ser justa, pois poupará ao réu os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, porque a privação da liberdade só pode preceder a sentença quando houver a exigência da necessidade.

Será, também, útil tendo em vista que quanto menor ou mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, mais forte é a ideia da certeza de punição, constituindo conseqüentemente um meio eficaz para a prevenção de delitos.

---

<sup>13</sup> MASSON. Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral vol. 1. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método, 2016. P.609/610.

Existem três teorias que explicam a finalidade da pena, quais sejam a absoluta, a relativa e a mista ou unificadora, que se relacionam com a própria origem do Direito Penal, como diz Jorge de Figueiredo Dias<sup>14</sup>:

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto à própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma.

A teoria absoluta diz que a pena é a retribuição estatal justa ao mal provocado pelo condenado na prática do crime ou contravenção penal, pune-se como retribuição à prática do ilícito penal.

A pena atuaria como instrumento de vingança do Estado perante o criminoso, tendo como única finalidade o castigo.

Já a teoria relativa tem finalidade preventiva, isto é, evitar a prática de novas infrações penais, sendo irrelevante a imposição de castigo ao condenado, totalmente contrária à teoria anterior.

Aqui a pena não se esgota em si mesma, com a finalidade de evitar futuras ações puníveis atendendo a um aspecto geral, com o controle da violência, e especial, direcionada a pessoa do condenado, para intimidar a reincidência e ressocializar o condenado.

Unificando essas teorias surge a teoria mista ou unificadora com uma finalidade dupla e simultânea de castigar pelo mal praticado e de evitar a prática de novos crimes e, conforme o art. 59, caput do nosso CP foi a teoria adotada quando prescreve que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Como exemplo, para nosso estudo, analisamos o art. 10, caput da Lei de Execução Penal em que diz “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em

---

<sup>14</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 65-66

sociedade” e ainda o art. 22 “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e 22repara-los para o retorno à liberdade”.

Tais dispositivos ilustram bem a ênfase dada à finalidade preventiva da pena. Ela retribui com a penalidade, mostra à sociedade em caráter de reprimenda e tem o atributo de tentar ressocializar o condenado.

A pena tem três espécies: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a de multa. Algumas doutrinas acrescentam mais duas, como Cleber Masson<sup>15</sup> que faz menção a restritiva de liberdade e a corporal:

- d) Pena restritiva de liberdade: restringe o direito de locomoção do condenado, sem privá-lo da liberdade, isto é, sem submetê-lo a prisão. É o caso da pena de banimento, consistente na expulsão (...).
- e) Pena corporal: viola a integridade física do condenado, tal como ocorre nas penas de açoite, de mutilações e de marcas de ferro quente. Essas penas são vedadas pelo art. 5º, XLVII, “e”, da Constituição Federal, em face da crueldade de que se revestem.

As privativas de liberdade, segundo o art. 33 do Código Penal são a de reclusão e a de detenção:

#### SEÇÃO I DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

##### Reclusão e detenção

Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto à execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A principal diferença de uma para a outra é quanto aos limites deferidos ao juiz para a fixação do regime de cumprimento de pena tendo em vista que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto que a de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. Para Nestor Távora<sup>16</sup>:

Para o cumprimento de pena privativa de liberdade, é imprescindível a emissão de guia de execução penal, sendo que ninguém será recolhido,

<sup>15</sup> Masson. Cleber. op.cit. p. 622.

<sup>16</sup> op. cit, p. 1602.

para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária (art. 107, LEP). Uma vez remetida à autoridade administrativa incumbida da execução, esta passará recibo da guia de recolhimento para juntá-la aos autos do processo, e dará ciência dos seus termos ao condenado. Em caso de doença mental superveniente, o apenado será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Depois de cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do juiz, se por outro motivo não estiver preso.

Já as restritivas de direito, acordo com o art. 43, do Código Penal, as penas restritivas de direitos podem consistir em:

SEÇÃO II  
DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS  
Penas restritivas de direitos  
Art. 43. As penas restritivas de direitos são:  
I – prestação pecuniária;  
II – perda de bens e valores;  
III – limitação de fim de semana.  
IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;  
V – interdição temporária de direitos;  
VI – limitação de fim de semana.

A regra é que a execução da pena, seja ela restritiva de direito ou privativa de liberdade, só venha a ser implementada depois do trânsito em julgado, como ficou firmado pelo STF na orientação de que ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, permitindo-se a prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autoriza dores da decretação da prisão preventiva<sup>17</sup>.

Finalmente as de multa, que com o advento da Lei nº 9.268/1996 que alterou a redação do art. 51 do Código Penal, a multa passou a ser considerada dívida de valor. Destarte, com o trânsito em julgado da sentença condenatória que impuser multa, o juízo da execução penal determinará a elaboração dos cálculos e intimará o apenado para recolher o valor da multa.

Caso não cumpra com o adimplemento o juízo da execução da pena emitirá ofício para a Fazenda Pública competente a fim de que ela proceda à excussão do *quantum debeat* no juízo cível competente e nos termos da legislação referente à dívida ativa do poder público.

