



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GABRIEL MEDAUAR SILVA**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A  
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA  
“(I)LEGALIDADE DA PRISÃO”**

Salvador  
2018

**GABRIEL MEDAUAR SILVA**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A  
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA  
“(I)LEGALIDADE DA PRISÃO”**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Sebastian Mello

Salvador  
2018

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**GABRIEL MEDAUAR SILVA**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A  
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA  
“(I)LEGALIDADE DA PRISÃO”.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018.

Aos meus pais, Lourdes e Nivaldo, e irmãos, Matheus e Davi, que todos os dias me inspiram a ser uma pessoa melhor e me ajudam a enfrentar qualquer obstáculo de cabeça erguida.

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer, inicialmente, a Deus, por todas as alegrias e bênçãos que me foram concedidas ao longo da vida, desde o privilégio por ter nascido com saúde e em uma família maravilhosa até o fato de me permitir perceber o quão bela é a vida e os seus pequenos detalhes.

Porém, a caminhada não é só minha e Dele, eis que possuo ao meu lado pessoas magníficas que me incentivam a ser uma pessoa boa, de caráter e sucesso, sendo necessário, também, aqui homenageá-las.

Assim, agradeço imensamente a meus pais por todo carinho que me deram e continuam me dando ao longo da vida; a meus irmãos, que além do laço familiar são grandes amigos e confidentes; a todos os meus avós, Jorge, Consuelo, América e Nivaldo, este que olha por mim e me acompanha lá de cima.

À Dra. Amélia Garcez, advogados e colaboradores do Escritório Garcez que me acolhem, ensinam e são muito mais do que colegas de trabalho, são amigos pessoais que a vida me deu o privilégio de ter. Credito a vocês grande parte do meu conhecimento jurídico e gosto pela advocacia, não tenho palavras para expressar a minha gratidão.

Ao Dr. Sebastian Melo, excepcional professor e advogado que prontamente se dispôs a colaborar e a me orientar com a execução do presente trabalho;

Por fim, registro, também, o meu grande agradecimento aos meus amigos pelo companheirismo de sempre, em especial àqueles dos grupos “Os Papais”, “Os Baianos”, “Deus Permitirá” e “Playsi’s Burgui”, ressaltando que sem vocês não sou completo.

“É preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os homens maus respeitem as leis boas.”

Sócrates

## RESUMO

A presunção de inocência há muito tempo vem sendo observada ao redor do mundo como um meio de equilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e a garantia ao indivíduo de ser considerado inocente e não ter sua liberdade cerceada sem que haja um processo penal justo. Esse princípio apareceu positivado pela primeira vez com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Entretanto, foi no século XX que esse princípio alcançou notoriedade, sendo previsto em diversos tratados internacionais e ordenamentos pátrios. Foi introduzido formalmente no ordenamento brasileiro através do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, a qual atesta a presunção de inocência até o momento do trânsito em julgado da sentença condenatória. Por causa desse dispositivo, muito se debate acerca (i)legalidade da execução provisória da pena, discutindo-se se ela seria compatível ou não com o princípio da presunção de inocência expressamente disposto no texto constitucional. Apesar da expressa presunção no texto constitucional, os Tribunais Superiores continuaram entendendo como possível a execução provisória da pena. Entretanto, a partir de 2006 começaram surgir decisões conflitantes a respeito desse instituto. Em 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela incompatibilidade; porém, anos depois, em 2006, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, a Suprema Corte voltou atrás e passou a entender como possível a execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal. A mudança no entendimento afeta milhares de acusados que aguardavam em liberdade a apreciação de seus recursos pelos tribunais superiores, buscando o presente trabalho destacar e analisar os argumentos trazidos pelos ministros da Suprema Corte para fundamentarem seus votos.

**Palavras-chave:** execução provisória da pena; trânsito em julgado; princípio da presunção de inocência; constitucionalidade; jurisprudência.

## ABSTRACT

The presumption of innocence for a long time has been observed around the world as a meaning of balance between the punitive state claim and the guarantee that the individual has to be considered innocent and not having his freedom confined without a fair criminal procedure. This principle appeared for the first time with the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789. However, it was in the 20th century that this principle became notorious and was foreseen in several international treaties and country orders. It was formally introduced in the Brazilian legal system through article 5, item LVII of the Federal Constitution of 1988, which attests the presumption of innocence until the final decision on the conviction is passed. Because of this provision, there is much debate about the (i)legality of the provisional execution of the sentence, arguing whether or not it would be compatible with the principle of presumption of innocence expressly provided in the constitutional text. Despite the express presumption in the constitutional text, the Courts had continued to understand as possible the provisional execution of the sentence. However, from 2006 conflicting decisions began to emerge regarding this institute. In 2009, in the judgment of Habeas Corpus nº 84.078 / MG, the Federal Supreme Court decided for the incompatibility; however, years later, in 2016, in the judgment of Habeas Corpus nº 126.292 / SP, the Supreme Court came to understand as possible the execution of the sentence before the res judicata of the criminal process. The change in the understanding affects thousands of defendants who were waiting in freedom for the appraisal of their appeals by the superior courts, seeking the present work to detach and analyze the arguments brought by the ministers of the Supreme Court to base their votes.

**Keywords:** provisional execution; sentence; presumption of innocence; constitutionality; jurisprudence.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E SUA RELEVÂNCIA</b>	<b>14</b>
2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO	14
2.2 SISTEMA DO TRÂNSITO EM JULGADO FINAL X SISTEMA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	18
<b>3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA</b>	<b>24</b>
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO	24
3.2 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA	29
<b>4 A EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DO PROCESSO PENAL</b>	<b>35</b>
4.1 BREVE SÍNTESE	35
4.2 JULGAMENTOS CONFLITANTES OCORRIDOS ATÉ A CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO EM 2009	36
<b>4.2.1 Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 89.754-1/BA (06/12/2006)</b>	<b>36</b>
<b>4.2.2 Habeas Corpus nº 93.266/SP (03/06/2008)</b>	<b>38</b>
4.3 HABEAS CORPUS Nº 84.078-7 MINAS GERAIS (05/02/2009)	40
<b>4.3.1 Voto do Ministro Relator Eros Grau</b>	<b>43</b>
<b>4.3.2 Voto do ministro Menezes Direito</b>	<b>44</b>
<b>4.3.3 Voto do ministro Celso de Mello</b>	<b>47</b>
<b>4.3.4 Voto do ministro Joaquim Barbosa</b>	<b>49</b>
<b>4.3.5 Voto do ministro Carlos Ayres Britto</b>	<b>51</b>
<b>4.3.6 Voto do ministro Cezar Peluso</b>	<b>53</b>
<b>4.3.7 Voto da ministra Ellen Gracie</b>	<b>54</b>
<b>4.3.8 Voto do ministro Marco Aurélio</b>	<b>55</b>
<b>4.3.9 Voto do Ministro Gilmar Mendes.</b>	<b>56</b>
4.4 HABEAS CORPUS Nº 126.292 SÃO PAULO (17/02/2016)	57
<b>4.4.1 Voto do Ministro Teori Zavascki</b>	<b>58</b>
<b>4.4.2 Voto do Ministro Edson Fachin</b>	<b>60</b>
<b>4.4.3 Voto do Ministro Luís Roberto Barros</b>	<b>61</b>

<b>4.4.4 Voto da Ministra Rosa Weber</b>	<b>62</b>
<b>4.4.5 Voto do Ministro Luiz Fux</b>	<b>63</b>
<b>4.4.6 Voto da Ministra Cármen Lúcia</b>	<b>63</b>
<b>4.4.7 Voto do Ministro Gilmar Mendes</b>	<b>63</b>
<b>4.4.8 Voto do ministro Marco Aurélio</b>	<b>64</b>
<b>4.4.9 Voto do ministro Celso de Mello</b>	<b>65</b>
<b>4.4.10 Voto do ministro Ricardo Lewandowski</b>	<b>67</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>72</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os principais juristas e doutrinadores brasileiros divergem acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Para que analisemos o tema é necessário um aprofundamento acerca do conceito de condenação e dos princípios que a envolvem.

O princípio da presunção de inocência, direito fundamental previsto na Constituição Federal, está diretamente relacionado com a possibilidade de se executar ou não a pena provisoriamente, fazendo com que as divergências em torno dele sejam constantes. Esse princípio não se encontra totalmente consolidado, seja na aplicação nos julgamentos perante os tribunais superiores, seja no próprio ordenamento pátrio.

Dentre os diversos conflitos que envolvem a execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, o ponto principal gira em torno de um dos principais direitos fundamentais, qual seja, o direito à liberdade.

Desta forma, o intuito desse trabalho é analisar a possibilidade ou não da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, principalmente à luz dos princípios constitucionais e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao longo dos anos, vem sofrendo constantes alterações.

Fazendo um breve resumo inicial, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a instituição do princípio da presunção do estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a Suprema Corte continuou se posicionando no sentido de autorizar a prisão logo após a confirmação da sentença condenatória no segundo grau de jurisdição, ainda que não estivessem preenchidos os requisitos da prisão cautelar.

O princípio da presunção de inocência encontra-se respaldado, também, nos tratados internacionais ao qual o Brasil aderiu, como na Declaração Americana de Direitos e Deveres e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas promulgadas em 1948.

Porém, em 2009, a discussão sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade foi levada ao Plenário da Suprema Corte. No julgamento, prevaleceu o entendimento pela inconstitucionalidade. O Poder Legislativo, no intuito adequar a legislação infraconstitucional aos mandamentos

constitucionais, promoveu constantes alterações no Código de Processo Penal. Todavia, sete anos depois, em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, com nova composição, alterou o seu entendimento e voltou a permitir a execução da provisória da pena. Esse entendimento por último adotado deixou claro que o STF priorizou, no momento, a efetividade do sistema em face do mandamento constitucional.

A dinâmica da discussão jurisprudencial ocorrida no Supremo Tribunal Federal decorreu da existência ou não de ofensa à Constituição e à garantia fundamental da presunção do estado de inocência ou da não culpabilidade.

Assim, o presente estudo tem como objetivo fazer uma análise crítica do posicionamento e principais argumentos expostos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento dessas ações, visto que, embora tenha se entendido, por maioria, pela possibilidade de execução antecipada da pena, o assunto ainda é constantemente discutido, principalmente pelo fato de que a decisão não se deu em ação de controle concentrado de constitucionalidade, permitindo que tribunais e juízes singulares tenham a condição de decidir de modo diverso.

A importância dessa análise se dá em virtude da sua atualidade, baseada na recente reviravolta no entendimento da Suprema Corte, que terminou por repercutir em milhares de processos criminais, uma vez que, com fundamento no entendimento do Supremo Tribunal Federal, os tribunais passaram a determinar a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão.

Há, inclusive, juízes que estão determinando o cumprimento imediato da pena em casos de condenação pelo Tribunal do Júri com fundamento no esgotamento da matéria fática e soberania do veredicto, previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal.

O debate acerca da possibilidade de execução provisória foi além dos tribunais, tomando conta dos ambientes acadêmicos, redes sociais e noticiários do Brasil, podendo ser dividido em dois grupos opostos, um que se posiciona a favor da execução antecipada da pena e outro que ferozmente critica esse instituto. O primeiro grupo, em sua maioria, sustenta que o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento correto em face do problema da impunidade no País. O outro grupo, composto em sua maioria por advogados e defensores garantistas persistem em apontar a inconstitucionalidade do entendimento adotado pelo STF no julgamento de 2016 em virtude da afronta ao texto constitucional.

No entanto, certo é que se encontra pendente de julgamento, ainda, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, cujo objeto é a revisão do entendimento da Corte acerca da possibilidade ou não de se executar antecipadamente a pena imposta por condenação no âmbito do segundo grau de jurisdição. O mérito das ADCs já se encontra à disposição da Suprema Corte para discussão em Plenário, porém o seu julgamento precisa ser incluído em pauta pelo Presidente do Supremo, o Ministro Dias Toffoli.

Portanto, será feita, inicialmente, uma breve análise da evolução histórica da presunção da presunção do estado de inocência e seu conceito, bem como dos diplomas legais que preveem o referido princípio. Em seguida, serão tratados os argumentos ideológicos trazidos pelos ministros no julgamento dos processos que causaram as reviravoltas no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Espera-se que esse trabalho, mesmo que de forma singela, sirva de contribuição à comunidade acadêmica, a fim de esclarecer e detalhar um tema que, sem sombra de dúvidas, ainda causará inúmeros debates no âmbito jurídico.

## 2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E SUA RELEVÂNCIA

Para que seja possível analisar os argumentos trazidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da execução provisória da pena, é necessário que se compreenda de forma clara o conceito e a evolução histórica do princípio da presunção do estado de inocência, bem como sua repercussão no ordenamento pátrio e internacional.

### 2.1. CONCEITO E EVOLUÇÃO

O processo penal é o ramo do direito onde se concentra o maior conflito entre os direitos individuais e o poder estatal, uma vez que é neste âmbito onde ocorre a legítima limitação dos bens jurídicos mais relevantes para sociedade, sendo o principal deles a liberdade.

É justamente nesse cenário de intensa contradição que surge o princípio da presunção do estado de inocência como meio de equilíbrio entre a pretensão punitiva do estado e a necessidade de garantir ao indivíduo que ele não será considerado culpado e não terá sua liberdade cerceada sem que haja um processo penal devido e justo, capaz de determinar a sua culpa sem que haja qualquer dúvida razoável sobre a ilicitude da conduta.

Esse princípio foi inicialmente previsto como fruto da Revolução Francesa de 1789, nos artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, abaixo transcrito:

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.<sup>1</sup>

A presunção de inocência foi novamente prevista no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948:

Declaração Americana de Direitos e Deveres, artigo XXVI. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Promulgada em 02 de outubro de 1789. Pg. 02. Disponível em: <[https://www.senat.fr/ing/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](https://www.senat.fr/ing/pt/declaration_droits_homme.html)>. Acesso em: 24 de nov. de 2018.

<sup>2</sup>FRANÇA. Declaração Americana de Direitos e Deveres. (1948). Pg. 04. Disponível em:

Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo XI

Qualquer pessoa acusada dum ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.<sup>3</sup>

Tourinho Filho faz uma importante ressalva acerca dos momentos históricos decisivos para a evolução do princípio da presunção do estado de inocência:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”<sup>4</sup>

Em 1969, esse princípio veio mais uma vez expresso, dessa vez na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), no artigo 8º, item 2. Essa convenção determina que toda pessoa terá o direito de ser considerada inocente enquanto não comprovada a culpa a sua culpa.

