



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JÚLIA VALE MACIEL

**ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2018

JÚLIA VALE MACIEL

**ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como monografia para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Theodoro Corrêa de Carvalho

BRASÍLIA

2018

JÚLIA VALE MACIEL

**ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como monografia para a
obtenção do título de Bacharel em Direito,
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais - FAJS do Centro Universitário de
Brasília (UnICEUB).

Orientador: Professor José Theodoro
Corrêa de Carvalho

BRASÍLIA, ____ de _____ de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Professor José Theodoro Corrêa de Carvalho

Professor(a) Examinador(a)

RESUMO

O presente trabalho irá abordar o tema da execução provisória da pena dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade da aplicação da execução provisória da pena é uma questão que vem sendo discutida bem antes de 2009 por todos os juristas e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Os pontos mais relevantes do tema do presente trabalho são se a execução provisória da pena viola ou não o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, se tal artigo deve ser interpretado de forma literal ou extensiva e como devem ser aplicadas todas as normas previstas no ordenamento jurídico penal que abordam matérias sobre a execução da pena. Para expor tais pontos, entre outros, será feita uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, juntamente com entendimentos de doutrinadores contra e a favor da execução provisória da pena. Dessa forma, será possível ter uma visão ampla de ambos os lados para ao fim concluir qual o melhor momento para se iniciar o cumprimento da pena.

Palavras-chave: execução provisória da pena. princípio da presunção de inocência. caminhos da persecução penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1.O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	8
1.1A extensão da presunção de inocência dentro do ordenamento jurídico	8
1.2 O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro	11
1.3 A adequada nomenclatura para o princípio da presunção de inocência	14
2. CAMINHOS DA PERSECUÇÃO PENAL	17
2.1 Processo e Procedimento	18
2.2 Procedimento Comum	18
2.2.1 <i>Procedimento Comum Ordinário</i>	19
2.2.2 <i>Procedimento Comum Sumário</i>	21
2.2.3 <i>Procedimento Comum Sumaríssimo</i>	23
2.3 Recursos	23
2.3.1 <i>Recurso em sentido estrito</i>	24
2.3.2 <i>Apelação</i>	27
2.3.3 <i>Embargo de Declaração</i>	29
2.3.4 <i>Embargos Infringentes e de nulidade</i>	29
2.3.5 <i>Recurso especial e extraordinário</i>	30
2.3.6 <i>Recurso Ordinário Constitucional</i>	32
2.3.7 <i>Embargos de Divergência</i>	33
2.3.8 <i>Agravo em execução criminal</i>	33
2.4 Execução Penal	34
3. O MOMENTO CORRETO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA	37
3.1 Fundamentos a favor da execução provisória da pena	38
3.2 Fundamentos contra a execução provisória de pena	41
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a execução provisória da pena, que, segundo, o Supremo Tribunal Federal (STF) pode ser aplicado após a confirmação da condenação em 2ª instância.

Entende-se que tal tema tem relevante importância, pois a constitucionalidade da aplicação da execução provisória da pena após a confirmação da condenação em 2ª instância vem sendo questionada em discussões no STF e está tendo repercussão na vida de muitos réus e na própria na sociedade.

O questionamento quando à constitucionalidade da execução provisória da pena se justifica pela necessidade de esclarecimento se tal prisão viola ou não o que é previsto no art. 5º, VLII, da Constituição Federal (CF), com relação ao trânsito em julgado e ao princípio da presunção de inocência, pois diante de uma interpretação literal desse artigo entende-se que o acusado só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, o réu só poderá cumprir a pena após exaurimento dos recursos cabíveis.

Assim, já de início, pode-se perceber que a execução provisória da pena tem intensa relação conflituosa com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e que tal princípio, por estar previsto na Constituição Federal de forma clara, visto que são temas controversos, cujos aspectos serão analisados no presente trabalho.

Dessa forma, o primeiro capítulo deste trabalho será reservado para tratar sobre o princípio da presunção de inocência, visando expor sua extensão no ordenamento jurídico nacional e internacional. Nesse capítulo será apresentado em quais ordenamentos, leis ou tratados pode ser encontrado o princípio da presunção de inocência.

O segundo capítulo será destinado para a apresentação e explicação dos ritos processuais penais e seus principais recursos cabíveis durante a persecução penal. Nesse capítulo será possível construir mentalmente uma visão como um todo de todos os ritos processuais penais e qual a função, efeitos e objetivos de cada recurso.