### 3.2 DA EXECUÇÃO DA PENA

---

<sup>17</sup> HC 84.078/MG- Rei. Min. Eros Gr.1u- OJ 05/02/2009- Informativo STF nº 534.

Quanto tratamos da execução da pena, o nosso sistema possui regramento próprio que é a Lei de Execução Penal. Assim, após a existência de uma sentença criminal como dispõe o art. 1º, que tenha aplicado pena privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, observando a finalidade integrativa da pena:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A partir deste dispositivo conseguimos vislumbrar duas finalidades da LEP: a de propiciar meios para que a sentença seja integralmente cumprida, e a reintegração do sentenciado ao cenário social (ressocialização).

A execução é de natureza jurisdicional, embora envolva uma atividade de administrativa por parte do Estado, pois o título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional, mas a administração do condenado e sua individualização ocorrem por conta de um esforço administrativo.

Por isso, o acerto das observações de Paulo Lúcio Nogueira<sup>18</sup>, quando diz:

(...) é indispensável à existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais, a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade.

Aqui, cumpre diferenciar a prisão processual da prisão pena. A prisão processual é medida cautelar pessoal que se subdivide em cinco modalidades: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia.

Entretanto, após a reforma do Código de Processo Penal de 2008, que revogou os art. 408, §1º e 594, não mais existe, em tese, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia, contudo, o

---

<sup>18</sup> NOGUEIRA. Paulo Lúcio, Comentários a Lei de Execução Penal. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1996. p. 7.

Poder Judiciário persiste em aplicar a prisão como execução provisória, de acordo com André Gonzalez Cruz<sup>19</sup>:

A prisão penal em sentido estrito, objeto do presente estudo, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já a prisão processual penal, também chamada de provisória ou cautelar, subdivide-se em prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

A natureza cautelar da prisão decorre das características que a definem, como a instrumentalidade, para assegurar a utilidade e eficácia do processo penal (aplicação do direito material no caso de eventual condenação); acessoriedade, na medida em que não é um fim em si mesmo, mas um mecanismo de um provimento final principal; preventividade, pois sua finalidade é prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum libertatis*); provisoriedade, por ter prazo de duração; cognição sumária, eis que se exige apenas *fumus commissi delicti*, e não um juízo de certeza sobre o crime praticado; referibilidade, devendo a tutela cautelar estar vinculada ou conectada diretamente a uma determinada situação concreta de direito material; e proporcionalidade, pois a aplicação, duração, extensão e execução devem ser proporcionais ao delito praticado e ao que se pretende proteger, nunca podendo a medida cautelar ser mais gravosa que o próprio provimento final que se busca assegurar.

Sobre as cautelares nos ensina Nestor Távora<sup>20</sup>:

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A prisão pena, por outro lado, tem como fundamento o preceito secundário da norma penal e materializa o fim principal do processo penal: a sanção punitiva estatal<sup>21</sup>:

---

<sup>19</sup> GONZALEZ. André. Artigo Jurídico: A prisão penal no Brasil. 2012. <<https://andregonzalez2.jusbrasil.com.br/artigos/121940813/a-prisao-penal-no-brasil>>

<sup>20</sup> op.cit p.817

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

Do ponto de vista prático, ambas privam o indivíduo de sua liberdade, existe uma diferença muito gritante no fato de que a prisão cautelar exige uma fundamentação pautada presença do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*, aplicada como medida excepcional a fim assegurar o regular prosseguimento do processo e evitar danos decorrentes de sua demora, conforme preconiza Renato Brasileiro<sup>22</sup>:

Como toda e qualquer medida cautelar, a prisão preventiva também está condicionada à presença concomitante do *fumus boni iuris*, aqui denominado de *fumus commissi delicti*, e do *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, para além da demonstração do *fumus commissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal), também passa a ser necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse sentido, o art. 282, § 6º, do CPP, estabelece que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Na mesma linha, o art. 310, inciso II, do CPP, autoriza a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão.

Já a execução provisória é decretada sem qualquer demonstração de sua necessidade para o processo.

Existem vários dispositivos infraconstitucionais que justificam a possibilidade da prisão como execução provisória da pena. O artigo 393 do Código de Processo Penal trazia dois efeitos da sentença penal condenatória recorrível: ser o réu preso ou conservado na prisão nos casos das infrações inafiançáveis e nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; e ser o seu nome lançado no rol dos culpados.

O STF, inclusive, no julgamento do HC nº 72.171/SP, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, decidiu que o art. 5º, LVII da Constituição Federal “é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do rol dos culpados, enquanto não estiver

<sup>21</sup> Op.cit p.817

<sup>22</sup> BRASILEIRO. Renato. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 1.292.

definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal”.

Para sustentar a possibilidade de execução provisória no ordenamento jurídico brasileiro, há ainda o art. 669, I do Código de Processo Penal<sup>23</sup> e art. 637<sup>24</sup> do mesmo diploma legal, o art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90, revogado pela Lei 13.105/2015<sup>25</sup> e as súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal<sup>26</sup> e súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup>.