Artigo 8. Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras

---

[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm). Acesso em: 25 de nov. de 2018.

<sup>3</sup>FRANÇA. Assembleia Geral da ONU. (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A). Pg. 05. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 de nov. de 2018.

<sup>4</sup>FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Dos delitos e das penas. São Paulo. Atena Ed.1954, p.106.

- peças que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
  - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.<sup>5</sup>

Deste modo, a partir da leitura desse artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, verifica-se a adoção do sistema do duplo grau de jurisdição para afastar a presunção de inocência, sendo possível, assim, a execução da pena logo após a confirmação da sentença penal condenatória no segundo grau.

No Brasil, esse princípio somente veio expressamente disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, abaixo transcrito:

Art. 5º, Constituição Federal - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>6</sup>

Como é possível observar, o Brasil, de modo distinto à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), através da sua Constituição, adotou o sistema do trânsito em julgado final para afastar o princípio da presunção do estado de inocência, fazendo com que fosse necessário que houvesse o esgotamento de todos os recursos possíveis, incluindo os ordinários e os extraordinários.

O Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, promulgado no contexto da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) e no auge dos movimentos totalitários fascista e nazista, foi estruturado na presunção de culpa. Mesmo com as diversas reformas que recebeu, ainda permaneceram presentes diversos dispositivos incompatíveis com o princípio da presunção de inocência.

O artigo 393 do Código de Processo Penal, em sua redação original, tinha como efeitos da sentença penal condenatória recorrível: *I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>BRASIL. Decreto nº 678. Promulgado em 06 de Novembro de 1992. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

<sup>6</sup>BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Pg. 05 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>7</sup>BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União. Pg.

Segundo Alexandre de Moraes, o único efeito que deveria ser suspenso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria o lançamento do nome no rol de culpados, visto que violaria o princípio constitucional da presunção do estado de inocência. Esse posicionamento ganhou força no julgamento do Habeas Corpus nº 72.171/SP, cujo Relator era o Ministro Sydney Sanches, ficando decidido que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não impediria a execução imediata da pena após o julgamento do recurso ordinário pelo tribunal competente, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal, de modo que seria obstáculo, apenas, para que o nome do réu fosse lançado no rol dos culpados enquanto não fosse definitivamente condenado.

Assim, o princípio da presunção do estado de inocência surge como garantia processual atribuída ao indiciado pela prática de uma infração penal, atribuindo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado pelo ato delituoso até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esta garantia existe, em tese, para evitar a aplicação errônea de sanções punitivas os indivíduos.

Em suma, o princípio da presunção de inocência, aplicado no processo penal brasileiro, tem como função reconhecer o estado transitório de inocência, de modo que a referida presunção permanecerá até o momento do trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo utilizado com forma de se preservar a liberdade individual daquele a quem se imputa o cometimento de ação delituosa.

Considerando o marco temporal adotado pela Constituição Federal de 1988, no âmbito do direito processual penal, o princípio da presunção de inocência, nas palavras de Fernando Capez, deve ser assim avaliado:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma do tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.<sup>8</sup>

Nesse diapasão, o referido princípio é, ainda, direito e garantia

---

54. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>8</sup>CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 79. Disponível em: <<https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/08/fernando-capez-curso-de-processo-penal-2014.pdf>>. Acesso em: 13 de nov. de 2018.

fundamental em um processo penal democrático.

Porém, como toda garantia constitucional, o princípio da presunção do estado de inocência pode ser restringido, devendo ser, entretanto, preservado seu núcleo fundamental. Sobre isso, Zanoide de Moraes entende que:

Pode-se afirmar que a presunção de inocência é direito fundamental que pode ser restringido, desde que de maneira excepcional, prevista em lei justificada constitucionalmente e aplicada de modo proporcional por decisão judicial motivada em seus desígnios juspolíticos.<sup>9</sup>

A partir da análise, serão observados o conceito e os dispositivos legais que determinam o alcance da presunção de inocência, tanto no âmbito nacional quanto nos ordenamentos internacionais.

## 2.2 SISTEMA DO TRÂNSITO EM JULGADO FINAL X SISTEMA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A principal discussão acerca do princípio da presunção do estado de inocência verifica-se justamente na divergência doutrinária acerca do momento em que seria cessada essa presunção, sendo possível constatar a existência de dois sistemas utilizados para afastar esse princípio e, conseqüentemente, possibilitar a execução da pena, quais sejam, o sistema do trânsito em julgado final e do duplo grau de jurisdição.

Importante conferir, portanto, a diferenciação feita por Luiz Flávio Gomes:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados 'todos os recursos' (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.<sup>10</sup>

Fazendo uma relação com os demais países, é possível afirmar que as principais potências do ocidente se utilizam do duplo grau de jurisdição para afastar

---

<sup>9</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pg. 342.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio. Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em: 04 de jun. de 2018.

a presunção de inocência, sendo necessária apenas a prolação da sentença de 1º primeiro grau e a sua confirmação em 2ª instância para que haja o início do cumprimento da pena. O direito internacional permite que cada país regule o tema da sua maneira.

Nesse sentir, vale a pena salientar que a maioria dos países ocidentais segue o sistema do duplo grau. A minoria, incluindo-se o Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, segue o sistema do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Entretanto, nem sempre foi assim. A redação original do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 trazia a prisão do condenado como consequência automática da sentença condenatória, ainda que passível de recurso, bem como da pronúncia, limitando o efeito suspensivo da apelação apenas às hipóteses nas quais era possível a fiança e ao réu livrar-se solto. Além disso, trazia também a possibilidade de prisão cautelar obrigatória para os crimes em que a pena cominada de reclusão máxima fosse igual ou superior a 8 (oito) anos, mesmo nos casos de sentença absolutória de primeiro grau.

Em 1967, o Código de Processo Penal brasileiro foi alterado por meio da Lei nº 5.349/67, que extinguiu a prisão cautelar obrigatória, e, posteriormente, através da Lei nº 5.941/73, passou a possibilitar a concessão de efeito suspensivo à apelação também nos casos em que o condenado fosse primário e de bons antecedentes, além das hipóteses já previstas anteriormente.

Com o advento da Carta Magna em 1988 e os diversos avanços na garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, passou-se a prever a presunção de inocência até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a necessidade de todo cerceamento de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação estar baseado em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ressalvadas as hipóteses de transgressão militar ou crime militar propriamente dito.

Importante salientar, ainda, que anos antes da promulgação da Constituição Federal, o ordenamento jurídico, através da Lei de Execução Penal nº 7.210/84, já dava indícios acerca da necessidade do trânsito em julgado da condenação para que houvesse a expedição da guia de recolhimento e o conseqüente início da execução da pena, nos moldes dos artigos 105 e 106, inciso III, do referido diploma legal, abaixo transcritos:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.<sup>11</sup>

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterà:

[...]

III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado.<sup>12</sup>

Entretanto, os tribunais superiores continuaram executando provisoriamente a pena estabelecida em sentença penal condenatória nos casos em que o réu não era primário ou possuidor de bons antecedentes, visto que, na hipótese de condenação ou pronúncia, acreditavam que a probabilidade de fuga seria motivo suficiente para decretar a prisão visando assegurar a aplicação da lei penal.

Sobre isto, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça editou as Súmulas nº 9 e 267, respectivamente, em 6 de setembro de 1990 e 22 de maio de 2002, permitindo a execução provisória de sentença, mesmo quando pendente de julgamento recurso especial e/ou extraordinário, visto que estes não teriam efeito suspensivo. Este posicionamento foi seguido na época, também, pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, a questão da permissibilidade da execução provisória da pena estava, até então, pacificada também na Suprema Corte, como se pode extrair da análise das Súmulas nº 716 e 717:

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.<sup>13</sup>

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>14</sup>

---

<sup>11</sup> BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, pg. 19. Promulgada em 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 de mai. de 2018.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> BRASIL. Súmula 716/STF - 09/10/2003. Pena. Execução. Progressão do regime antes do trânsito em julgado da sentença. Admissibilidade. Lei 7.210/84 (LEP), art. 112. 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: 21 de mai. de 2018.

<sup>14</sup> BRASIL. Súmula 717/STF - 13/10/2003. Pena. Execução. Progressão do regime antes do trânsito em julgado da sentença. Admissibilidade. Lei 7.210/84 (LEP), art. 112. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acesso em: 21

Este entendimento foi, ainda, ratificado pelo Conselho Nacional de Justiça que, em 2006, publicou a Resolução número 19, que versa acerca da guia de recolhimento provisório:

Art. 1º A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal.<sup>15</sup>

Essa Resolução terminou por solidificar a previsão quanto à possibilidade de aplicação do instituto da execução provisória da pena, certamente visando rebater as constantes críticas quanto à morosidade e à impunidade do sistema jurídico brasileiro.

Posteriormente, em 2008, foi sancionada a Lei nº 11.689/08 alterando dispositivos do Código de Processo Penal, passando a constar na redação dos artigos 413, §3º, e 492, I, “e”, a necessidade de motivação idônea acerca da manutenção, revogação ou substituição da prisão ou de medida restritiva de liberdade que tenha sido decretada anteriormente e, estando o acusado em liberdade, sobre a necessidade da restrição de sua liberdade.

Ademais, com o advento da Lei nº 11.719/08, foi revogado o artigo 594, do Código de Processo Penal, que determinava que o réu não poderia “*apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto*”<sup>16</sup>. Alguns dias antes da promulgação dessa lei, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 347, a qual estabelecia que “*o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão*”<sup>17</sup>.

Desta forma, a presunção de inocência ganhou força, passando a ser

---

de mai. de 2018.

<sup>15</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 19, de 29 de Agosto de 2006. Dispõe sobre a execução penal provisória. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_19.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_19.pdf)>. Acesso em: 04 de jun. de 2018.

<sup>16</sup>BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União. Pg. 90. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>17</sup>BRASIL. Súmula 347/STJ – 23/04/2008. *Habeas corpus*. Incompatibilidade do art. 595 do Código de Processo Penal com a vigente Lei de Execução Penal. Concessão da ordem para abastar a deserção decretada e ensejar o julgamento do apelo. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_30\\_capSumula347.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf)>. Acesso em: 21 de nov. de 2018.

observada de maneira mais abrangente nos Tribunais. Foi quando, então, em 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078-7/MG, consolidou-se, finalmente, o entendimento acerca da impossibilidade da execução provisória da sentença condenatória, sendo permitida, todavia, a prisão cautelar, nos moldes do artigo 312, do Código de Processo Penal, a seguir transcrito:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)<sup>18</sup>

Entretanto, no ano seguinte, foi promulgada a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), que alterou o artigo 1º, inciso I da Lei Complementar nº 64/1990, instituindo expressamente a sentença condenatória por determinados crimes como causa de inelegibilidade quando forem proferidas por órgão colegiado. Todavia, operadores do direito e parte da doutrina afirmam que a aplicabilidade da presunção de inocência na esfera eleitoral seria diferente da esfera penal, de modo que essa Lei não deveria interferir no julgamento de processos criminais.

Nos anos seguintes, com a chegada da Lei nº 12.403/2011 e as alterações promovidas por ela, reforçou-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Esta lei revogou o artigo 393, I, e alterou o *caput* do artigo 283, ambos do Código de Processo Penal, que, agora, reforça a ideia da presunção de inocência e da necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para que haja a prisão do réu.

Art. 283, Código Penal - 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).<sup>19</sup>

<sup>18</sup>BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União. Pg. 90. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

<sup>19</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:

Por fim, vale ressaltar, ainda, que o instituto da execução provisória da pena é comumente utilizado no direito processual civil, porém, perante o direito processual penal, que deve ser utilizado apenas como ultima *ratio*, a execução provisória pode vir a causar danos irreparáveis ao acusado, devendo ser analisada com bastante atenção.

Certo é que, indo de encontro ao quanto tipificado na Constituição Federal, existe uma grande evolução do instituto da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância no direito processual penal brasileiro, que visa o início do cumprimento antecipado da condenação, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão passível de recurso, fundado no instituto da coisa julgada material.

Sobre o trânsito em julgado no processo penal, vale a pena analisar o posicionamento do professor e promotor Rogério Sanches Cunha, que através do seu site “Meu Site Jurídico”, expôs o seguinte entendimento:

O conceito de trânsito em julgado no processo penal não está relacionado ao esgotamento de todos os recursos, mas ao esgotamento da análise fática, como aliás ocorre em outros países igualmente democráticos em que operam cortes constitucionais – cujos recursos têm efeitos rescisórios – e nos quais é inconcebível que um condenado em segunda instância aguarde o pronunciamento de cortes superiores para iniciar o cumprimento da pena.<sup>20</sup>

Fica claro o posicionamento de Rogério Sanches Cunha em prol do início do cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, fundado na celeridade da justiça e na coisa julgada material, que, para ele, seria alcançada após a decisão de segundo grau.

Nesta linha de pensamento, é possível sentir a inclinação e força que vem ganhando o sistema do duplo grau de jurisdição, de modo que diversos juristas e doutrinadores aparecem se posicionando de modo favorável a execução provisória da pena.

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 31 de mar. de 2018.

<sup>20</sup>SANCHES CUNHA, R. Execução provisória da pena: não cabimento quando presente na sentença condição expressa do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. 17 de abril de 2017. <http://meusitejuridico.com.br/2017/04/17/execucao-provisoria-nao-cabimento-quando-presente-na-sentenca-condicao-expressa-transito-em-julgado-para-o-inicio-cumprimento-da-pena>. Acesso em: 1º de abril de 2018

Entretanto, o entendimento acerca da execução provisória nunca foi pacífico entre os ministros do Supremo Tribunal Federal que, ao longos dos anos, continuam se posicionando de maneiras divergentes.

### **3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

A discussão acerca da possibilidade da execução provisória da pena sempre foi constante entre os operadores do direito ao longo da história, e consiste no início do cumprimento da pena antes mesmo o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Esse capítulo tem o intuito de analisar os diplomas legais relacionados à execução provisória do tema para avaliar a plausibilidade do Supremo Tribunal Federal interpretar o princípio da presunção do estado de inocência de forma diversa do quanto positivado na Constituição Federal de 1988 como medida para conferir efetividade e celeridade no cumprimento de decisões condenatórias.