Após a leitura do primeiro e do segundo capítulo, será possível ter compreensão acerca da importância do princípio da presunção de inocência no processo penal e como se dá a persecução penal e seus principais recursos.

Por fim, no terceiro capítulo, após uma breve explicação cronológica acerca da jurisprudência do STF sobre o tema em questão, serão analisados todos os argumentos a favor e contra a execução provisória da pena, ambos terão como fonte decisões do Supremo Tribunal Federal, dando mais enfoque nos julgamentos do *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7/MG e 126.292/SP/SP, e os posicionamentos de doutrinadores e juristas acerca do tema.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 A extensão da presunção de inocência dentro do ordenamento jurídico

O princípio da presunção de inocência tem seu marco inicial no final do século XVIII, na Europa Continental, período em que surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, pois o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia,¹ isto é, o acusado era tido como um objeto no processo penal e não possuía qualquer garantia².

Assim, durante o período inquisitório, quando havia dúvida quanto à culpabilidade do acusado, presumia-se a favor da culpabilidade, pois a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e conseqüentemente uma pena leve.³

O ato de insurgir-se contra o sistema inquisitório significou proteger o cidadão do arbítrio do Estado, que sempre o presumia, como regra, culpado.⁴ A proteção do cidadão também ganhou força em virtude da Revolução Francesa que fez surgir o diploma dos direitos e garantias fundamentais do homem, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.⁵ Nesse diploma o princípio da presunção de inocência ficou previsto da seguinte forma:

Artigo 9º: **Todo o homem é considerado inocente**, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.⁶

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência passou a instituir que o acusado fosse tratado com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção. Após a consagração do princípio da presunção de inocência na Declaração de Direitos Humanos do Homem e do Cidadão, ele foi previsto na

¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

² FILHO, Fernando Tourinho. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³ LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴ RANGEL, Paulo, *op. cit.*

⁵ RANGEL, Paulo, *op. cit.*

⁶ FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 26 fev. 2018. (grifei)

Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948, e também consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil.⁷

O princípio da presunção de inocência, como o próprio nome já diz, garante que toda pessoa seja considerada inocente até que seja provado o contrário. Segundo o doutrinador Pacelli, tal entendimento impõe duas regras específicas em relação ao acusado: a primeira, se refere a forma de tratamento que acusado deverá ter ao longo do iter persecutório, qual seja o de momento nenhum sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação⁸; a segunda, se refere ao ônus da prova, que fica sob a responsabilidade do Ministério Público ou da parte acusatória, no caso de a ação penal ser privada.⁹ Em relação ao ônus da prova, a defesa estaria apenas responsável em demonstrar a eventual incidência de excludentes de ilicitude e culpabilidade.¹⁰

As duas regras específicas que Pacelli estabelece se misturam na dimensão interna do processo penal, definida por Aury Lopes em seu livro sobre processo penal. Lopes explica¹¹ que o dever de tratamento atua na dimensão interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna está presente o entendimento que a carga da prova é inteiramente do acusador e que a dúvida deve conduzir a absolvição do acusado, ou seja, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Sendo assim, a presunção de inocência impõe, na dimensão interna ao processo, regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz.

Na dimensão externa ao processo, Lopes explica que, devido ao princípio tratado, há a proteção contra a publicidade abusiva, visto que a publicidade deve ser retida para evitar que haja um “bizarro espetáculo” acerca do fato criminoso e a estigmatização precoce do acusado. Ele também esclarece que esse princípio deve

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.

¹⁰ PACELLI, Eugênio, *op. cit.*

¹¹ LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ser utilizado como limitação ao poder midiático em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial¹².

Em sua obra *Processo Penal*, Nucci afirma que a presunção de inocência gera dois efeitos práticos¹³:

- a) o ônus da prova pertence à acusação, bastando ao réu negar a prática da imputação ou, simplesmente, invocar o seu direito ao silêncio;
- b) as medidas cautelares restritivas da liberdade, do patrimônio ou da intimidade devem ser decretadas com zelo e rigor, somente em situações efetivamente necessárias.