O art. 669, I, do Código de Processo Penal é bastante claro ao autorizar a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado.

### 3.3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA PENDENTE DE RECURSO

Muito se discutiu acerca do encarceramento do acusado antes do tempo, qual seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, respeitando o princípio do estado de inocência, e verifica-se que houve sensível modificação na interpretação jurisprudencial.

Assim, temos a prisão como a privação da liberdade de locomoção, mediante clausura, decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou decorrente de flagrante delito.

Ela pode ser dividida em prisão extrapenal: é composta pela prisão civil e pela prisão militar, alheias ao sistema penal; prisão penal decorrente de uma sentença penal condenatória que já adquiriu a estabilidade da coisa julgada material (trânsito em julgado), ou seja, é a decretada pelo juiz para fins penais; prisão processual que é uma modalidade excepcional de prisão e não decorre de uma sentença penal

---

<sup>23</sup> Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;

<sup>24</sup> Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

<sup>25</sup> Para ter efeito suspensivo deve haver requerimento da parte: art. 1.029, § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento.

<sup>26</sup> Súmula 716 - 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 - 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.

<sup>27</sup> Súmula 267 - A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

condenatória transitada em julgado. São as prisões de natureza processual a prisão em flagrante, preventiva e temporária.

*In casu*, estudaremos a prisão penal decorrente de uma sentença penal condenatória, que deveria ser só executada quando adquirir-se a estabilidade da coisa julgada material.

Observamos hoje a possibilidade no nosso direito pátrio de se executar a pena, em outras possibilidades fora a cautelar, a Súmula 716 do STF autorizativa, como já dito como fundamento para a execução penal provisória:

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. (grifo nosso)

Além disso, o CNJ já colocou seu entendimento na Resolução nº 113, artigo 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, neste caso, o juiz da execução.

Proferida a sentença condenatória de primeiro grau, caberá apelação. A apelação é o recurso geralmente manejado contra as decisões do juiz singular condenatórias, objeto do nosso estudo, e garante o duplo grau de jurisdição declarado pelo nosso sistema processual:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:  
I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;  
II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;  
III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Trata-se de meio ordinário de impugnação de sentenças de condenação ou absolvição e, ainda, de decisões definitivas ou com força de definitivas, que possibilita nova apreciação da causa pelo órgão jurisdicional de segundo grau, devolvendo-lhe a análise das questões fáticas e jurídicas relacionadas ao alegado defeito da decisão.

A apelação é recurso amplo, pois, ainda quando regida pelo princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, Renato Brasileiro<sup>28</sup> explica bem:

O efeito devolutivo consiste na transferência do conhecimento da matéria impugnada ao órgão jurisdicional, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão impugnada. Na medida em que o recurso é voluntário, condicionado, pois, à manifestação do inconformismo do sucumbente, cabe ao recorrente delimitar a matéria a ser objeto de reapreciação e de nova decisão pelo órgão jurisdicional competente. De fato, é possível que a parte esteja satisfeita com parte do julgado e não concorde com o restante. Daí a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, a matéria a ser conhecida (devolutum) pelo juízo ad quem dependerá da impugnação (appellatum).

Como se percebe, a regra do *tantum devolutum quantum appellatum* acaba por criar, no juízo ad quem, verdadeiro obstáculo à sua pretensa liberdade de reexaminar a causa como se fosse o órgão de primeiro grau. O poder de reexame da instância superior fica restrito à parte da decisão impugnada pelo recorrente, evitando-se, assim, a prestação de atividade jurisdicional sem que tenha havido provocação das partes, em fiel observância à regra da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*).

Em regra, a devolução do conhecimento da matéria impugnada é feita para órgão jurisdicional de hierarquia superior distinto daquele que prolatou a decisão impugnada. No entanto, o efeito devolutivo também estará presente nas hipóteses em que a devolução da matéria impugnada for feita para o mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão (v.g., embargos de declaração). Por isso, aliás, é que a doutrina costuma dizer que todo recurso é dotado de efeito devolutivo, que varia apenas em sua extensão e profundidade.

A extensão (ou dimensão horizontal) da devolução é fixada a partir da matéria impugnada pelo recorrente, podendo o recurso ser total ou parcial. O conhecimento do Tribunal encontra-se condicionado, portanto, à matéria impugnada pelo recorrente. Se o recurso for total, todas as questões poderão ser objeto de reexame. Lado outro, se o recurso for parcial, a análise do Tribunal só terá por objeto a matéria impugnada pelo recorrente.

A apelação é recebida no Tribunal segundo o Código de Processo Penal, no efeito suspensivo, não podendo, sem contar nas exceções da própria lei, ser executada a sentença:

Art. 597. A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.