Essa análise é de suma importância, uma vez que, em que pese o clamor público por uma justiça célere e eficaz, faz-se necessário resguardar os direitos fundamentais conquistados na Constituição Federal vigente, inerentes ao estado democrático de direito.

#### **3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO**

A execução provisória da pena consiste na possibilidade da execução da decisão condenatória antes do trânsito em julgado, pressupondo, portanto, a existência de um julgamento que ainda não é definitivo.

Segundo parte da doutrina, sua aplicação é perfeitamente aceitável no processo civil, porém, no âmbito do processo penal, o entendimento deve ser necessariamente outro, especialmente à luz das peculiaridades relacionadas aos direitos fundamentais que envolvem a relação jurídica, qual sejam, a liberdade individual e a dignidade do ser humano.

Nesse sentir, a discussão acerca da possibilidade da execução penal provisória sempre gerou controvérsias entre legisladores, doutrinadores e jurisprudência, uma vez que o princípio da presunção da inocência e o princípio da efetividade das decisões condenatórias encontram-se em permanente conflito.

Assim, inicialmente, cumpre diferenciar a prisão processual da prisão pena. A prisão processual é medida cautelar pessoal, caracterizada pela provisoriedade, que se subdividia em cinco modalidades: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia.

Porém, após a reforma do Código de Processo Penal de 2008, foram devidamente revogados os artigos 408, §1º e 594, tornando inexistentes, em tese, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente de pronúncia. No entanto, como será demonstrado mais adiante, o Poder Judiciário insiste em executar a pena provisoriamente.

Ademais, a prisão processual tem natureza acautelatória e instrumental, o que significa dizer que decorre da necessidade de garantir a efetividade do processo penal e o resultado por este pretendido, qual seja, encontrar o culpado e garantir a segurança à população atingida pela ilicitude.

Assim, a natureza cautelar da prisão processual possui como características a instrumentalidade, para assegurar a utilidade e eficácia do processo penal; acessoriedade, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio de alcançar o final pretendido; preventividade, de modo que sua finalidade é evitar a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum libertatis*); a provisoriedade, por ter prazo de duração definido; referibilidade, devendo a medida cautelar estar diretamente relacionada a uma situação concreta específica de direito material; e proporcionalidade, pois sua aplicação, duração, extensão e execução devem ser devidamente proporcionais à infração praticada e ao que se pretende proteger, jamais podendo a medida cautelar ser mais gravosa que o próprio provimento final que se busca assegurar.

A prisão pena, por sua vez, baseia-se no preceito secundário (*sanctio iuris*) da norma penal e retrata o fim principal do processo penal: a sanção punitiva estatal.

Do ponto de vista prático, ambas constituem pena privativa de liberdade. A única diferença prática para o detido seria o local de encarceramento. Isso traz uma ideia equivocada de que não há seria o mesmo para o réu estar preso como medida cautelar do processo ou como uma pena aplicada pelo crime supostamente praticado, pois afinal, de qualquer forma estaria com sua liberdade privada.

Nesse sentido, Maurício Kuehne afirma que:

Quanto à possibilidade de absolvição, em grau de apelação, durante a execução provisória da sentença, é preciso lembrar que não existe diferença essencial entre aquele que está preso cautelarmente e é absolvido, e o que se submete a uma execução provisória e obtém a reforma da sentença em segunda instância.<sup>21</sup>

Muito embora o réu fique preso em qualquer dos casos, a diferença entre o instituto da prisão cautelar e o da execução provisória da pena é enorme, visto que os fundamentos e as hipóteses de aplicação são completamente distintos. Enquanto a primeira exige fundamentação expressa quanto à presença do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*; a segunda pode vir a ser decretada sem demonstração de sua necessidade para o processo.

Nesse ponto, faz-se necessária uma ressalva. Como supramencionado, a prisão provisória tem natureza cautelar e somente deve ser aplicada como medida excepcional a fim garantir o regular prosseguimento do processo e impedir danos decorrentes de sua demora. No entanto, as estatísticas demonstram que, na prática, a prisão processual vem sendo utilizada como forma de execução da pena.

Segundo o InfoPen do Ministério da Justiça de junho de 2016, o Brasil contava com mais de 726 mil presos, tendo ultrapassado pela primeira vez a marca de 700 mil detentos e figurando com taxa de ocupação média de 197,4%, estando 40% dos presos em prisão provisória. Só no Estado do Ceará, quase 66% dos encarcerados eram presos provisórios. Já no Estado da Bahia, 58% deles. O Estado de São Paulo, por sua vez, que concentrava, à época, cerca de 33% de toda a população carcerária do país, com 240.061 pessoas detidas, possuía 75.862 presos provisórios.

Em relação aos presos provisórios, relata o Ministério da Justiça:

De acordo com o gráfico, 40% das pessoas presas no Brasil em Junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas. Este dado varia sensivelmente entre os levantamentos mais recentes do Infopen: no levantamento de junho de 2014, essa população representava 41% do total; em dezembro do mesmo ano representava 40%; já em dezembro de 2015, as pessoas sem julgamento somavam 37% da população no sistema prisional.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> KUEHNE, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”. Revista dos Tribunais, v. 725/1996, p. 424, mar. 1996. Pg. 04. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176354/000499424.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

<sup>22</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Junho de 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)>.

É pacífico o entendimento de que a prisão cautelar é absolutamente constitucional, visto que, naquele momento em que foi decretada, a restrição à liberdade era estritamente necessária para proteger o desenvolvimento correto do processo.

O impasse reside, portanto, sobre a possibilidade do encarceramento como forma de execução provisória da pena, uma vez que existiam diversos dispositivos infraconstitucionais a justificá-la.

Para fundamentar a possibilidade da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, existem, ainda, os artigos 637 e 669, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, o artigo 27, § 2º da Lei nº 8.038/90 e as súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal e 267 do Superior Tribunal de Justiça. Ressalte-se, porém, que embora a súmula 940 do Superior Tribunal de Justiça não tenha sido expressamente revogada, perdeu sua aplicação com a expressa revogação do artigo 594 do Decreto-Lei nº 3.689/1941 pelo legislador infraconstitucional.

Fazendo uma análise desses dispositivos, o referido artigo 669, inciso I, do Código de Processo Penal, é bastante claro ao autorizar a execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado:

Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exeqüível 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; 23

No entanto, ao exigir a fiança nos crimes afiançáveis, transmite a ideia de que a prisão do réu condenado seria uma medida cautelar, e, portanto, uma prisão processual. Porém, na doutrina é predominante o posicionamento de que esse artigo traz a ideia de uma execução provisória da pena. Afrânio Silva Jardim é firme ao analisar:

É lógico que a fiança referida nos arts. 393, I, 594 e 669, I, não tem a natureza de contracautela. Se a prisão não é cautelar, a caução aí não funciona como substitutivo de algo que não existe. *In casu*, o legislador permitiu que o réu, mediante determinada quantia, pudesse adiar o começo

---

Acesso em: 10 de nov. de 2018.

<sup>23</sup>BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União. Pg. 90. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

de sua execução penal, aguardando desfecho do seu recurso. Parece lógico afirmar que a natureza cautelar de uma determinada medida não pode ser depreendida de uma suposta contracautela, mas, inversamente, a caução somente terá natureza de contracautela se funcionar como sucedâneo de uma medida cautelar. É intuitivo.<sup>24</sup>

Já o artigo 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º da Lei nº 8.038/90 possuem redação semelhante ao conferir aos recursos extraordinário e especial apenas efeito devolutivo.

Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15) revogou o artigo 27, § 2º da Lei nº 8.038/90, tendo, entretanto, mantido do efeito devolutivo como regra no processo civil, na medida em que estabelece, no seu artigo 995, que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”<sup>25</sup>, e no o art. 1.029, § 5º, dispõe que “o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento”<sup>26</sup>, podendo, portanto, o efeito suspensivo ser requerido pela parte.

Assim é que, tendo em vista que os recursos aos tribunais superiores não possuem, em regra, efeito suspensivo, seria possível iniciar o cumprimento da sentença quando estiver pendente apenas o julgamento desses recursos. O efeito suspensivo só seria conferido apenas quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Nesse pesar, é fácil notar que a probabilidade do dano irreparável ou de difícil reparação no caso da execução provisória da pena privativa de liberdade é notória e dispensa maiores aprofundamentos; a probabilidade do provimento do recurso, por sua vez, decorre da análise do caso concreto.

A leitura das súmulas 716 e 717 do Supremo Tribunal Federal, que preveem trazer a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, faz entender que se há a possibilidade de progressão de regime antes do trânsito em julgado, é porque é possível executar a pena antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória.

---

<sup>24</sup> JARDIM, Afrânio Silva. A prisão em decorrência de sentença penal condenatória. Revista de Processo, v. 51/1988, p. 168 – 179, jul./set. 1988. Pg. 03. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16013637.pdf>>. Acesso em: 20 de out. de 2018.

<sup>25</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.105 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Pg. 150. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pg. 157.

Já a súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*, autoriza expressamente a execução provisória da pena ao dispor que a interposição de recurso sem efeito suspensivo contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão:

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

Desse modo, a partir da análise desses dispositivos legais supramencionados, é possível concluir que são os artigos 637 e 669, inciso I do Código de Processo Penal e a Súmula nº 267 do Superior Tribunal de Justiça que, essencialmente, servem como fundamento para a execução provisória da pena.

Porém, como toda lei infraconstitucional, o Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, respeitando-se o princípio fundamental da presunção do estado de inocência.

### 3.2 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

Podemos afirmar que a principal base para aqueles que clamam pela ilegalidade do início da execução da pena é o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LIV e LVII, da Constituição federal.

Diante do texto constitucional, diversos juristas e doutrinadores entendem como clara a impossibilidade do início da execução da pena após a condenação em segunda instância, visto que qualquer privação de liberdade do réu somente seria possível através medida cautelar ou após a condenação definitiva e com o conseqüente trânsito em julgado desta condenação.

Segundo José Afonso da Silva, a presunção de inocência prevista na Constituição Federal não seria um princípio, e sim uma regra, e por isso não estaria passível de ponderação, devendo ser respeitada em todas as esferas, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Para ele “*considerar essa norma como um princípio simplesmente a anula, nada sobra dela. Não é possível otimizar*

---

<sup>27</sup>BRASIL. Súmula 267/STJ – 22/05/2002. Penal. Processual. Homicídio. Júri. Apelação. Condenação mantida. Mandado de prisão. Recurso especial. *Habeas corpus*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_20\\_capSumula267.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf)>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

*algo que é binário: ou a presunção vale até o trânsito em julgado, ou não vale. Não há meio termo possível*<sup>28</sup>.

Ainda nesse sentido, José Afonso da Silva critica os ministros por fazerem comparação entre o sistema jurídico brasileiro com os de países estrangeiros, uma vez que, *“não se comparam direitos ou instituições jurídicas diferentes”*<sup>29</sup>, devendo os ministros se dedicarem a apresentarem sugestões que visem acelerar os julgamentos, tornando os processos criminais mais céleres, ao invés de apenas apontar o sistema recursal como um impasse.

José Afonso da Silva trata, também, do alcance da garantia constitucional da presunção de inocência, que seria, segundo ele, exatamente aquele previsto no texto constitucional, qual seja, o trânsito em julgado da sentença condenatória, *“que se opera quando o conteúdo daquilo que foi decidido fica ao abrigo de qualquer impugnação através de recurso, daí a sua consequente imutabilidade”*<sup>30</sup>. A partir deste ponto dar-se-ia a coisa julgada, não sendo possível, antes dela, executar a pena em definitivo e nem mesmo provisoriamente, sob pena de violação à Constituição.

Assim, é preciso notar que a Constituição Brasileira de 1988, diferente das dos países que adotam o sistema do duplo grau de jurisdição, vai adiante na proteção do direito fundamental e atrela a presunção do estado de inocência ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Nesse sentir, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró ponderam:

Não pode o STF, com a devida vênia e o máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídica. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.

É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, como fonte e história.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> AFONSO DA SILVA, J. Parecer, pg. 7. 28 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/versao-2parecer-prof-jose-afonso-da-silva-minpdf-teste-ilovepdf-compressed-1.pdf>>. Acesso em: 02 de abr. de 2018.

<sup>29</sup> Ibidem, loc.cit.

<sup>30</sup> Ibidem, pg. 9.

<sup>31</sup> JR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (parecer). Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016, p. 17. Disponível em: <[https://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](https://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 26 de nov. de 2018.

Além disso, o fato dos recursos de caráter excepcional admitirem a discussão de matéria exclusivamente de direito não impede que a futura decisão mude significativamente a situação do réu. Nessa senda, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró explicam:

Há diversos temas, envolvendo questões predominantemente de direito, e passíveis de ataque em recurso especial e extraordinário, que podem permitir uma alteração da decisão condenatória, seja para reformá-la para um resultado absolutório, seja para reduzir substancialmente a pena imposta, muitas vezes até mesmo alterando a espécie de pena privativa de liberdade, quando não ocorre a extinção da punibilidade pela prescrição. Também é possível que o recurso seja provido por violação de regra legal ou garantia constitucional de natureza processual, implicando a anulação do acórdão condenatória do tribunal local, para que outro seja proferido, observando-se corretamente o dispositivo de lei federal ou a regra constitucional tida por contrariada ou violada. E há muitos temas aptos a serem questionados que podem levar a tais resultados.<sup>32</sup>

Nesta mesma linha de pensamento temos Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que apoiam a ideia de que, tendo em vista o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não é possível sustentar qualquer tipo de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Todavia, atualmente, o entendimento tanto do STJ quanto do STF é no sentido de inexistência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, admitindo, portanto, a execução provisória da pena privativa de liberdade.

Já segundo o Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, resta claro que a presunção da inocência é uma clara garantia ao acusado, conforme se extrai do trecho transcrito abaixo:

[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inc. LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade – e mesmo dos atores jurídicos - em face daqueles que se vêem envolvidos 12 Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª edição, Malheiros Editores, 2.006, págs. 141 e ss. com o aparato judiciário-criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado de

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 24.

sentença condenatória<sup>33</sup>.