O principal foco desse princípio é a inocência que, para esse autor, é o estado natural do ser humano, ou seja, a pessoa nasce inocente e permanece nesse estado por toda a vida, a menos que o Estado comprove que ela tenha cometido alguma infração penal e, conseqüentemente, haja uma definitiva condenação criminal contra ela. Importante ressaltar que, essa definitiva condenação criminal deve ser acompanhada do trânsito em julgado do processo penal para que haja o afastamento absoluto do princípio da presunção de inocência especificamente no caso em concreto, isto é, da infração penal em foco no processo¹⁴.

Nucci classifica o estado de inocência como indisponível, irrenunciável e que constitui parte integrante da natureza humana, sendo merecedor de absoluto respeito, visto que é amparado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é um princípio essencial utilizado para limitar o *jus puniendi*¹⁵.

Embora afirme-se que a intervenção estatal deve ser mínima, visto que a inocência é o estado natural da pessoa, pode-se também afirmar que o princípio da presunção de inocência não se trata de preceito absoluto, sendo assim, possível a aplicação de prisões cautelares e de medidas invasoras à intimidade, desde que sejam visualizadas como autênticas exceções.¹⁶

¹² LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015..

¹⁴ *Id*, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*

Corroborando o entendimento anterior, o doutrinador Pacelli alega que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deve ser revestida de natureza cautelar, juntamente com a imposição de ordem judicial devidamente motivada¹⁷

Sobre a aplicação de cautelares, a doutrinadora Ana Flavia Messa diz que a prisão processual não ofende o princípio da presunção de inocência, quando é decretada a título cautelar para possibilitar o desenvolvimento do processo e de forma fundamentada.¹⁸

O doutrinador Guilherme Nucci, em sua obra sobre os princípios constitucionais penais¹⁹ explica que o princípio da presunção de inocência é um desdobramento lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. É com força do princípio da presunção de inocência que haverá a busca de enaltecer o ser humano no processo penal, resguardando a segurança pública na exata proporção da necessidade.²⁰

1.2 O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da presunção de inocência, é um princípio constitucional processual explícito, concernente ao indivíduo²¹, e está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.²²

Cabe ressaltar aqui que o trânsito em julgado, segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é uma expressão utilizada para indicar que não cabe mais recurso contra decisão judicial. Sendo assim, não podendo mais haver interposição de recurso, a decisão judicial passa a ser considerada como

¹⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁸ MESSA, Ana Flavia. *Curso de direito processual*. Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Id.* *Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.

²² BRASIL. *Constituição Federal* (de 22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. 01 mar. 2018.

definitiva²³, que sendo condenatória pode ensejar o cumprimento da pena aplicada no caso em concreto pela sentença.

O citado artigo impõe que toda privação de liberdade deve ser revestida de caráter cautelar, com ordem judicial devidamente motivada.²⁴ Essa motivação deve ser sempre amparada por fundamentação cautelar, devendo sempre a prisão ser tratada como exceção, isso é, em caráter temporário ou preventivo.

Destaca-se que a prisão provisória não fere o princípio previsto no art. 5º LVII, da CF, e que tal entendimento já é sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Vejamos:

Súmula 09 - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.²⁵

A fundamentação cautelar, para que haja a prisão temporária ou a preventiva, deve estar sempre em consonância com o artigo 282, do Código de Processo Penal (CPP), que contém a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.²⁶

O artigo acima citado, também prevê, em respeito ao princípio da presunção de inocência, o instituto do trânsito em julgado e que sem ele ninguém pode ser preso, ou seja, a lei brasileira veda expressamente a execução provisória da pena²⁷.

O Doutrinador Guilherme Nucci²⁸ alega que as prisões cautelares surgem como firmes disposições estatais para preservar a instrução criminal idônea, jamais podendo serem decretadas no intuito de antecipar a aplicação da pena. O autor

²³Brasil. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <<http://www.tjdf.jus.br/aceso-rapido/informacoes/vocabulario-juridico/entendendo-ojudiciario/trânsito-em-julgado>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

²⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁵ BRASIL. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

²⁶ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

²⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.