Após a apelação, temos também os recursos aos tribunais superiores, e eles não são recebidos no efeito suspensivo, podendo-se, em regra, dar início ao cumprimento de sentença quando pendente apenas o julgamento desses recursos, Renato Brasileiro<sup>29</sup> elucida:

---

<sup>28</sup> Op. Cit. P. 2350

<sup>29</sup> op. cit. p. 1368

Proferida sentença condenatória por um juiz de 1ª instância, caberá ao respectivo Tribunal, em regra, o julgamento de eventual apelação. Proferida a decisão pelo órgão jurisdicional de segundo grau, a depender do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, poderá ser interposto pelo réu um recurso extraordinário e/ou especial. Sabendo-se que tais recursos não são dotados de efeito suspensivo, questiona-se acerca da possibilidade de o réu permanecer solto, enquanto aguarda o julgamento dos recursos extraordinários interpostos, e o conseqüente trânsito em julgado da sentença condenatória.

Os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores se diferem em muito dos recursos ordinários, cuida-se de uma esteira restrita, com uma série de requisitos especialíssimos para a sua admissibilidade.

O recurso especial visa a garantir a harmonia e aplicação da legislação infraconstitucional enquanto o extraordinário tem por finalidade garantir a supremacia da Constituição Federal.

A competência dos recursos extraordinário e especial está, respectivamente, elencada no art. 102, inciso III e art. 105, inciso III, ambos da CF<sup>30</sup>.

Assim, a execução provisória da pena, não se trata de prisão pena, que tem como característica sua finalidade repressiva e ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Porém, também não preenche os requisitos da tutela cautelar e não está assim definida em lei, podendo ser afirmado que se trata de uma prisão preventiva incompatível com a ordem constitucional, eis que, na realidade, cuida-se de execução antecipada da pena. Sedo prisão provisória, deveria, sob pena de constrangimento ilegal, restringir-se órbita do art. 312 do CPP<sup>31</sup>.

#### **4 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURISPRUDENCIAL**

---

<sup>30</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (...) Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>31</sup> 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Consoante com o pensamento que consagrou a expressa previsão do princípio da presunção de inocência, já era comum o entendimento acerca da inafastável necessidade de sua aplicação no âmbito penal e processual penal, mesmo antes de entrar em vigor a Constituição Federal de 1988.

Ainda é certo que a menção ao princípio na Constituição Federal coloca como termo final da presunção *iuris tantum* em exame o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Surge-nos aqui o momento de verificar em que consiste o trânsito em julgado, conceito elementar para a aplicação do princípio da presunção de inocência.

#### 4.1 DO TRÂNSITO EM JULGADO

Inicialmente cabe registrar que em nenhum texto normativo encontra-se, embora tenham como um de seus pilares o instituto do trânsito em julgado, a apresentação de um conceito preciso.

A doutrina, por sua vez, não parece titubear quanto à sua conceituação. Nesse sentido, José Cretella Júnior<sup>32</sup> ensina:

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...). Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação.

O trânsito em julgado seria o fato que impede que a decisão seja objeto de recurso, ou por já terem sido esgotados os tipos recursais disponíveis ou por ter se extinto o prazo para recorrer, por Corrobora Barbosa Moreira<sup>33</sup>, segundo o qual:

Por 'trânsito em julgado' entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso.

---

<sup>32</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Dos bens públicos na Constituição de 1988. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 653, p. 16, 1990. P. 537.

<sup>33</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Borsoi, 1971. p.145.

Neste diapasão conclui-se que é um direito do acusado, ao menos até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, beneficiar-se do tratamento destinado ao inocente.

Seguramente, a possibilidade de prisão é um efeito decorrente do reconhecimento da culpa *lato sensu*: reconhecido o trânsito em julgado como o fato de evitar que uma decisão seja objeto de recurso, pode-se concluir que, nos termos de uma interpretação da Constituição Federal e da construção doutrinária a respeito do conceito de trânsito em julgado, enquanto pendente recurso, não será possível dar cumprimento à sentença penal condenatória.

Entretanto, mesmo com a clareza que se apresenta de plano, o STF, que vinha adotando exatamente esse entendimento nos últimos anos, resolveu permitir o deslocamento à prisão de condenado, por sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segunda instância, mesmo na pendência de recurso especial ou recurso extraordinário.

Investigar os termos da decisão, que significa um novo marco na interpretação do princípio da presunção de inocência.

#### 4.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo o art. 102<sup>34</sup>, caput da Carta Maior de 1988, cabe ao STF à interpretação das normas de direitos fundamentais que, vez ou outra, variam de densidade diante do caso concreto.

Diante da variação da densidade normativa de direitos fundamentais, é comum que a interpretação de tais normas seja realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete, nos termos do art. 102, caput, da Constituição Federal, precipuamente, a guarda da própria Carta Constitucional, de modo mais contundente e definitivo. É comum que as conclusões do STF acerca de preceitos constitucionais sejam seguidas, mesmo em decisões não dotadas de caráter vinculante ou eficácia erga omnes.

Foco do trabalho e de grande relevância, compreender as mudanças de entendimento provenientes da Corte Constitucional Brasileira, razão pela qual se passa à análise desse novo entendimento.

---

<sup>34</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).