E, ainda, afirma em outro texto:

... não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada.<sup>34</sup>

Nesse sentir, vigorando a tese de que a condenação de segundo grau gera imediatamente a prisão, o sistema prisional, que já não é dos melhores, aumentará consideravelmente, podendo, eventualmente, gerar um colapso, além de viabilizar a prisão de réu primários e/ou de pessoas que foram condenadas através de prova ilícita ou por teses juridicamente infundadas. Este é o pensamento do jurista Lênio Luiz Streck, que, através de publicação postada no site “CONJUR”, no dia 02 de abril de 2018, se posiciona contrário àqueles que defendem a execução provisória, conforme extraímos da leitura a seguir:

Solução urgente: efetivar o acesso à Justiça. Por que ninguém pensou em aumentar o número de ministros do STJ de 33 para 330? Infelizmente, prefere-se fazer jurisprudência defensiva. E, pior, usá-la para justificar a prisão em segundo grau. Engraçado. É uma tese autofágica ou autoimplosiva. O STJ, com apenas uma dezena de ministros para julgar matéria criminal para um país de mais de 200 milhões de pessoas, nega quase 100% dos recursos. Em vez de melhorar o acesso, impede-se o recurso. Essa tese parece a do paradoxo do queijo suíço: o melhor queijo é o suíço; que é melhor porque tem furos; mais furos, melhor queijo; mais furos, menos queijo; menos queijo, melhor queijo. Moral da história: o queijo ideal é o não queijo. No Brasil, o sistema ideal é zero de possibilidade de recurso.<sup>35</sup>

Seguindo este pensamento, o importante a ser feito seria uma reforma na composição dos tribunais superiores, aumentado o número de ministros e, assim, a produtividade da corte. Para ele, utilizar a execução provisória da pena como forma de reduzir a quantidade de recurso é um retrocesso para a justiça.

Em pensamento diverso dos trazidos anteriormente, em favor da

---

<sup>33</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Significados da Presunção de Inocência, in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, coordenação de JOSE DE FARIA COSTA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2.006, pág. 326.

<sup>34</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar, Saraiva, São Paulo, 1.991, pág. 86.

<sup>35</sup> LUIZ STRECK, Lênio. A presunção da inocência e meu telescópio: 10 pontos para (não) jejuar. 02 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/streck-presuncao-inocencia-10-pontos-nao-jejuar>>. Acesso em: 03 de abr. de 2018.

execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, temos o ex-ministro Carlos Velloso, ex-presidente do STF, que considera que “*o início da execução de decisão condenatória somente após o trânsito em julgado é uma jabuticaba brasileira, que não ocorre em país civilizado do mundo ocidental, constituindo um hino à impunidade*”<sup>36</sup>, entendendo que a Constituição Federal garante apenas o duplo grau de jurisdição, visto que “*a justiça da decisão não seria examinada após o julgamento do 2º grau e os recursos, daí em diante, são recursos puramente jurídicos*”.

Nesta linha de pensamento, pondera que não é contra a mudança, porém acredita que, para que haja alteração na presunção de inocência, ela deve ser feita através de uma proposta de emenda à Constituição (PEC). Posiciona-se, assim, a favor da execução provisória da pena, conforme é possível extrair do trecho a seguir:

Não há, portanto, ofensa a princípios garantistas, que, aliás, não veiculam apenas proibições de intervenção excessiva, mas expressam também postulados de proteção para que se evite a insuficiência da tutela de bens jurídicos, exatamente o que se verifica no adiamento indefinido do cumprimento da pena por agentes que sofreram condenação cujo mérito não poderá mais ser modificado. Noutras palavras: garantismo não pode ser sinônimo de impunidade<sup>37</sup>.

A favor da execução provisória da pena, manifestou-se, também, Eugênio Pacelli, afirmando que não haveria riscos em uma execução provisória da pena fundada em uma condenação proferida em primeiro grau e confirmada em segunda instância, com ampla produção probatória, incluindo por parte do acusado. Somado a isto, pesaria, ainda, contra o réu, a gravidade do crime, a quantidade da pena aplicada e a inexistência de um argumento ponderável para a interposição de recurso.

Critica, ainda, a demora dos tribunais superiores para apreciarem o cabimento dos recursos excepcionais, alegando que, muitas vezes, essa demora é ainda maior do que a própria tramitação do processo criminal nas instâncias ordinárias. Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró não aceitam essa alegação, afirmando que a morosidade do judiciário não pode servir como fundamento para que seja possível a execução antecipada da pena, uma vez que não se deve suprimir as

---

<sup>36</sup>VELLOSO, C. Carlos Velloso e a jabuticaba brasileira. 26 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/carlos-velloso-e-jabuticaba-brasileira/>>. Acesso em: 31 de mar. de 2018.

<sup>37</sup>*Ibidem, loc.cit.*

garantias individuais por culpa da ineficiência estatal, conforme se observa a seguir:

Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados.<sup>38</sup>

Ademais, observa, ainda, que o Brasil parece ser o único país a prever que a execução da pena só irá ocorrer após o julgamento em três instâncias, afirmando que *“nos demais ordenamentos – a maioria deles essencialmente garantista – privilegia-se o julgamento das instâncias ordinárias, reservando às Cortes Constitucionais ou Tribunais Superiores a excepcional revisão dos julgados”*.

---

<sup>38</sup> JR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (parecer). Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016, p. 37. Disponível em: <[https://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](https://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 26 de nov. de 2018.

## **4 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO PROCESSO PENAL**

Faz-se necessário um maior aprofundamento acerca da evolução jurisprudencial do instituto da execução provisória da pena no direito processual penal e também do princípio da presunção de inocência sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, que ao longo dos anos veio mudando o seu entendimento sobre esse instituto.

### **4.1 BREVE SÍNTESE**

Como mencionado anteriormente, anos antes da promulgação da Constituição Federal, o ordenamento jurídico já dava indícios acerca da necessidade do trânsito em julgado da condenação para que houvesse a expedição da guia de recolhimento e o conseqüente início da execução da pena, conforme se extrai dos artigos 105 e 106 da Lei de Execução Penal nº 7.210/84.

Entretanto, os tribunais superiores mantiveram o seu entendimento e continuaram executando a pena de forma antecipada nos casos em que o réu não era primário ou possuidor de bons antecedentes, visto que, na hipótese de condenação ou pronúncia, acreditavam que a probabilidade de fuga seria motivo suficiente para decretar a prisão e assegurar a aplicação da lei penal.

Sobre isso, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, indo de encontro ao quanto tipificado na Constituição Federal, editou as Súmulas nº 9 e 267, respectivamente, em 06 de setembro de 1990 e 22 de maio de 2002, autorizando a execução provisória de sentença, mesmo quando pendente de julgamento recurso especial e/ou extraordinário, visto que estes não teriam efeito suspensivo. Este posicionamento foi seguido na época, também, pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo, a questão da permissibilidade da execução provisória da pena estava, até então, pacificada nos tribunais superiores. Porém, o entendimento até então dominante nos tribunais superiores começou a perder força e, no final de 2006, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com o julgamento do Habeas Corpus nº 89.754/BA, que trouxe novamente à tona a discussão acerca do princípio da presunção do estado de inocência e da execução provisória da pena do direito

processual penal brasileiro.

## 4.2 JULGAMENTOS CONFLITANTES OCORRIDOS ATÉ A CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO EM 2009

A partir do julgamento do Habeas Corpus nº 89.754/BA, que abriu precedente para a impossibilidade de execução antecipada da pena, surgiu na jurisprudência da Suprema Corte um grande número de decisões conflitantes, de modo que as turmas estavam por divergir no entendimento acerca da possibilidade de execução provisória da pena, fazendo com que as decisões contivessem os mais diversos fundamentos e resultados distintos. Dessa forma, é importante analisar algumas delas para que sejam analisadas as decisões proferidas em plenário.

### 4.2.1 Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 89.754-1/BA (06/12/2006)

No julgamento da Medida Cautelar Habeas Corpus nº 89.754/BA, o Relator Ministro Celso de Mello, com base no princípio da presunção da inocência e na Convenção Americana de Direitos Humanos, deferiu o pedido liminar para suspender, até o final da ação, a eficácia da ordem de prisão expedida nos autos da Apelação Criminal, em face da Paciente, por entender como constrangimento ilegal a medida constrictiva de liberdade quando não demonstrada a sua imprescindibilidade, auferindo, assim, ao acusado o direito de recorrer em liberdade e afastando o início da execução antecipada da decisão condenatória não transitada em julgado.

Entendeu-se, portanto, que a decretação de prisão fundada em decisão recorrível teria índole eminentemente cautelar, e, deste modo, somente se justificaria caso se adequasse, no caso concreto, a uma das hipóteses previstas no artigo no artigo 312, do Código de Processo Penal.

De tal modo, a legitimidade jurídica da prisão processual do indiciado, do réu ou do sentenciado deveria ser analisada, invariavelmente, através das próprias prescrições fundadas na legislação nacional, com a necessária e concreta verificação, no caso concreto, das hipóteses previstas no artigo acima transcrito, mesmo que se trate de prisão cautelar motivada por condenação penal meramente recorrível.

Portanto, inexistindo fundamento capaz de autorizar a privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-ia ilegal, conforme se extrai do voto proferido pelo Ministro Relator:

O exame do acórdão ora questionado – que admitiu a possibilidade de decretação da prisão da paciente, pelo só fato de o recurso cabível contra a sentença condenatória não possuir efeito suspensivo – parece revelar que essa decisão não se ajustaria ao magistério jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte, pois – insista-se – a denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP (RTJ 195/603, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 84.434/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 86.164/RO, Rel. Min. CARLOS BRITTO, v.g.), a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade (RTJ 193/936).<sup>39</sup>

Assim, é possível afirmar que decretação de prisão processual de ordem meramente cautelar tem como fundamento a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar ao Estado a adoção, sempre em caráter excepcional, dessa medida constritiva de caráter pessoal.

Neste sentir, é importante ressaltar que, apesar do recurso especial e do recurso extraordinário possuírem efeito meramente devolutivo, não é cabível o cerceamento da liberdade baseado única e exclusivamente neste fato, conforme se observa de trecho do voto do Relator, abaixo transcrito:

Em situações como a que ora se registra nesta causa, **o Supremo Tribunal Federal tem garantido**, ao condenado, ainda que em sede cautelar, **o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos interpostos, mesmo que destituídos de eficácia suspensiva** (HC 85.710/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 88.276/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - HC 88.460/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.), **valendo referir, por relevante, que ambas as Turmas desta Suprema Corte** (HC 85.877/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, e HC 86.328/RS, Rel. Min. EROS GRAU) **já asseguraram, até mesmo de ofício, ao paciente, o direito de recorrer em liberdade.**<sup>40</sup>

Importante ressaltar, também, a importância de uma decisão com fundamentação substancial que evidencie a imprescindibilidade da adoção da medida constritiva do “*status libertatis*” do indiciado, conforme se extrai do voto do

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 89.754 Bahia. Criminal. Relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. pg. 5. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc89754.pdf>. Acesso em: 25 de out. de 2018.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pg. 6.

Ministro Relator:

“É por tal razão que a jurisprudência desta Suprema Corte - embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos judiciários competentes, de determinadas exigências (RTJ 134/798), em especial a demonstração – apoiada em decisão impregnada de fundamentação substancial – que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva do “*status libertatis*” do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual”<sup>41</sup>

Deste modo, entendeu o Ministro Relator como ilegal a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, uma vez que ordem de prisão pelo motivo único de o recurso cabível contra a decisão condenatória não possuiria efeito suspensivo não se ajustaria ao entendimento da Corte, de modo que a recusa ao sentenciado do direito de recorrer em liberdade dependeria, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, sob pena de incorrer em abuso de poder ou ilegalidade na decretação de prisão meramente processual.

Esse não era o entendimento predominante entre Ministros do Supremo não entendia dessa, entretanto, serviu como precedente para outros julgamentos e reacendeu a discussão em torno da execução provisória da pena, sustentando não é impunidade, mas o direito de se presumir que todos são inocentes até que se prove o contrário. Enquanto há recursos, enquanto a sentença não transitou em julgado, o réu é inocente. Celso de Mello lembrou que, mesmo assim, a prisão é possível, mas ela continua tendo o caráter de cautelar, ou seja, excepcional. Por isso, só é possível quando há motivos para isso.

#### **4.2.2 Habeas Corpus Nº 93.266/SP (03/06/2008)**

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal voltou a decidir sobre o tema, novamente sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus nº 93.266-SP, e, mais uma vez, ficou entendido como constrangimento ilegal a prisão do réu quando não fosse demonstrada a

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, pg. 3.

imprescindibilidade da medida constritiva da prisão preventiva, ressaltando-se o direito constitucional de recorrer em liberdade e a impossibilidade da execução provisória da pena quando pendente a sentença condenatória de julgamento de recursos, bem quando não houver fundamentos suficientes para impor a prisão antecipada.

Com efeito, reafirmou o Relator que a prisão somente poderia ser decretada nos moldes da prisão cautelar:

- A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em sentença condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de inocência), tem como pressuposto legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente ocorrente, a adoção – sempre excepcional – dessa medida constritiva de caráter pessoal. Precedentes.
- A prisão decretada com fundamento em condenação penal recorrível (o que lhe atribui índole eminentemente cautelar) somente se justificará, se, motivada por fato posterior, este se ajustar, concretamente, a qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP. Situação incorrente no caso em exame.<sup>42</sup>

À época, o Ministro alegou, ainda, que a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) não poderia se com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”), uma vez que não teria como objetivo infligir punição ao indivíduo. Assim, a prisão cautelar, em face da sua estrita finalidade, não possuiria qualquer ideia de sanção, muito pelo contrário, seria um instrumento dedicado a atuar em prol do processo penal.

Neste sentir, vale conferir parte do pensamento do Ministro:

Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, que tem sido reiterada em diversos julgados, no sentido de que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, com fins punitivos, da prisão cautelar, pois esta não se destina a punir o indiciado ou o réu, sob pena de manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, com a conseqüente (e inadmissível) prevalência da idéia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo.<sup>43</sup>

A partir daí, entende o Ministro Relator que, caso fosse admitida a antecipação da pretensão punitiva do Estado, estaria havendo grave atentado ao princípio da liberdade.

Quanto à ausência efeito suspensivo dos recursos extraordinário e

<sup>42</sup> *Ibidem*, pg. 02.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pg. 13.

especial, foi firme o Relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello:

**RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE e RESP) – AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA – CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.**<sup>44</sup>

E completou:

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, por entender que orientação em sentido diverso transgride, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência.