Pacelli ressalta que, embora haja a vedação da execução provisória, é possível haver exceções ao princípio da presunção de inocência, em virtude de situações e contexto absolutamente excepcionais, ou seja, predomina-se o entendimento de que o Direito é regras, mas também é exceção.²⁹

Além da proibição de decretar medidas cautelares com o intuito de executar provisoriamente a pena, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) entendeu que as medidas cautelares também não podem ser decretadas por motivos de ordem pública de forma genérica. Assim é a jurisprudência do TJ/RS:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. **AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CRITÉRIOS INCONSTITUCIONAIS.** {...} 2. PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA DE MODO GENÉRICO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INADMISSIBILIDADE. É inconstitucional utilizar a prisão provisória como pena antecipada para satisfazer o clamor público ou para lograr credibilidade às instituições, bem como pela alegação da garantia à ordem pública baseada apenas na gravidade do delito, porquanto viola o sistema constitucional de direitos fundamentais estruturado nas cláusulas do devido processo legal, presunção de inocência e proporcionalidade. Jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. **CONCEDERAM A ORDEM. UNÂNIME.**³⁰

Outro ponto importante sobre o princípio em questão é que ele impõe que o ônus probatório seja da acusação. Essa imposição é prevista no artigo 156, do Código de Processo Penal, que prevê que a prova da alegação incumbirá a quem fizer, ou seja, caberá à acusação o ônus de provar o que alega contra o acusado. O Superior Tribunal de Justiça segue a mesmo entendimento. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. {...} 9. **O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa**

²⁹ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus. HC 70035687532/RS. Terceira Câmara Criminal. Paciente: Pamela Tais Gomes Machado. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, 06 de maior de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=HC+70035687532&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 26 mar. 2018. (grifei)

- **sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação** -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. {...} TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.³¹

1.3 A adequada nomenclatura para o princípio da presunção de inocência

Acerca da terminologia do princípio da presunção de inocência há algumas discussões sobre qual seria a mais adequada. Há doutrinadores brasileiros que entendem que a melhor terminologia seria “presunção da não-culpabilidade”, outros entendem que o melhor seria “presunção de inocência” mesmo e outros que entendem que ambas as terminologias são adequadas.

Os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues afirmam que o princípio da presunção de inocência é equivalente à nomenclatura princípio de não-culpabilidade, mesmo ambos concordando que a redação do art. 5º, LVII, da CF, enseja uma distinção entre as citadas nomenclaturas.³²

Em contraponto aos autores acima, o autor Paulo Rangel³³ esclarece em seu livro de Processo Penal que não adota a terminologia “presunção de inocência”, pois alega que se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado do processo, ele também não pode ser considerado presumidamente inocente. Diante da literalidade do art. 5º, LVII, da CF, que declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o mencionado autor alega que uma coisa é ter certeza da culpa, outra, bem diferente, é presumi-la.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1643051/MS. Terceira Seção. Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: A. L. S. Dos S. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603259674&dt_publicacao=08/03/2018>. Acesso em: 28 mar. 2018. (grifei).

³² TÁVORA, Nestor; RODRIGUE ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

³³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Rangel³⁴ explica que o juiz, ao analisar os autos do processo, faz uma operação mental no campo da presunção. Essa operação ocorre mediante a ligação entre um fato e outro, isto é o juiz irá analisar os fatos indicados em decorrência das provas presentes nos autos, ligando-as conforme se dá a sua operação mental. Sendo assim, o juiz pode concluir que a condenação é a aplicação correta e justa da lei, o que indica a presunção da culpa ou, ao contrário, que a absolvição é a aplicação correta e justa da lei, o que indica a presunção de inocência.

Ressalta-se que tanto a presunção da não culpabilidade quanto a presunção de inocência não ferem a Constituição Federal e que vão se tratar de presunção *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma ou não da sentença pelo tribunal, ou seja, consiste em uma presunção relativa, válida até prova em contrário³⁵.

Com o objetivo de ilustrar melhor o que quer explicar, Rangel dá um exemplo vivido por ele mesmo, qual seja:

Um aluno estava em pé, na frente da turma, fazendo a apresentação de um trabalho e nós sentados na última cadeira, no final da sala, observando a tudo e a todos. Eis que adentra na sala um aluno novo, que havia sido transferido de turno e que não conhecia ninguém. Sentou ao nosso lado e disse: “Caramba, professor novo esse cara!” Ficamos quietos e apenas sorrimos. No final do trabalho, o aluno nos perguntou se a apresentação foi boa. Nós nos levantamos, assumimos nosso lugar e elogiamos a apresentação. E o aluno novo disse: “Pensei que esse garoto fosse o professor, já ia embora.” Conclusão: o aluno novo, ao entrar na sala, fez uma presunção, ligando um fato a outro, qual seja: aquele que fala na frente de uma turma, em pé, explicando a matéria, é o professor. Aqueles que estão à sua frente sentados são os alunos. Sua presunção é *juris tantum*, o que significa dizer, admite prova em contrário e foi derrubada no momento em que levantamos e assumimos nosso verdadeiro papel³⁶.