#### 4.2.1. Do entendimento consolidado até 2016

A prisão decretada por acórdão recorrido por Recurso Extraordinário ou Recurso Especial gerou bastante polêmica, em razão do fato de que esses recursos não têm efeito suspensivo (art. 27, § 2º, L. 8.038/90<sup>35</sup>).

Por muito tempo, prevaleceu nos Tribunais, a tese de que, nesses casos, era possível a execução provisória da pena, independentemente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva, inteligência da Súmula 267 do STJ: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Sobre a súmula retro, o doutrinador Renato Brasileiro<sup>36</sup> leciona:

Nessa linha, aliás, o STJ editou a súmula nº 267, segundo a qual a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Com base nesse raciocínio, portanto, mesmo que o acusado tivesse permanecido solto durante todo o processo, impunha-se o recolhimento à prisão como efeito automático de um acórdão condenatório proferido pelo órgão jurisdicional de segundo grau, ainda que a sentença condenatória não tivesse transitado em julgado em virtude da interposição dos recursos extraordinário e especial.

Até meados de 2009 os tribunais em geral, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, admitiam, em regra, a execução provisória da pena.

O caso paradigma para mudança de entendimento da Corte foi o *habeas corpus* impetrado por Omar Coelho Vítor, condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso IV, c/c art. 14, inciso III, alínea c e d, ambos do Código Penal), no STJ, que denegou *habeas corpus* para que o recorrente aguardasse o julgamento de recurso especial em liberdade:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o

---

<sup>35</sup> Tendo como parâmetro a época o artigo que foi revogado pelo novo Código de Processo Civil de 2015, que aduzia: § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

<sup>36</sup> op. cit. 1368.

princípio constitucional da não culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em Segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.

### Corroborando Renato Brasileiro<sup>37</sup>:

Corroborando o quanto decidido pela Suprema Corte no julgamento do HC 84.078, a 1ª Turma do STF teve a oportunidade de reiterar que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não culpabilidade. Nas palavras do Min. Carlos Britto, “em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e do artigo 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF)”.

Doravante, portanto, proferida decisão condenatória, passível de enfrentamento por um dos recursos previstos em lei (apelação, recurso especial, recurso extraordinário, etc.), ainda que tais recursos sejam dotados apenas do efeito devolutivo, não será possível o recolhimento do acusado à prisão, salvo se demonstrada a presença de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Posteriormente, fundado no princípio da presunção de inocência, o STF afastou a execução provisória de acórdão não transitado em julgado, somente autorizando a prisão quando presentes os requisitos da prisão preventiva:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DETERMINAÇÃO DE BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS E CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADMITIDO PENDENTE DE JULGAMENTO. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO DO MAGISTRADO DE PISO QUE JULGOU PREJUDICADO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NULIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

III – O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

IV – Ordem concedida para anular o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos terceiros embargos de declaração opostos contra a decisão que negou provimento ao Resp. 1.115.275/PR, no ponto em que determinou a baixa dos autos para a imediata execução da sentença condenatória prolatada na Ação Penal 2003.70.00.039531-9/PR – em curso na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR –, independente da publicação do acórdão ou de eventual recurso.

(STF, 2ª Turma, HC 122592, rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em **12/08/2014**, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-203 DIVULG 16-10-2014 PUBLIC 1710-2014).

#### 4.2.2. Do julgamento do HC 126.292

Publicado acórdão do plenário do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2016, no julgamento do HC 126292 modificando substancialmente o entendimento anterior, sendo assim ementado:

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.

O julgamento não foi unânime, sendo vencidos quatro ministros, e os ministros que votaram pela modificação do entendimento manifestaram-se conforme fundamentos diversos, para permitir a execução provisória da pena<sup>38</sup>:

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”. O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

No julgamento o relator, Ministro Teori Zavascki, proferiu o voto no sentido da modificação do entendimento anterior, reafirmando o entendimento do HC 126292, pois o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena:

Ao julgar o precedente do HC 126.292, de minha relatoria, o Tribunal realmente procedeu a uma reformulação da jurisprudência que vinha aplicando até então, emitindo juízo que, embora proferido em causa

---

<sup>38</sup> STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Acesso: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>, em 28/06/2017

subjetiva – e, por isso, desprovido de exigibilidade imediata em relação às demais instâncias judiciárias – endossou mensagem de olhar diverso a respeito do princípio da presunção de inocência, a repercutir, pois, na legislação infraconstitucional correlata, a exemplo do invocado art. 283 do CPP. Essas circunstâncias geram implicações naturalmente negativas para a higidez da ordem jurídica e enseja o surgimento de múltiplos impasses, estado de coisas que, pela sua relevância, enquadra-se na categoria de “controvérsia judicial e relevante”, permitindo o conhecimento das ações declaratórias de constitucionalidade.