É por tal motivo que, em situações como a que ora se registra nesta causa, o Supremo Tribunal Federal tem garantido, ao condenado, até mesmo em sede cautelar, o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos interpostos, ainda que destituídos de eficácia suspensiva.<sup>45</sup>

Neste sentir, frisou que a prisão cautelar do réu condenado somente seria possível caso houvesse reais motivos que evidenciassem a necessidade de adoção dessa medida constritiva extraordinária de ordem pessoal.

Com efeito, a prisão fundada em condenação recorrível deverá observar, sempre, a observância dos requisitos legais, sem os quais o ato de constrição não terá validade jurídica.

Assim, terminaram os Ministros da Segunda Turma por conhecer o pedido de *habeas corpus* e, também, por maioria, conceder, de ofício, a ordem, nos termos do voto do Relator.

Tiveram o voto vencido os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que não conheciam do pedido, sob a alegação de que “a expedição do mandado de prisão é consequência necessária do esgotamento das instâncias ordinárias”<sup>46</sup>.

#### 4.3 HABEAS CORPUS Nº 84.078-7 MINAS GERAIS (05/02/2009)

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

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 89.754 Bahia. Criminal. Relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. pg. 02. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc89754.pdf>>. Acesso em: 25 de out. de 2018.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pg. 03.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pg. 14.

regra, a execução provisória da pena.

Em 05 de fevereiro de 2009, a discussão acerca da execução provisória da pena foi, finalmente, levada ao Plenário da Suprema Corte, sob presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, onde os Ministros, em sua maioria, sob a Relatoria do Ministro Eros Grau, decidiram pela concessão da ordem, utilizando como fundamentos os princípios constitucionais da presunção da inocência, da dignidade da pessoa humana e da ampla defesa, além de frisar o caráter irreversível da prisão e a prevalência da Lei nº 7.210/84 e dos seus dispositivos sobre o disposto no art. 637 do Código de Processo Penal, tendo em vista a sobreposição material e temporal da legislação, terminando, assim, por consolidar o entendimento acerca da ilegalidade da execução provisória da pena.

No caso concreto, a paciente/impetrante teve a sua prisão preventiva decretada com base em indícios de que teria a intenção de se esquivar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio como meio para facilitar sua fuga. A Primeira Turma rechaçou a base empírica de sustentação da prisão preventiva, de modo que o ministro Eros Grau passou a verificar o cabimento da prisão como execução antecipada da pena. Após o Ministro Relator ter decidido pela concessão da ordem, o ministro Carlos Britto requereu vista e sugeriu remessa do feito ao Plenário, haja vista que, até então, esse entendimento não era unânime entre as turmas do Supremo Tribunal Federal, de modo que o tribunal registrava entendimentos diversos entre a Primeira e a Segunda turma, como bem observado pelo Ministro Ayres Britto à época:

Quando da análise da causa, no entanto, observei que a jurisprudência desta Suprema Corte de Justiça, em sua nova composição, não é uniforme sobre o tema.

(...)

Há decisões proferidas por esta Colenda Primeira Turma no sentido de que a prisão do réu só é possível após o trânsito em julgado da condenação ou nas estritas hipóteses cautelares taxativamente previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, assim como há julgados provenientes da Colenda Segunda Turma que entendem que os recursos especial e extraordinário nem por se privarem de efeito suspensivo, deixam de viabilizar a imediata prisão do condenado. Ou seja, as duas Turmas dissentem quanto à interpretação do art. 312 do CPP.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Criminal. Relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. pg. 21. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 25 de out. de 2018.

Ocorria, então, uma espécie de loteria no julgamento dos Habeas Corpus, de modo que, enquanto uma turma concedia liminares pela manutenção da prisão, a outra entendia não ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, causando, assim, uma insegurança jurídica.

Na época, venceu a tese de que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado não estaria de acordo com o inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, concluindo que a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos da prisão preventiva, trazidos no art. 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5º, LVII, da Constituição Federal

Foi após esse julgamento em plenário que o Congresso Nacional aprovou a lei 12.403/11, alterando o Código de Processo Penal para deixar expresso que a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado.

Os ministros que tiveram seus votos vencidos entenderam que os recursos interpostos contra a condenação em segunda instância não teriam efeito suspensivo, e, portanto, não suspenderiam os efeitos da condenação, não podendo impedir a prisão antecipada.

#### **4.3.1 Voto do Ministro Relator Eros Grau**

O voto do Ministro Relator Eros Grau teve como principais argumentos o artigo 164 da Lei nº 7.210/84, que teria superado o artigo 637 do Código de Processo Penal, e entendimento pacífico da Corte em aplicar a pena restritiva de direitos apenas nos moldes do artigo 147 da Lei de Execução (Lei nº 7.210/84) e à luz do texto Constitucional, de modo a afastar a possibilidade de execução da sentença antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Segue entendimento do ex Ministro:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações

paralelas.<sup>48</sup>

Sobre a Lei de Execução Penal e o artigo 164, destacou:

**6. A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 -- - condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147). Dispõe ainda, em seu artigo 164, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.**

7. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

**8. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.**<sup>49</sup>

Portanto, não seria possível, por uma questão de coerência e isonomia, não seria possível permitir a execução da pena privativa de liberdade, indubitavelmente mais grave, enquanto não sobreviesse título condenatório definitivo, mas vedar a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença com fundamento no princípio da presunção do estado de inocência.

Então, para que houvesse tratamento isonômico nessa situação seria necessário autorizar não só a execução antecipada da pena privativa de liberdade, mas também a restritiva de direitos, ou vedar ambas.

O Ministro Eros Grau foi incisivo ao criticar a execução provisória da pena e lembrar dos ensinamentos de Geral Ataliba:

12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição -- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da

<sup>48</sup> *Ibidem*, pg. 10.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pg. 33.

pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.<sup>50</sup>

Ponderou, ainda, não ser possível desconhecer que o texto constitucional instituiu ao acusado uma verdadeira garantia de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Portanto, afirma que a Suprema Corte não pode sucumbir aos anseios popular e da mídia, que anseia por punição rápida sempre que algum crime específico é noticiado e acaba chocando a sociedade. Ao Supremo Tribunal Federal cabe o exercício prudente do direito contra esses casuísmos para fazer prevalecer a norma constitucional.

Ademais, rechaçou a suposição de que os tribunais superiores seriam inundados com recursos de natureza extraordinária caso a execução provisória da pena fosse vedada. Não porque isso de fato não aconteceria, mas porque não seria possível afastar uma garantia constitucional.

Por fim, lembrou que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.006, havia declarado inconstitucional lei estadual mineira que determinava a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de seus cargos por estarem respondendo a processo penal por prática de crime funcional, ainda que houvesse previsão de devolução das diferenças em caso de absolvição. Exigiu, portanto, coerência da Suprema Corte, uma vez que se esta prestigia vigorosamente a presunção do estado de inocência em nome da garantia da propriedade, deve fazer o mesmo quando se trate da garantia constitucional de liberdade.

Deste modo, concedeu a ordem para determinar que o paciente aguardasse o trânsito em julgado da sentença condenatória em liberdade, entendendo como inadmissível que viesse a ser considerado culpado, suportando a execução imediata da pena, antes que houvesse o trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que estaria havendo grave violação à Constituição Federal, que prevê claramente a impossibilidade de que seja imposta ao réu qualquer tipo de sanção antes que transite em julgado a condenação imposta a ele.

#### **4.3.2 Voto do ministro Menezes Direito**

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pg. 10.

Após o voto do Relator, Ministro Eros Grau, concedendo a ordem, o Ministro Menezes Direito pediu vista dos autos para analisar com melhor cuidado argumentos trazidos pelo Relator. Em seu voto, acabou por divergir, trazendo diversos argumentos.

Inicialmente, fez a ressalva de que a jurisprudência da Corte admitiu historicamente a privação da liberdade do réu condenado à pena privativa de liberdade por decisão sujeita apenas aos recursos excepcionais, bem como que esse entendimento vinha sendo objeto de questionamento nos últimos tempos.

Entretanto, afirmou não ver motivo para se afastar da orientação histórica da Suprema Corte. A primeira razão para isso reside no fato de que os recursos excepcionais não serviriam para discutir a matéria de fato, mas apenas tese jurídica. Ressalta, então, que é nas instâncias ordinárias que se dá o esgotamento do exame da matéria fática.

Porém, considerando que o esgotamento da análise da matéria de fato conclui o julgamento, ainda que persista discussão pendente em relação à questão de direito, termina o Poder Judiciário por alterar o marco temporal estipulado pela CF para a presunção do estado de inocência ou o significado de trânsito em julgado da sentença condenatória.

Além disso, reafirma o Ministro Menezes Direito que os recursos extraordinário e especial seriam desprovidos de efeito suspensivo. A esse respeito, acentua que:

A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção da inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória.<sup>51</sup>

Ademais, afirma ser pacífico o entendimento de que a prisão cautelar não se choca com o princípio da presunção do estado de inocência, uma vez que a prisão cautelar é meio para assegurar o bom resultado do processo e garantir a

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, pg. 54.

persecução criminal. Então, admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da condenação e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o próprio alvo desse processo, que seria a sentença ou o acórdão. Assim, é incisivo ao dizer que “*se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é*”<sup>52</sup>.

Nesse pesar, afirma que, para ele, não haveria diferença entre a prisão processual e a prisão pena, visto que ambas constituiriam violação ao princípio da presunção do estado de inocência.

Com efeito, faz ressalva ao duplo caráter da sanção penal, especialmente na forma de privação da liberdade.

A retribuição e a prevenção se conjugam na sua essência e disputam os seus efeitos. Se o elemento retributivo compreende uma compensação à sociedade pela violação de uma de suas regras mais caras e não ganha sentido sem a definição da culpa, o elemento preventivo coaduna-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade na medida em que revela um componente essencial do sistema repressivo. É esse componente que pode justificar a privação da liberdade do condenado mesmo antes do esgotamento das instâncias extraordinárias que por definição não suspendem o julgado proferido nas instâncias ordinárias.<sup>53</sup>

O Ministro menciona, ainda, voto do ministro Celso de Mello, em que este afirma que o Pacto de São José da Costa Rica, que institui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede que se ordene a prisão antecipada do indiciado, acusado ou condenado, desde que esse ato de privação de liberdade se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento pátrio de cada Estado signatário desse tratado internacional.

Não por outra razão, aproveitou o ministro Menezes Direito para fazer relação com outros países:

Não se trata de um viés autoritário. A prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (Subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), o Canadá (arts. 679 e 816 do Criminal Code) e a França (art. 367 do Code de Procédure Pénale). Nos Estados Unidos, o sistema é bem claro ao admitir o imediato início do cumprimento da pena, sendo certo que a interposição de recurso de revisão de que decorreria a possibilidade de alteração não é suficiente para obstar

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, pg. 56.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pg. 57.

seu imediato cumprimento.<sup>54</sup>

Garantiu, também, que a orientação da Corte no sentido de autorizar a execução provisória da pena representa um mecanismo capaz de inibir manobras processuais que visam procrastinar os julgamentos e evitar a execução da pena imposta ao acusado, entre elas, a busca pela prescrição da pretensão punitiva.

Frisou, ainda, que o advento da Lei nº 11.719/08 e a revogação do artigo 594 do Código de Processo Penal, que condicionava o direito de apelar à obrigatoriedade da prisão ou da prestação de fiança, salvo se primário e de bons antecedentes, não afeta a conclusão a que chega. É que, no caso concreto, não se estaria tratando de recolhimento à prisão para fins de apelação, mas de reconhecimento de que a Constituição, diante da ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, não vedaria a execução provisória da pena.

Portanto, após o devido processo nas instâncias ordinárias, a execução provisória seria consequência plausível, que, indubitavelmente, poderia, também, ser afastada através dos instrumentos próprios, incluído o habeas corpus. Por fim, sustenta o Ministro Menezes Dirlei que negar essa consequência à decisão final das instâncias ordinárias, considerando as limitações dos recursos extremos e a natureza expressa de efeito meramente devolutivo, transformaria o Supremo Tribunal Federal em instância regular, e não excepcional. Assim, seria possível fazer aqui um correto balanceamento para proteger os direitos dos réus e, também, o direito da sociedade a uma eficiente proteção do estado.

Para ele, deixar os réus já condenados nas instâncias ordinárias aguardarem o julgamento dos recursos excepcionais em liberdade estimula a impunidade e protege aqueles que podem suportar os custos dos diversos recursos que a legislação processual brasileira permite.

Nesse sentir, pedindo vênias ao Ministro Relator Eros Grau e aos que de igual modo entendem, decidiu por denegar a ordem.

#### **4.3.3 Voto do ministro Celso de Mello**

O ministro Celso de Mello inicia o seu voto salientando que a imposição de prisão cautelar ao acusado não pode surgir do arbítrio dos magistrados e

---

<sup>54</sup> *Idem.*

tribunais, devendo vir sempre acompanhada de fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais capazes de revelar os fatos que justifiquem a imprescindibilidade da medida.

Nessa linha de pensamento, diferencia a prisão cautelar da prisão penal, afirmando que a primeira é sempre caracterizada pela excepcionalidade e não objetiva punir a pessoa que sofre a sua decretação, servindo apenas como medida destinada a atuar em benefício da atividade persecutória desenvolvida pelo Estado. Por outro lado, a execução provisória da pena é, no seu ponto de vista, completamente vedada pelo texto constitucional.

No mais, reafirma o seu posicionamento no sentido de que a prisão cautelar, considerando-se a função exclusivamente processual que lhe é inerente não pode ser utilizada com o intuito de antecipar a pretensão punitiva do Estado, pois, se assim possível, alterar-se-ia a finalidade da prisão preventiva, resultando em grave afronta ao princípio da liberdade.

Em seu entendimento, o fato de um indivíduo estar submetido a atos de perseguição penal, mesmo perante órgãos da Polícia Judiciária, não lhe afeta e nem lhe suprime o posto de sujeito de direitos e titular de garantias indisponíveis, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos operadores do direito e especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, afirma *“que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado”*<sup>55</sup>.