Diante do exemplo, o autor conclui que o aluno novo fez uma presunção *juris tantum* ao entrar na sala de aula, que foi derrubada pelo ato dos professores se levantarem e assumirem o verdadeiro papel de professor. É com esse exemplo que o autor ilustra uma situação que também pode acontecer no mundo jurídico, quando o juiz, por exemplo, condena ao presumir a culpa, pois, pode haver a interposição de

³⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

algum recurso do réu e o tribunal entender pela absolvição, que conseqüentemente irá derrubar a presunção de culpa. O autor finaliza o raciocínio dizendo que a Constituição Federal veda considerar o acusado culpado e não de presumir³⁷.

Diferente da discussão que ocorre entre os doutrinadores brasileiros, em que se discute se a terminologia adequada, segundo o art. 5º, LVII, da CF, seria “presunção da não-culpabilidade” ou “presunção de inocência”, no ordenamento jurídico internacional tem-se de forma clara qual seria a terminologia adequada.

No ordenamento jurídico internacional a presunção de inocência está prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos em seu artigo 8º, 2, que dispõe sobre as garantias judiciais. Vejamos:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa³⁸.

A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado.

Além de ser previsto pela Corte Interamericana, o princípio da presunção de inocência também pode ser encontrado nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 11º, 1, com a seguinte redação:

Artigo 11º - Toda pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas³⁹.

Dessa forma nota-se que o termo utilizado internacionalmente é o “princípio da inocência”, o que demonstra uma conotação menos grosseira do que o termo “presunção da não culpabilidade”.

³⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁸ Costa Rica. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos* (em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. 5 abr. 2018.

³⁹ FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>

2. CAMINHOS DA PERSECUÇÃO PENAL

Inicialmente cabe destacar que, o direito penal, conforme aduz o autor Aury Lopes⁴⁰, está baseado sobre o trinômio ação-jurisdição-processo. Quanto à ação, o autor explica que é um direito de possuir o poder de acusar, público, autônomo, abstrato e que, segundo o autor Pacelli, “ {...} diz respeito a um momento anterior à formação do processo, no qual se examinam as hipóteses em que seria possível, e sob quais circunstâncias, a provocação da jurisdição.”⁴¹.

Quanto à jurisdição, Aury Lopes⁴² diz que é aquela que se reveste do caráter de direito fundamental, que também afeta a concepção de competência e quanto ao processo, ele diz que é um conjunto de situação processuais dinâmicas, que irão gerar expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas, pelas quais as partes no fim irão se deparar com uma sentença absolutória ou condenatória. Sobre o processo, Pacelli⁴³ afirma que é por meio dele que a jurisdição se manifesta, pois sua finalidade engloba dar o devido provimento judicial final, com a solução da controvérsia e a concretização da atuação do direito.

Em outras palavras, Paulo Rangel diz que “Instaurado o processo, através do exercício do direito de agir que deflagrou a jurisdição, cria-se um vínculo entre os sujeitos que funcionará até a solução do caso penal.”⁴⁴. Em virtude desse vínculo entre os sujeitos (réu, autor e juiz) que atuaram no processo houveram duas teorias que tentaram explicar a natureza jurídica do processo penal e uma teoria, que é atualmente a majoritária.

Segundo Paulo Rangel⁴⁵ a primeira teoria a tentar explicar a natureza jurídica do processo foi a contratualista, que via no processo um acordo entre as partes em aceitar o que era decidido pelo juiz, ou seja, o acordo era visto como um contrato entre as partes. A segunda foi a teoria do quase contrato, que entendia que as vontades das partes não eram totalmente livres, a ponto de justificar um contrato propriamente dito, mas, sim, um quase contrato.