Quanto ao pedido subsidiário formulado na ADC 43, de conhecimento da ação como ADPF para permitir análise a respeito do art. 637 do CPP, tampouco há qualquer objeção. Como a Corte veio a afirmar no julgamento da ADI 5316 MC, Rel. Min. Luiz Fux, a cumulação de pedidos é instituto processual perfeitamente adaptável aos processos de natureza objetiva – já naturalmente caracterizados por sua natureza dúplice –, e encontra plena justificativa nas hipóteses em que for necessária a avaliação de um conjunto de diferentes normas, de origem nem sempre contemporânea. Superados esses pontos, passo à análise do mérito da controvérsia. O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus. Embora a ação de habeas corpus não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas

*per saltum*, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, “antecipada” pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa persona processual, formando verdadeiros “colegiados de garantias”, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária. Foi à vista da ampla receptividade do sistema processual brasileiro à ação constitucional do *habeas corpus* e da restrita participação dos Tribunais Superiores na definição de aspectos da culpa que o Supremo Tribunal Federal veio a concluir que a presunção de inocência não impede irremediavelmente o cumprimento da pena. A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência – juntamente com as demais garantias de defesa – devem viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social. Segundo os requerentes, essa interpretação, a respeito da garantia da presunção da inocência ou não culpabilidade, contradiz os termos do art. 283 do CPP. O raciocínio, porém, não procede.

Ele expõe que o princípio da presunção de inocência tem natureza preponderante de norma de tratamento, principalmente no aspecto processual e

institui o ônus da prova da acusação, ou seja, caberia à acusação a prova de sua inocência.

Por essa razão, concluído o julgamento em segundo grau, quando então se encerra a discussão acerca de fatos e provas, não haveria justificativa para manutenção, enquanto pendente o julgamento de recursos perante o STJ e STF, das limitações impostas pelo princípio da presunção de inocência.

Considerando as colocações do Ministro, diante do comando constitucional, o que se verifica é que não há uma preocupação em identificar as consequências específicas do reconhecimento da culpa e do conceito de trânsito em julgado. A ideia se aproxima mais da criação de um novo conceito de presunção de inocência, desagregado de seus parâmetros constitucionais.

Tal entendimento foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

A divergência foi inaugurada pela Ministra Rosa Weber, sendo seguida pelos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski que, em seus votos, mantiveram o entendimento até então prevalente de que a sentença condenatória somente poderia ser executada após seu trânsito em julgado.

O Ministro Celso de Mello<sup>39</sup> ressaltou que:

“(...) o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições. A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência. Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão:

<sup>39</sup>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>

o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irreversível. Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”.

Devido à matéria ser restrita do Recurso Especial e Extraordinário, poucas decisões são verdadeiramente modificadas por estes recursos. Muitos advogados utilizam dessa ferramenta apenas para ganhar tempo e muitas vezes deixar correr a prescrição devido ao agigantamento dos afazeres do STF.

O Ministro Luís Roberto Barroso<sup>40</sup>, afirma existirem 3 fundamentos para a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau, sendo enriquecedora a leitura:

I. A CF não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irreversibilidade. Leitura Sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988.

II. A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico (...) com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);

III. Com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário.

O Supremo preferiu, nessa história, assegurar que a maioria cumpra a pena a que lhe foi imposta em um prazo mais curto, em detrimento de algumas pessoas que poderão ser inocentes, também cumprirem penas, ainda que por um curto período de tempo. A solução não passa pela alteração da compreensão do STF sobre o tema.

Conforme se verifica, são diversos os entendimentos e fundamentos para a modificação do posicionamento do STF. Entre os ministros, não se verifica qualquer dúvida sobre o conceito de trânsito em julgado, muito embora alguns, conforme afirmado, proponham simplesmente que a expressão seja ignorada na interpretação do princípio em comento.

Acostamo-nos ao entendimento da Ministra Rosa Weber quando reconhece como pertinentes às ponderações dos Ministros em posição oposta, relativos a

---

40

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>

questões pragmáticas da aplicação absoluta da presunção de inocência, mas vota vislumbrando um aspecto não suscitado pelos votos anteriormente narrados: prestigiar o princípio da segurança jurídica, mantendo a jurisprudência da Casa.

No entanto, o atual entendimento é no sentido 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, podendo-se determinar o recolhimento à prisão do acusado que vinha recorrendo em liberdade, pelos inúmeros motivos apresentados, ao menos até que uma nova formação do Supremo Tribunal Federal estabeleça uma nova mutação constitucional.

Destarte, com o julgamento deste Habeas Corpus 126.292/SP, acatando a tese da possibilidade de prisão do acusado já após decisão condenatória proferida em segunda instância, reafirmado, em sede de repercussão geral, quando do julgamento do ARE nº 964.246, bem como no indeferimento de medidas cautelares nas Ações Declaratórias nº 43 e 44, criando polêmicas com isso, tanto favoráveis quanto contrários, conforme expomos:

**Favoráveis à execução da pena:**

- Avanço notável no combate à impunidade;
- Os recursos especiais e extraordinários não tem efeito suspensivo;
- Equilíbrio entre o princípio da ampla defesa e o princípio da razoável duração do processo;
- Celeridade na punição do acusado, evitando recursos meramente protelatórios.