Ressalta, ainda, a importância da proteção e defesa da supremacia da Constituição para a vida do país, do povo e de suas instituições, de modo que o limites impostos pelo texto constitucional não podem ser ultrapassados pelo Estado e por seus agentes no desempenho da perseguição penal.

O Ministro Celso de Mello alega, também, que ao revelar fidelidade ao mandado constitucional da presunção do estado de inocência, o Supremo Tribunal Federal não inviabiliza a prisão cautelar de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das variadas modalidades de medida cautelar penal, desde que presentes razões concretas em ordem a proteger e a preservar os interesses da população em geral e os dos indivíduos em particular.

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, pg. 54.

Ademais, sustenta ser bastante claro o texto constitucional ao definir o momento em que a presunção do estado de inocência será descaracterizada, qual seja, o momento do trânsito em julgado da decisão condenatória. Antes desse momento, então, ninguém poderá ser tratado com se culpado fosse.

Por fim, acentua que a presunção do estado de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição. Significa dizer, portanto, que mesmo após proferida a decisão condenatória em segunda instância, o acusado ainda terá o direito fundamental de ser considerado inocente enquanto a decisão não transitar em julgado.

Sob esses argumentos, decidiu o Ministro Celso de Mello por acompanhar integralmente o voto proferido pelo Relator.

#### **4.3.4 O voto do Ministro Joaquim Barbosa**

Ao iniciar o seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa pondera que se alinha à corrente que, até então, era majoritária na Suprema Corte, qual seja, a que entende como viável a execução provisória da pena após superadas as duas instâncias ordinárias de jurisdição. Nesse sentir, afirma que as decisões proferidas por essas instâncias devem ser levadas a sério, visto que são presumidamente idôneas para o ofício que lhes compete exercer e, portanto, sua execução deveria ser permitida pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de torná-las despiciendas.

Para ele, a execução provisória da pena surge da necessidade de dar efetividade ao processo penal, evitando que a condenação proferida pelas instâncias ordinárias venha a ser frustrada.

Ademais, afirma que a adoção do sistema do trânsito em julgado da condenação causaria um verdadeiro estado de impunibilidade:

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade - considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que

findaria por ser nula no fim das contas.<sup>56</sup>

Nesse ponto, ninguém questiona que os órgãos prolatadores de decisões de mérito são presumidamente idôneos quando proferem suas decisões. Aliás, o fundamento para existir o duplo grau de jurisdição não é a dúvida quanto à idoneidade da decisão proferida pelo juízo singular, mas a garantia de uma melhor justiça, maior confiabilidade no sistema, maior experiência dos juízes de segundo grau.

O ministro segue afirmando que a adoção da tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causaria verdadeiro estado de impunidade, em especial nos casos em que o sentenciado tenha a seu dispor um defensor que se utilize de uma infinidade de recursos com o fim único de protelar o trânsito em julgado.

De outro lado, tem-se que levar em consideração o perigo de se pressupor que todos os recursos são meramente protelatórios e de se executar a pena de quem, após o julgamento dos recursos excepcionais, é tida por inocente. O ministro Cezar Peluso, no debate desse julgamento histórico, ponderou:

Mas vejam os riscos que implicam para o Tribunal assumir a responsabilidade de deixar sem resposta satisfatória ainda que fosse um único caso da prisão de um inocente ou daquele que afinal vem a ser reconhecido, nas instâncias extraordinárias, como inocente! Um único caso seria suficiente. Lembro-me do que Beccaria dizia – aliás, precisamos retornar à Beccaria: o que ganha a humanidade com a condenação de um inocente? Aliás, o ministro Ricardo Lewandowski demonstrou que, só no âmbito do habeas corpus, a ordem é concedida em um terço dos casos!<sup>57</sup>

O ministro Joaquim Barbosa também ressalta que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo, motivo pelo qual o início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente não se configuraria violação ao princípio da presunção do estado de inocência.

Aliás, sustenta, ainda, que não há uma garantia irrestrita ao duplo grau de jurisdição, de modo que existem processos julgados no Brasil em única instância pelo Supremo Tribunal Federal e, por isso, não haveria que se cogitar um direito a ao triplo grau de jurisdição, visto que nem mesmo o Pacto de San José da Costa

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, pg. 96.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pg. 86.

Rica garantiria esse direito. Nesse sentir, afirma que a garantia está vinculada ao direito do acusado de recorrer contra a sentença condenatória, nos termos do artigo 8<sup>a</sup>, n<sup>o</sup> 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Cita, também, a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45, afirmando que esta reforça ainda mais o entendimento de que seria possível a execução da pena após o esgotamento dos juízos ordinários, uma vez que condiciona a admissibilidade do recurso extraordinário à estrita demonstração, no caso concreto, da repercussão geral. Para ele, fica clara a permissibilidade da execução provisória de decisão condenatória contra a qual estejam pendentes, de julgamento, apenas, os recursos excepcionais. Para reforçar sua tese, aponta dados estatísticos que indicam que os casos que chegam para julgamento em sede de recurso extraordinário de natureza criminal, em sua maioria, não preenchem os requisitos constitucionais de admissibilidade, bem como que menos de 4% dos recursos admitidos foram providos.

Além disso, o Ministro Joaquim Barbosa alega que o artigo 105 da Lei de Execução Penal não obstará a execução provisória, uma vez que esse dispositivo não estaria tratando da guia de recolhimento provisório antes do trânsito em julgado, e sim da expedição da guia de execução definitiva. Em sentido contrário ao voto do ministro Eros Grau, que afirma que a Lei n<sup>o</sup> 7.210/84 sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP, utiliza este artigo como fundamento para a execução provisória:

Assim, na esteira do que determinado pelo legislador processual penal, considero que a atribuição do efeito meramente devolutivo aos recursos de natureza extraordinária não viola a Constituição da República, permitindo que o condenado impugne aquilo que considera passível de recurso, sem impedir o seu recolhimento ao estabelecimento prisional apropriado.<sup>58</sup>

O ministro Joaquim Barbosa crê, também, que esse entendimento não traz prejuízos ao réu, ressaltando que sempre que o condenado entender que está sendo injustiçado e sofrendo constrangimento ilegal contra a sua liberdade, por força de uma nulidade gravíssima e insanável no processo a que respondeu, poderá se utilizar do remédio constitucional habeas corpus.

Reafirmando os argumentos suscitados pelo Ministro Menezes Direito, alega que o princípio da presunção do estado de inocência não é absoluto; os

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, pg. 99.

recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo; nos recursos extraordinário e especial não são analisados matéria fática, mas apenas matéria de direito; nos principais países desenvolvidos se admite a execução provisória da pena; e que o transcurso do tempo torna ineficiente os fins da pena: prevenção geral e especial.

Desse modo, resolveu o Ministro Joaquim Barbosa por denegar a ordem, no sentido de admitir a execução provisória, uma vez exauridas as instâncias ordinárias.

#### **4.3.5 Voto do ministro Carlos Ayres Britto.**

O ministro Ayres Britto, ao iniciar seu voto, sustenta que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é mais do que de uma garantia, é um direito substantivo do indivíduo. Direito material cujo conteúdo é a presunção de não culpabilidade.

Logo, enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o acusado deverá permanecer investido nesse direito material à presunção de não culpabilidade.

Portanto, para que o sujeito deixe de ser inocente, é necessário que a prova do crime seja validamente produzida na instâncias ordinárias, de acordo com o devido processo legal, incorporando-se as garantias do contraditório e da ampla defesa, para que, no final, a sentença penal alcance o trânsito em julgado. Tudo isso para fortalecer o direito à presunção de não culpabilidade e a liberdade de locomoção, que seria a prima-dona dos direitos individuais, tendo o habeas corpus, responsável por garantir a liberdade de ir e vir, precedido todos os outros remédios constitucionais e ações de urgência.

Além disso, remete ao art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal, que, ao dispor que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”<sup>59</sup>, para ressaltar que o princípio da presunção de não culpabilidade já é relativizado, porém que a regra é a

---

<sup>59</sup>BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Pg. 05. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.

liberdade e a prisão a exceção.

Ressalta, ainda, a irreparabilidade do dano resultante da prisão corporal antecipada, a qual tem quádrupla dimensão: abalo psíquico do indivíduo, desprestígio familiar, repercussão profissional negativa e desprestígio social.

Observa, também, que ao priorizar o princípio da presunção de inocência, a sociedade não fica desguarnecida, uma vez que o juiz poderá sempre, com base no artigo 312 do Código de Processo Penal, decretar a prisão cautelar do acusado através de decisão devidamente fundamentada.

Ademais, afirma que a *“justiça penal eficaz não se alcança com o sacrifício do devido processo legal”*<sup>60</sup>.

Por fim, diferencia a aplicação da presunção de inocência na esfera criminal da esfera eleitoral, alegando que esta é o reino do coletivo e da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais.

Decide, então, pela concessão da ordem, no sentido de entender como inconstitucional a execução provisória da pena

#### **4.3.6 Voto do ministro Cezar Peluso.**

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso aproveitou para deixar claro o seu pensamento do princípio da presunção do estado de inocência, afirmando que este se trata de um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídica assume em favor da dignidade da pessoa humana. Desse modo, o réu no processo penal não perde sua dignidade pelo fato de ser réu. Portanto, o referido princípio seria uma conquista histórica aplicada ao processo penal, de modo a evitar o tratamento desumano e injusto que dispensado pelo Estado ao acusado.

Nesse sentir, pontua que qualquer imputação gravosa ao patrimônio jurídico do réu antes do trânsito em julgado, cuja fundamentação seja unicamente um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional, visto que estaria violando o princípio da presunção do estado de inocência.

Assim, atesta não ser possível conceber um processo justo onde se

---

<sup>60</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Criminal. Relator Min. Eros Grau. pg. 109. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 04 de jun. de 2018.

imponha a alguém, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação do *status libertatis*, pelo mero fato de ser réu, de modo que um processo que autorize a execução provisória da pena, sem trânsito em julgado, ou seja, sem reconhecimento definitivo de culpa, pode até ser legal, mas jamais seria justo, uma vez que não atende ao princípio constitucional do devido processo legal.

Nesse sentir, ressalta que a justificativa para a prisão, no caso concreto, é exclusivamente a culpabilidade do réu, de modo que haveria patente violação da garantia constitucional de presunção do estado de inocência, na medida em que essa garantia deve ser eficaz até o momento do trânsito em julgado da condenação.

Além disso, lembrando o ministro o sentimento de injustiça que toma conta de todos quando alguém é considerado inocente após ter sido privado de sua liberdade, decidiu por conceder a ordem, acompanhando integralmente o voto de Relator.

#### **4.3.7 Voto da ministra Ellen Gracie**

A ministra Ellen Gracie, no começo do seu voto, atesta profunda preocupação com o rumo do julgamento, que estaria por alterar jurisprudência de mais de vinte anos da Corte, dando a perceber que, como esse novo entendimento, todos aqueles ministros que compuseram a Suprema Corte anteriormente estavam equivocados no seu posicionamento.

Divergindo do quanto defendido pelo Relator Ministro Eros Grau, alega que a presunção do estado de inocência deixa de existir e é substituída por um juízo de culpabilidade logo após a decisão em segundo grau.

Ao defender o seu posicionamento, afirma que o princípio do presunção de inocência garante, apenas, que os acusados considerados inocentes durante toda a instrução do processo criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

A ministra Ellen Gracie defende, ainda, que o princípio da presunção de inocência traduziu-se, em regra, há muito observada, de caber o ônus da prova durante a instrução criminal à parte acusadora. Entretanto, a sentença condenatória confirmada pelo tribunal competente após o devido contraditório e a ampla defesa não deixaria a salvo tal presunção, de modo que ela não se sobrepõe a juízo, visto que o juízo estaria formado logo após a dilação probatória, na qual precisa estribar-

se para alcançar uma conclusão condenatória.

Ademais, aduz que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado de forma a manter o equilíbrio entre o excesso e a insuficiência da eficácia da decisão condenatória confirmada pelo tribunal competente.

Por esses motivos expostos, terminou a Ministra Ellen Gracie por denegar a ordem de habeas corpus, divergindo do voto do Ministro Relator.

#### **4.3.8 Voto do ministro Marco Aurélio**

O Ministro Marco Aurélio, nono a votar, inicia ressaltando a divisão que existe na Corte a respeito de como aplicar o princípio da presunção de inocência. Até momento cinco Ministros haviam votado pela concessão da ordem e quatro contro.

Em sua análise, defende que não seria possível acionar o título condenatória para iniciar a execução da pena quando ainda houvesse uma condenação passível de reforma mediante recurso.

O principal argumento suscitado para isso é a irreversibilidade da medida de restrição da liberdade, uma vez que, enquanto no campo patrimonial é cabível execução provisória por ser possível o retorno ao *status quo ante* em caso de provimento do recurso excepcional interposto pelo executado, no caso da restrição da liberdade de ir e vir seria impossível devolver a restituição da liberdade que foi perdida. Sobre isso, vale destacar a sua indagação:

Indago: presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica.<sup>61</sup>

Nesse pesar, a execução provisória da pena não pode ser o exaurimento completo do processo penal, porque, em verdade, não faz o menor sentido imputar ao acusado o cumprimento de sua futura e eventual pena antes do término definitivo do processo criminal.

Portanto, posicionou-se o Ministro Marco Aurélio ao lado do Ministro Relator Eros Grau, afirmando que o princípio da presunção de inocência está

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, pg. 132.

explícito “*em todas as suas letras*” na Constituição, decidindo por conceder a ordem ao habeas corpus e destacando que a Súmula 267 do STJ não estaria de acordo com a Constituição Federal.

#### **4.3.9 Voto do ministro Gilmar Mendes.**

Ao ver do ministro Gilmar Mendes, então presidente da Corte, a execução provisória da pena afronta, de uma só vez, os princípios da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade.

Ofende a presunção de inocência, na medida em que privação de liberdade antecipada não se compadece com a inexistência de decisão condenatória devidamente transitada em julgado. Antes do trânsito em julgado somente é possível a aplicação de uma prisão preventiva, não pode esta, de forma alguma, constituir um castigo àquela que não possui uma condenação definitiva.

Haveria também ofensa à própria concepção de dignidade humana, pois “*uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana*”<sup>62</sup>. Além disso, defende que “*o Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações*”<sup>63</sup>, de modo que o ser humano não pode se tornar objeto da ação estatal.

Já acerca do princípio da proporcionalidade, enfatiza que a imposição de “*fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade*”<sup>64</sup>.

Quanto à preocupação levantada pela Ministra Ellen Gracie relacionada ao fato de que da mudança de jurisprudência velha de vinte anos da Corte se concluiria que o Supremo Tribunal Federal estaria equivocado durante todo esse tempo, rebate que não se deve chegar a essa conclusão, pois estariam claramente diante de uma situação de mutação constitucional. A mutação constitucional é a alteração da constituição no ponto de vista informal, em que se altera a forma de interpretação da regra enunciada, porém mantendo-se o dispositivo inalterado. Essa

---

<sup>62</sup>*Ibidem*, pg. 149

<sup>63</sup>*Ibidem*, pg. 150.

<sup>64</sup>*Ibidem*, pg. 153.

alteração que se dá em decorrência de uma nova realidade fática ou de uma nova percepção do ordenamento pátrio deve ter lastro democrático para que seja legítima.

Por tais motivos, entende que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade, terminando por deferir a ordem de habeas corpus.

#### 4.4 HABEAS CORPUS Nº 126.292 SÃO PAULO (17/02/2016)

Sete anos depois de consolidado o entendimento acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, em 17 de fevereiro de 2016, a discussão foi novamente levada ao plenário do Supremo Tribunal Federal, que, dessa vez, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, cujo relator foi Ministro Teori Zavascki, por maioria de votos, proferiu decisão no sentido de que a execução provisória de pena imposta em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Cumprе ressaltar que o entendimento parecia consolidado, principalmente após as alterações promovidas na legislação trazidas pelas Leis nº 11.689/2008, 11.719/2008 e 12.403/2011, as quais revogaram os artigos 393, 408, §1º, 594 e 595 do Código de Processo Penal, extinguindo a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a aquela decorrente de pronúncia.

Esta decisão representou entendimento diametralmente oposto ao então aplicado, mediante verdadeira relativização do princípio da presunção de inocência, sob o argumento de que deve haver um equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional penal.

Votaram no sentido de possibilitar a execução provisória da pena os ministros Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin e Dias Toffoli. Tiveram votos vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Mello e Marco Aurélio.

Assim como no tópico anterior, serão analisados os votos que melhor representam os fundamentos trazidos pelos ministros para conceder ou denegar a ordem de habeas corpus.

#### 4.4.1 Voto do Ministro Relator Teori Zavascky

O Ministro Relator Teori Zavascky, em seu voto, defendeu que eventual condenação em segundo grau representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal, de modo que, para o julgador de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa, embora não definitiva, já que estará sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.

Seria em sede de apelação que, de ordinário, ficaria exaurido de forma definitiva o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É aqui que se concretizaria, em seu sentido genuíno, segundo o Relator, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo.

Segue trecho do voto do Relator:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.<sup>65</sup>

Fez a ressalva, então, de que equívocos podem ocorrer nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Todavia, ressaltou que

---

<sup>65</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 126292 São Paulo. Pg. 09. 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. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1º de jun. de 2018.

equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias.

Entretanto, para essas eventualidades, haveria sempre outros mecanismos destinados a inibir consequências indesejáveis ao condenado, suspendendo, se for o caso, a execução provisória da pena.

Significa dizer que o Tribunal, havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso, inibindo o cumprimento de pena. Portanto, mesmo seja possível a execução provisória da sentença penal, o acusado não estaria desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

O ministro Teori Zavascki fundamenta seu voto, também, na Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), que alterou o artigo 1º, inciso I da Lei Complementar n 64/90, consagrando expressamente como causa de inelegibilidade a existência de decisão condenatória proferida por órgão colegiado. Esse fundamento foi afastado pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do HC 84.078/MG, que sustentou que a aplicabilidade da presunção de inocência na esfera eleitoral seria diferente da esfera penal, uma vez *“que a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais”*<sup>66</sup>.

Outro argumento trazido pelo ministro Teori Zavascki decorre do Direito Comparado. Nesse sentir, afirma, lembrando o voto da Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do Habeas Corpus nº 85.886, cuja votação se deu em 2005, na qual a Ministra alegou que nenhum país do mundo suspende a execução da pena depois de observado o duplo grau de jurisdição. Cita, assim, países que admitem a execução provisória da pena: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina. Entretanto, desses países citados, apenas a Constituição de Portugal traz a presunção de inocência atrelada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Os demais, como Estados Unidos, Argentina e Alemanha, sequer trazem expressamente em suas constituições a presunção de inocência, muito embora esteja presente como princípio implícito e decorrente do Pacto de São José da Costa Rica ou da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

---

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais. Criminal. Relator Min. Eros Grau. pg. 109. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 04 de jun. de 2018.

Dessa forma, uma vez que os textos constitucionais dos países citados pelo Ministro Relator não possuem redação semelhante ao texto constitucional brasileiro, que estabelece um marco temporal específico para o término da presunção do estado de inocência, não seria adequada a comparação.

Ademais, critica o sentimento de impunidade causado pela protelação para o início da execução da pena e, por fim, o defende que os recursos de natureza extraordinária não têm o intuito de examinar a justiça ou injustiça das decisões proferidas em casos concretos, mas sim de preservar o direito objetivo, a autoridade e uniformidade da aplicação das normas.

Entretanto, para o Ministro Relator Teori Zavascki, essas razões foram suficientes para justificar o seu voto, no intuito de restaurar o entendimento, segundo ele, tradicional da Suprema Corte, 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, terminando, então, por denegar a ordem ao pedido de habeas corpus.

#### **4.4.2 Voto do Ministro Edson Fachin**

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, limitou-se, basicamente, a seguir, no plano constitucional, os argumentos trazidos pelo Ministro Relator Teori Zavascky. Porém, no plano infraconstitucional, fez alusão às regras da Lei de Execução Penal que exigiam o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução e que foram revogadas pela lei nº 8.038/90, que em seu artigo 27, §2º, instituía que os recursos extraordinário e especial possuiriam apenas o efeito devolutivo. Nesse ponto, importante salientar que o Código de Processo Civil de 2015 revogou o referido artigo.

Por fim, avalia que caso a presunção de inocência não cesse nem mesmo após confirmação da sentença condenatória por parte dos julgadores de segundo grau, intuitivamente estaríamos diante de uma presunção absoluta de desconfiança instituída pela Constituição às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Assim, terminou por denegar a ordem ao habeas corpus, acompanhando o voto do relator.

#### 4.4.3 Voto do ministro Luís Roberto Barroso

O ministro Luís Roberto Barroso, inicialmente, justifica a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal com base na mutação constitucional, ressaltando que em 2009 uma primeira mutação ocorreu e que, em 2016, uma nova mutação estaria acontecendo. Nesse sentir, explica que *“este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”*<sup>67</sup>.

Sustenta, assim, que essa nova alteração na realidade fática se deu em razão do *“impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”*<sup>68</sup>.

Isso porque, ao seu ver, a impossibilidade de execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias produziria três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal, quais sejam, o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade penal e a contribuição significativa para o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Portanto, esses três fatores teriam tornado evidente que não se justifica impedir a execução provisória da pena após o pronunciamento jurisdicional de segundo grau.

Dentre os argumentos suscitados, destaca-se o suposto reforço à seletividade do sistema da justiça penal brasileira. Entende Barroso que as pessoas com mais abastadas, mesmo condenadas, não cumprem ou a postergam sua pena durante longos anos, visto que possuem condições para contratar advogados para defendê-los em sucessivos recursos, evitando, assim, o trânsito em julgado da decisão condenatória. Entretanto, cabe observar que ao adotar como regra a execução provisória da pena após a decisão proferida em segundo grau de jurisdição, prejudicam-se justamente aqueles que não possuem condições financeiras para contratar um advogado e que terminam por superlotar as prisões

---

<sup>67</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 126292 São Paulo. Pg. 31. 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. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1º de jun. de 2018.

<sup>68</sup>*Ibidem*, pg. 32.

brasileiras.

Ademais, entende que o cumprimento da pena não pressupõe a culpa, uma vez que a Constituição Federal trataria a culpabilidade e a prisão de maneira distinta, que não se confundem. O acusado poderá ter sua prisão decretada com base em uma decisão escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária, apesar de presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em conformidade com o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal.

Indo adiante, o ministro se utiliza da técnica de ponderação, concluindo que a prisão pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória não atinge o núcleo essencial do princípio constitucional. Em sentido oposto, o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 84.078/MG, afirma ter feito a ponderação entre os princípios, concluindo que a execução provisória da pena fere a dignidade humana, a presunção de inocência e a proporcionalidade.

Concluindo o seu voto, o ministro Barroso supõe que a mudança no posicionamento da Suprema Corte reduzirá o número de pessoas presas temporariamente, visto que a maior eficiência do sistema penal reduziria a prática dos juízes e tribunais de determinarem a prisão ainda durante a instrução.

Sob esses argumentos, então, vota o Ministro Barroso no sentido de denegar a ordem ao pedido de habeas corpus, fixando a tese de julgamento abaixo transcrita:

A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.<sup>69</sup>

#### **4.4.4 Voto da Ministra Rosa Weber**

A Min. Rosa Weber sustentou que vem se posicionando a favor da jurisprudência da Corte, no intuito de preservar a segurança jurídica das decisões, sobretudo quando estiverem diante de questões constitucionais, de modo que a impossibilidade da execução provisória da pena deveria ser mantida.

Seu critério de julgamento foi basicamente a manutenção da jurisprudência da corte, afirmando que o princípio da segurança jurídica há de ser prestigiado e que a simples alteração na composição da corte não deve ser

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, pg. 54.

suficiente para uma alteração no entendimento da Suprema Corte, visto que o que existe para a sociedade é a instituição e não cada membro individualmente considerado.

Também reconheceu que existem questões pragmáticas envolvidas, mas que a alteração da compreensão da Corte Constitucional sobre o texto constitucional não deve ser o caminho para solucioná-las.

Assim, terminou a Ministra Rosa Weber por divergir do Relator, concedendo a ordem ao pedido de habeas corpus.

#### **4.4.5 Voto do Ministro Luiz Fux**

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, reafirmou os argumentos trazidos pelos Ministros Teori Zavascky, Edson Fachin e Luis Eduardo Barroso, sustentando que que decisão a respeito da matéria fático-probatória é, em regra, imutável, indiscutível, e não é passível de análise no Tribunal Superior.

Ademais, sustenta também que a impossibilidade de se executar a pena provisoriamente favorece a ineficiência do judiciário, possibilitando que a defesa recorra *ad infinitum*, correndo a prescrição.

Por essas razões, vota o Ministro no sentido de denegar a ordem ao pedido de habeas corpus.

#### **4.4.6 Voto da Ministra Cármen Lúcia**

A Ministra Carmén Lucia reafirmou sua tese no sentido de que, para ela, o início do cumprimento de pena após exaurida a fase de provas, que se extingue logo após o duplo grau de jurisdição, não afronta ao princípio da não culpabilidade penal, uma vez que não seria possível a revisão da matéria fático-probatória pela Suprema Corte.

Assim, mantendo-se na mesma linha dos votos antes proferidos, devidiu por denegar a ordem ao pedido de *habeas corpus*.

#### **4.4.7 Voto do ministro Gilmar Mendes**

O ministro Gilmar Mendes, nesse julgamento, mudou o seu entendimento

acerca da possibilidade de execução antecipada da pena. Em 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, atestou que a execução antecipada da pena violava os princípios da dignidade humana, da presunção de inocência e da proporcionalidade. Em 2016, votou pela constitucionalidade da execução provisória da pena, deixando de enfrentar os argumentos por ele trazidos quando do julgamento anterior em questão.

Em sua argumentação, analisou casos específicos que demonstram a ineficácia da justiça em relação à demora no cumprimento da pena imposta ao acusado. Ademais, avaliou que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não define o que é ser considerado culpado e, portanto, essa definição do que vem a ser culpado dependeria de intermediação do legislador. Assim, para ele, o tratamento progressivamente mais gravoso é perfeitamente aceitável, desde que não atinja o núcleo fundamental do princípio da não-culpabilidade.

Por fim, terminou por reforçar a necessidade de se dar credibilidade à justiça, lembrando o esforço do Ministro Cezar Peluso, quando Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao oferecer proposta de emenda constitucional para que o Brasil seguisse o sistema do duplo segundo grau de jurisdição.

Nesse sentir, alterando o seu posicionamento acerca da execução provisória da pena e com base na garantia da ordem pública, decidiu o Ministro Gilmar Mender por denegar a ordem ao pedido de *habeas corpus*.

#### **4.4.8 Voto do ministro Marco Aurélio.**

O ministro Marco Aurélio manteve-se na mesma linha de pensamento do seu voto proferido em 2009, entendendo pela impossibilidade da execução provisória da sentença.

Afirmou, inicialmente, estar diante de uma tarde infeliz, em termos jurisprudenciais, na vida do Supremo Tribunal Federal, uma vez que estaria havendo a alteração de uma jurisprudência considerada recente, passando-se a admitir, então, uma execução precoce da pena, sem que haja a culpa devidamente formada.

Segundo ele, essa decisão esvazia o modelo garantista, decorrente da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais antes mesmo de versar, como fizeram as anteriores, sobre a estrutura do estado.

Entretanto, reconheceu que o Brasil se encontra em uma época de crise maior, porém sustentou que os princípios e valores devem ser resguardados, conforme

se extrai de trecho do seu voto, *in verbis*:

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.<sup>70</sup>

Afirmou que quadro caótico é o mesmo de 6 anos atrás, ponderando que o Supremo não pode em um dia decidir de um modo e no outro dia de forma completamente oposta.

Nesta linha, frisou que no “*rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.*”<sup>71</sup>

Tal disposição, segundo o Ministro Marco Aurélio, não permite interpretações, havendo uma máxima em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.

Deste modo, conclui afirmando que a alteração na jurisprudência da Corte estaria indo de encontro ao significado do princípio da não culpabilidade, de modo que a inverter a ordem natural das coisas, que direciona a apurar para, após verificada a culpa, prender.