**Contrários à execução da pena:**

- Afronta à Constituição Federal;
- Nosso sistema carcerário sofrerá um impacto significativo;
- Retrocesso nas conquistas democráticas;
- Violação do devido processo legal e da ampla defesa;
- Usurpação do Judiciário e desrespeito ao poder de legislar;
- Decisão pautada na carência estrutural da justiça e necessidade de evitar parte dos recursos.

## 5 CONCLUSÃO

O HC 84.078-7/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, foi o caso paradigma para a mudança de entendimento. Até 2009, os tribunais em geral, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, admitiam, em regra, a execução provisória da pena.

A CF prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/88): é o consagrado princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade prevista não apenas em nosso ordenamento, como também em documentos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Nesse julgamento ficou decidido que enquanto pendente qualquer recurso da defesa, existe uma presunção de que o réu é inocente, e enquanto não houver trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não pode ser obrigado a iniciar o cumprimento da pena porque ainda é presumivelmente inocente.

Assim, não existia no Brasil a execução provisória (antecipada) da pena.

Em virtude da presunção de inocência, o recurso interposto pela defesa contra a decisão condenatória era recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo) e o acórdão de 2º grau que condenou o réu ficava sem produzir efeitos, tendo o condenado poder até aguardar o julgamento do Resp. ou do RE preso, desde que estivessem previstos os pressupostos necessários para a prisão preventiva<sup>41</sup> podendo ficar preso, mas cautelarmente (preventivamente) e não como execução provisória da pena.

Este era o entendimento adotado pelo STF desde o leading case HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009.

Após o julgamento do HC 126292, em 2016, o STF mudou seu entendimento e passou a aceitar o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, arguindo que isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, pois o recurso especial e o recurso

---

<sup>41</sup> Art. 312 do CPP - 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.

extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), segundo como leciona Eugênio Pacelli<sup>42</sup>:

No julgamento do HC 126292 (posteriormente referendado pelo Plenário nas ADC nos 43 e 44, em 5.10.2016), porém, o Supremo Tribunal Federal modificou radicalmente a sua posição sobre o princípio da não culpabilidade, permitindo a execução provisória da condenação já após a decisão do Tribunal de segundo grau. A decisão, como se vê, desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso. E, ao contrário do quanto ali sustentado, a matéria não nos parece ser de conformação legislativa, mas claramente de índole constitucional. A menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de Emenda Constitucional designada por Emenda Peluso, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional).

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.

Seguindo o entendimento do Ministro Teori Zavascki, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir o réu como inocente. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, pois 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<sup>43</sup>:

(...) 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, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Aliás, em seu voto o Ministro apontou e fez uma comparação de que:

(...) em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte.

---

<sup>42</sup> Pacelli, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p.38.

<sup>43</sup> <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>

Com a devida vênia, não nos acostamos a este pensamento. O que se observa é a mudança do entendimento do STF modificando substancialmente o entendimento anterior, de relativizar o princípio da inocência.

Mesmo não estando pacificado esse entendimento, o que se observa não é uma justiça “cega” como dita o figurino. O STF, com esta decisão, procura combater a impunidade e reduzir a criminalidade, atacando garantia fundamental da presunção de inocência, sendo, assim, um retrocesso lamentável.

O texto Constitucional é claro quando diz que a sentença condenatória só pode ser executada depois do seu trânsito em julgado, assim, se há recurso pendente de julgamento, a decisão, ainda que confirmada em segunda instância, não transitou em julgado e, portanto, não há possibilidade punição do autor do fato, que ainda deve ser presumido inocente.

Tal mudança parece ter deixado de lado a defesa da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito para atender os conclames das ruas, proferindo decisões com nítido fundamento político e casuístico, utilizando a hermenêutica como meio de justiça social.

Reiteradamente tem-se rechaçado a necessidade de garantir a ordem pública em razão da credibilidade da justiça e clamor social, reiteradamente têm-se repudiado tal motivação, porquanto a credibilidade da Justiça está na independência, imparcialidade e honestidade de seus membros e a capacidade de agilizar os julgamentos, bem como o clamor social não pode se contrapor à presunção constitucional de não culpabilidade.

Analisando, o maior e mais rápido impacto desse posicionamento é o aumento da população carcerária. Além disso, a história está cheia de exemplos que não se combatem excessos com restrição à liberdade.

Como bem aponta Eugênio Pacelli<sup>44</sup> que exceções ao princípio poderão ocorrer como em qualquer orbita do ordenamento jurídico ocorre:

E, a nosso juízo, contudo, a decisão de execução do acórdão deverá constar expressamente da decisão do Tribunal, sob pena de violação da decisão colegiada por ato monocrático do Relator, se e quando a ordem de prisão vier a ser emitida após a publicação da decisão. Exceções ao princípio, é claro, até poderão ocorrer, sem qualquer mácula ao pensamento garantista, como, de resto, comprova-o o direito comparado, mundo afora. Em situações e contexto absolutamente excepcionais. O Direito é regra, mas é, também exceção.

---

44 Op. Cit. P. 39.

O que se torna questionável, também, é se a Constituição mudou em algum aspecto de 2008 a 2016, para que o entendimento jurisprudencial fosse modificado. Renato Saraiva<sup>45</sup>:

Não negamos que se deva buscar uma maior eficiência no sistema processual penal pátrio. Mas, a nosso juízo, essa busca não pode se sobrepor à Constituição Federal, que demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. E só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se torna imutável, o que, como sabemos, é obstado pela interposição dos recursos extraordinários, ainda que desprovidos de efeito suspensivo. Não há, portanto, margem exegética para que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seja interpretado no sentido de que o acusado é presumido inocente (ou não culpável) até a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância.

Visivelmente, o Supremo age mais uma vez na inércia do Poder Legislativo, que deveria estabelecer mecanismos de controle do sistema recursal atual, de modo fazer valer os demais princípios constitucionais, como a efetividade e a razoável duração do processo, instituindo um sistema sólido e duradouro, em que o jurisdicionado não ficasse à mercê da próxima composição do STF, consoante o entendimento de Renato Brasileiro<sup>46</sup>:

A solução para o caos do sistema punitivo brasileiro deve passar, portanto, por uma mudança legislativa - e não jurisprudencial, como feita pelo STF - para que seja antecipado o momento do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de 2ª instância, hipótese em que os recursos extraordinários obrigatoriamente teriam que ter sua natureza jurídica alterada para sucedâneos recursais externos. De todo modo, pelo menos enquanto não sobrevêm essa mudança legislativa - se é que um dia virá -, cabe aos Tribunais maior rigor na verificação de eventuais excessos por parte da defesa no tocante ao exercício abusivo do direito de recorrer. Em outras palavras, quando restar evidenciado o intuito meramente protelatório dos recursos, apenas para impedir o exaurimento da prestação jurisdicional e o conseqüente início do cumprimento da pena, incumbe aos Tribunais determinar o imediato início da execução mesmo antes do trânsito em julgado, haja vista o exercício irregular e abusivo do direito de defesa e do duplo grau de jurisdição e a conseqüente violação ao princípio da cooperação, previsto no art. 6º do novo CPC, ao qual também se sujeitam as partes.

Não se pretende julgar como boa ou ruim a decisão do STF, mas devemos nos ater ao abandono da Corte a literalidade da norma constitucional, para restringir

---

<sup>45</sup> LIMA. Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. P. 483.

<sup>46</sup> Op. Cit. P. 441.

direitos e garantias fundamentais, em sede de mutação constitucional, em suposto benefício da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ALVES. Leonardo Barreto Moreira. Coleção Sinopses Para Concursos Direito Processual Penal - Parte Geral. Salvador, Bahia. 5º edição. 2015.

BRASIL. Decreto Lei Nº 2.848, de 7 De Dezembro De 1940. 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 em 14/05/2017.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 19/06/2017.

BRASIL. Lei Nº 7.210, De 11 De Julho De 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em 14/05/2017.

BRASIL. LEI Nº 8.038, DE 28 DE MAIO DE 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em 01/07/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas do STF. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>. Acesso em 05/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=31>>. Acesso em 05/07/2017.

BRASILEIRO. Renato. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM. Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 5<sup>o</sup> edição. São Paulo. Saraiva, 2010.

BUGALHO. Nelson Roberto. Direito Processual Penal Parte I. Editora Revista Dos Tribunais Ltda. 2009.

CAPEZ. Fernando. Curso de processo penal. 23. ed. – São Paulo. Saraiva, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. Dos bens públicos na Constituição de 1988. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 653, 1990.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FERRARI. Rafael. Processual Penal - O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. Disponível em: <https://andregonzalez2.jusbrasil.com.br/artigos/121940813/a-prisao-penal-no-brasil>>. Acesso em 12/05/2017.

FRANZ .Kelly Cristina Victor. A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_1/kelly\\_cristina.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/kelly_cristina.pdf)>. Acesso em 25/06/2017.

LOBÃO, Zynato Aderson Soares. Execução provisória penal: uma análise socioeconômica e comportamental, sob a égide da legislação processual brasileira. Belém. Cesupa, Curso de Bacharel em Direito, 1º semestre, 2014.

MASSON. Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral vol. 1. 10º edição. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Borsoi, 1971.

NOGUEIRA. Paulo Lúcio. Comentários a Lei de Execução Penal. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1996.

TÁVORA E ALENCAR. Nestor e Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal - 10º Edição. JusPodivm. 2015.

BOTTINO, Thiago. Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>>. Data de acesso 21/05/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS. Deivid Rodrigues dos. O Recurso Criminal De Apelação E Suas Características Na Persecução Da Sentença. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=14929](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14929)>. Acesso em 05/07/2017.

SOUKI. Hassan Magid de Castro. O STF e a ameaça ao princípio da presunção de inocência. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236516,71043-O+STF+e+a+ameaca+ao+principio+da+presuncao+de+inocencia>>. Acesso em 25/06/2017.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo penal. Volume 1. 32ª edição. São Paulo. 2010.

VERÍSSIMO. Dijosete. A Apelação No Processo Penal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16947-16948-1-PB.html>>. Acesso em 05/07/2017.