O que se percebe é que nenhum desses fatores decorre de uma nova realidade desenvolvida a partir de 2009. Todos esses critérios fáticos foram levados em consideração no julgamento do HC 84.078/MG, até mesmo porque já naquela época se tinha um judiciário moroso, alto índice de criminalidade, impunidade e seletividade do sistema penal. Ou seja, não houve qualquer mudança fática a justificar uma mutação constitucional. Nesse sentido afirmou Lenio Streck:

Parece evidente, também, que não houve mutação constitucional, porque é consabido que mutação apenas tem como consequência uma nova norma para um texto já existente. Só que a mutação, para ser mutação, tem uma condição: a de que a nova norma não seja, ela mesma, um novo texto.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> *Ibidem*, pg. 77.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!. De

Assim, terminou o Ministro Marco Aurélio por acompanhar a divergência revelada pela Ministra Rosa Weber, concedendo a ordem de habeas corpus pleiteada.

#### 4.4.9 Voto do ministro Celso de Mello.

O ministro Celso de Mello inicia o seu voto registrando que o princípio da presunção do estado de inocência “*representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder*”<sup>73</sup>.

Nesse sentir, fundamenta seu voto na manifesta clareza do texto constitucional que, segundo seu entendimento, define expressamente o momento a partir do qual haveria o cerceamento da presunção de inocência, não trabalhando a Constituição com esvaziamento progressivo desta na medida em que se sucedem os graus de jurisdição.

Observa que “*a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado*”<sup>74</sup>, bem como que a Constituição brasileira vai além na proteção da presunção da inocência, não sendo possível comparar com outros países cujas Constituições não preveem expressamente a necessidade de observância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A esse respeito, vale conferir trecho do seu voto:

há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

---

26 de fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 22 de out. de 2018.

<sup>73</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 126292 São Paulo. Pg. 80. 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. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1º de jun. de 2018.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pg. 84.

É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado.<sup>75</sup>

E conclui:

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos.<sup>76</sup>

Por fim, acentua que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, o que significa dizer que mesmo após confirmada a condenação penal pelo tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá esse direito fundamental em favor do sentenciado, que só deixará de existir com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.

Assim, o Ministro conclui o seu voto deferindo o pedido de habeas corpus, reafirmando a tese de que a execução provisória da pena anterior ao trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com a garantia constitucional do réu.

#### **4.4.10 Voto do ministro Ricardo Lewandowski.**

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal manteve seu entendimento no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência em face da execução provisória da pena, de modo que esta seria incompatível com o quanto disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal.

Aproveitou, então, para criticar a decisão que estava por ser tomada pela corte, manifestando perplexidade pelo fato do Supremo Tribunal Federal estar se posicionando no sentido de facilitar a entrada de pessoas no sistema prisional, que ele considera o verdadeiro inferno de Dante.

Nesse sentir, o ministro Lewandowski lembrou que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se absolutamente falido, com a quarta maior

---

<sup>75</sup> *Idem, et.seq.*

<sup>76</sup> *Idem, et.seq.*

população de presos, o que ficara assentado no julgamento da ADPF 437 e RE 592.581, alegando que seria um contrassenso permitir a prisão dos condenados em segundo grau, uma vez que o número de presos terminará por crescer em dezenas ou centenas de milhares.

Defendeu, ainda, que, em conformidade com o disposto constitucional, a interposição de recursos contra decisão condenatória obsta a eficácia imediata da decisão condenatória, pois ainda subsistirá a presunção de inocência, de modo que, em matéria penal, os recursos possuiriam, sim, efeito suspensivo, não podendo lei infraconstitucional dispor de modo diverso.

Observou, também, que o artigo 520 do Código de Processo Civil de 2015, que versa acerca do cumprimento provisório da sentença, dispõe da necessidade de prestação de caução suficiente e idônea para o levantamento de depósito em dinheiro. Desse forma, ressalta que em matéria patrimonial o legislador se tratou de tomar todos os cuidados para reduzir qualquer chance de prejuízo no caso de reversão da sentença pelos Tribunais Superiores, de modo que, tratando de processo penal, seara de julgamento de natureza mais grave e norteadas pelo princípio da *ultima ratio*, o mesmo deveria ser feito.

Entretanto, tratando-se de liberdade, a reversibilidade da execução provisória, ao seu ver, é impossível, uma vez que ainda que se defenda a possibilidade de indenização por prisão injusta, há de se reconhecer que o Estado não possui condições financeiras para suportar o custo dessas indenizações.

Por fim, trouxe, ainda, dados estatísticos diametralmente opostos em relação àqueles expostos pelos ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki, afirmando que entre 2006 e 2016, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos, sendo que 3,3% providos parcialmente, chegando-se a quase um terço de modificações em instância extraordinária.

Assim, terminou o então presidente da Suprema Corte por conceder a ordem, acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Decano Celso de Mello.

## 5 CONCLUSÃO

A partir quanto trazido nos capítulos anteriores, faz-se necessário, por fim, analisar os pontos principais do trabalho para que seja possível tecer algumas considerações a respeito da polêmica execução provisória da pena.

De início, viu-se que o princípio da presunção de inocência é essencial ao Estado Democrático de Direito, estando expressamente previsto em diversos tratados internacionais. No Brasil, esse princípio encontra-se disposto expressamente no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a qual fez questão de estabelecer o marco temporal em que persistirá a garantia constitucional da presunção de inocência, qual seja, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O Código de Processo Penal brasileiro, por ter sido editado em momento histórico não democrático, conforme foi demonstrado nos capítulos anteriores, trouxe diversos dispositivos incompatíveis com a Constituição Federal promulgada em 1988.

Entretanto, mesmo com o advento da CF/88, os tribunais continuaram executando a pena provisória indiscriminadamente. Foi quando, em 2006, no julgamento da Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 89.754 abriu-se uma nova perspectiva acerca do alcance do princípio da presunção do estado de inocência. Porém, até 2009, certo é que a Suprema Corte continuou a divergir acerca do tema, de modo que a primeira e a segunda turma proferiam decisões conflitantes com frequência, gerando uma grande insegurança jurídica.

Assim, como foi visto, foi com o Habeas Corpus nº 84.078/MG que a discussão foi levada ao plenário da Corte e os ministros, por maioria, decidiram pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Dentre os argumentos suscitados, tomam destaque a irreversibilidade do dano decorrente de uma prisão injusta, a incompatibilidade da execução antecipada da pena com os princípios da dignidade humana, proporcionalidade e presunção de inocência e a revogação tácita do art. 637 do Código de Processo Penal pelo art. 164 da Lei de Execução Penal.

Após a consolidação desse entendimento, diversas alterações foram promovidas no ordenamento pátrio no sentido de ajustar a legislação à ordem constitucional.

Entretanto, no julgamento do HC 126.292/SP, a Suprema Corte terminou por alterar, mais uma vez, o seu posicionamento a respeito do tema. Dessa vez, a

mudança no entendimento se deu principalmente em razão da mudança na composição dos membros da Corte, eis que não é possível observar mudança fática relevante capaz de justificar a retomada do entendimento que havia sido superado, destarte à alegação dos ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Luiz Fux de que a impunidade e o número de recursos protelatórios haviam crescido significativamente após a adoção do entendimento de que a execução provisória da pena não seria compatível com a Constituição Federal de 1988.

As principais alegações feitas para justificar esse retorno ao entendimento velho foram: (i) a matéria fática-probatória se esgota com a decisão proferida pelo segundo grau de jurisdição, momento em que se constata a materialidade e autoria do crime, o que é vai de encontro ao próprio conceito de trânsito em julgado da decisão; (ii) princípio não é regra e, portanto, não é absoluto, sendo possível a sua flexibilização; (iii) a possibilidade de executar a pena provisoriamente aumenta a eficácia da justiça e diminui a tentação dos magistrados em prenderem o investigado logo no início do processo; e, (iv) os principais países desenvolvidos e notadamente democráticos permitem a execução antecipada da pena, comparação essa que se faz inadequada em virtude da particularidade da Constituição Federal brasileira ao estabelecer marco temporal para determinar o alcance do princípio da presunção de inocência.

Porém, a conclusão que se chega é que o instituto da execução provisória da pena não é compatível com a Constituição Federal de 1988, uma vez que está em conflito direto com o marco temporal estabelecido para o princípio da presunção de inocência, de modo que este se encontra expressamente vinculado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que até então deverá ser plenamente respeitado.

Nesse sentir, o artigo 637 do Código de Processo Penal, que dispõe acerca da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários em matéria penal, deve ser interpretado nos moldes da Constituição Federal, de modo que seja atribuído efeito suspensivo aos recursos interpostos em face de sentenças penais condenatórias, uma vez que o indiciado estaria protegido do cumprimento antecipado da pena pelo próprio texto constitucional.

Apesar da revisão no entendimento jurisprudencial, é certo que ela não se deu em controle concentrado de constitucionalidade e, portanto, não possui efeito vinculante aos demais órgãos, devendo-se aguardar a decisão final da Suprema

Corte no julgamento das Ações Direta de Constitucionalidade nº 43 e 44, em que, para que seja mantido o entendimento de que a execução provisória da pena é possível e não infringe a constituição brasileira, será necessário declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403, de 2011, eis que esse dispositivo é claro ao somente autorizar a prisão casos de flagrante delito, prisão preventiva, prisão provisória e sentença condenatória transitada em julgado.

Ademais, é possível concluir, também, que, destarte a sociedade brasileira estar, compreensivelmente, cansada de tanta impunidade, sobretudo no que concerne à postergação ou não cumprimento da pena por notáveis detentores de poderes político e econômico, não é possível atender aos anseios sociais violando princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

A falta de efetividade da condenação não é fruto da garantia constitucional de execução da decisão somente após o trânsito em julgado. Encontramo-nos diante de um Poder Judiciário extremamente sobrecarregado e a frente de um ordenamento jurídico que possui um número interminável de recursos a serem interpostos.

Portanto, é possível concluir que a maneira correta de alcançar um judiciário justo e eficaz não é suprimindo garantias e preceitos fundamentais, mas sim se debruçando sobre as verdadeiras questões que implicam na falta de efetividade das condenações penais para propor soluções adequadas e que, principalmente, não violem a Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã por simbolizar a formalização de princípios sociais e políticos instituídos no país, bem como por colocar um fim no regime da ditadura militar.

## REFERÊNCIAS

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Promulgada em 02 de outubro de 1789. Disponível em: <[https://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html)>. Acesso em: 24 de nov. de 2018.

FRANÇA. **Declaração Americana de Direitos e Deveres**. (1948). Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm). Acesso em: 25 de nov. de 2018.

FRANÇA. Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 de nov. de 2018.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Dos delitos e das penas**. São Paulo. Atena Ed.1954.

BRASIL. **Decreto nº 678**. Promulgado em 06 de Novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 79. Disponível em: <<https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/08/fernando-capez-curso-de-processo-penal-2014.pdf>>. Acesso em: 13 de nov. de 2018.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo**. Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo/>>. Acesso em: 04 de jun. de 2018.

BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210**, pg. 19. Promulgada em 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 de mai. de 2018.

BRASIL. **Súmula 716/STF** - 09/10/2003. Pena. Execução. Progressão do regime antes do trânsito em julgado da sentença. Admissibilidade. Lei 7.210/84 (LEP), art. 112. 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: 21 de mai. de 2018.

BRASIL. **Súmula 717/STF** - 13/10/2003. Pena. Execução. Progressão do regime antes do trânsito em julgado da sentença. Admissibilidade. Lei 7.210/84 (LEP), art.

112. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>>. Acesso em: 21 de mai. de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 19**, de 29 de Agosto de 2006. Dispõe sobre a execução penal provisória. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_19.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_19.pdf)>. Acesso em: 04 de jun. de 2018.

BRASIL. **Súmula 347/STJ** – 23/04/2008. *Habeas corpus*. Incompatibilidade do art. 595 do Código de Processo Penal com a vigente Lei de Execução Penal. Concessão da ordem para abastar a deserção decretada e ensejar o julgamento do apelo. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012\\_30\\_capSumula347.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf)>. Acesso em: 21 de nov. de 2018.

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 31 de mar. de 2018.

SANCHES CUNHA, R. **Execução provisória da pena: não cabimento quando presente na sentença condição expressa do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena**. 17 de abril de 2017. <http://meusitejuridico.com.br/2017/04/17/execucao-provisoria-nao-cabimento-quando-presente-na-sentenca-condicao-expressa-transito-em-julgado-para-o-inicio-cumprimento-da-pena>. Acesso em: 1º de abril de 2018

KUEHNE, Maurício. **Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”**. Revista dos Tribunais, v. 725/1996, p. 424, mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176354/000499424.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Junho de 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. **A prisão em decorrência de sentença penal condenatória**. Revista de Processo, v. 51/1988, p. 168 – 179, jul./set. 1988. Pg. 03. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16013637.pdf>>. Acesso em: 20 de out. de 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.105**. Promulgada em 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Pg. 150. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. **Súmula 267/STJ** – 22/05/2002. Penal. Processual. Homicídio. Júri. Apelação. Condenação mantida. Mandado de prisão. Recurso especial. *Habeas corpus*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_20\\_capSumula267.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf)>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

AFONSO DA SILVA, J. **Parecer**, pg. 7. 28 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/versao-2parecer-prof-jose-afonso-da-silva-minpdf-teste-ilovepdf-compressed-1.pdf>>. Acesso em: 02 de abr. de 2018.

JR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: do conceito de**

**trânsito em julgado da sentença penal condenatória (parecer).** Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016, p. 17. Disponível em: <[https://emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](https://emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 26 de nov. de 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Significados da Presunção de Inocência, in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**, coordenação de JOSE DE FARIA COSTA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2.006, pág. 326

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, Saraiva, São Paulo, 1.991, pág. 86.

LUIZ STRECK, Lênio. **A presunção da inocência e meu telescópio: 10 pontos para (não) jejuar.** 02 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/streck-presuncao-inocencia-10-pontos-nao-jejuar>>. Acesso em: 03 de abr. de 2018.

VELLOSO, Carlos. **Carlos Velloso e a jabuticaba brasileira.** 26 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/carlos-velloso-e-jabuticaba-brasileira/>>. Acesso em: 31 de mar. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. **Habeas Corpus nº 89.754 Bahia.** Criminal. Relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc89754.pdf>>. Acesso em: 25 de out. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. **Habeas Corpus nº 84.078-7 Minas Gerais.** Criminal. Relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 25 de out. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. **Habeas Corpus nº 126292 São Paulo.** 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. Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 1º de jun. de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!** De 26 de fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 22 de out. de 2018.