⁴⁰ LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴² LOPES, Aury, *op. cit.*

⁴³ PACELLI, Eugênio, *op. cit.*

⁴⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁵ *Ibid.*

Atualmente, a teoria majoritária é a teoria da relação jurídica, que segundo Paulo Rangel⁴⁶, entende que a relação jurídica é o vínculo entre dois ou mais sujeitos, em que lhe são atribuídos poderes, ônus, direito, faculdades, deveres, obrigações e sujeições. Dessa forma, pode-se dizer que o processo é a relação jurídica em que “ {...} há uma forte ligação entre o autor e o juiz (e vice-versa) e entre este e o réu (e vice-versa) e entre este e o autor (e vice-versa). ”⁴⁷.

Dessa forma, conclui-se as relações jurídicas no processo podem ocorrer de diversas formas e é, nesse sentido, que Pacelli⁴⁸ afirma que o processo é o gênero e que dentro desse gênero há diferentes procedimentos que podem ser adotados conforme o caso concreto.

2.1 Processo e Procedimento

Importa neste momento fazer a diferenciação de processo para procedimento. Segundo Nucci⁴⁹, o processo é uma sequência de atos vinculados, que tendem a finalidade de propiciar ao juiz a aplicação da lei ao caso concreto, já o procedimento é o modo pelo qual se desenvolve o processo. Nucci afirma que, seguindo do devido processo legal, o magistrado deve respeitar os procedimentos determinados em lei para cada caso concreto, sob pena de nulidade do processo.

Paulo Rangel explica que o CPP, em seu livro II, trata dos processos em espécie com o Título I, sobre o processo comum, e com o Título II, sobre os processos especiais. No entanto, ele afirma que tais nomenclaturas são equivocadas, pois, como já visto, não se fala em processo comum, em espécie ou especiais e sim em procedimento comum ou especial. Assim, a Lei nº 11.719/2008 reformou o CPP quanto ao tema e distinguiu procedimento de processo.

2.2 Procedimento Comum

O artigo 394, do Código de Processo Penal, prevê da seguinte forma o procedimento comum:

⁴⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo.

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.⁵⁰

Observa-se que dentro do procedimento comum há 3 ritos: o ordinário, sumário e sumaríssimo. Vejamos como se procede cada um:

2.2.1 Procedimento Comum Ordinário

No rito ordinário o processo, como já visto, se aplica aos crimes cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 anos de pena privativa de liberdade. Neste rito, Nucci⁵¹ explica que o ajuizamento da ação penal ocorre com o recebimento da denúncia ou da queixa, mas antes de ser recebida, conforme o artigo 395, do Código de Processo Penal, o juiz ao analisá-la poderá também rejeitá-la quando:

- I. Ela for manifestamente inepta;
- II. Faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação;
- III. Faltar justa causa para o exercício da ação penal⁵².

A denúncia ou a queixa deve estar de acordo com os elementos estipulados no artigo 41, do CPP, sob pena de rejeição, por ser considerada manifestamente inepta. O artigo 41, do CPP prevê que:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a **exposição do fato criminoso**, com todas as **suas circunstâncias**, a **qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo**,

⁵⁰ BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵² BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas⁵³.

Nucci⁵⁴ explica que a exposição do fato refere-se à narrativa do fato criminoso, as circunstâncias aquelas que envolvem o delito na forma de qualificadoras ou causas de aumento. Quanto à qualificação do acusado, quando não se souber o nome, o artigo 259, do CPP, prevê que: “A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física”⁵⁵.

A classificação do crime é em relação à tipicidade ou definição do fato jurídico, podendo o acusado se defender dos fatos alegados solicitando o reconhecimento de outra tipicidade, o mesmo podendo o juiz de ofício, ao término da instrução, nos termos do artigo 383, do CPP. Por fim, havendo a necessidade, a parte acusatória pode apontar até o máximo de 8 testemunhas, como previsto no artigo 401, do CPP.

Havendo o recebimento da denúncia ou queixa, o artigo 396, do CPP, impõe que o juiz deverá ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias. Nucci⁵⁶ esclarece que a resposta à acusação equivale à defesa prévia e, conforme o artigo 396-A, do CPP, deve conter preliminares, onde a defesa poderá arguir falhas e vícios a serem sanados, justificações alegando excludentes de ilicitude, o oferecimento de novos documentos, propositura de novas provas a serem realizadas e a apresentação do rol de testemunhas, que também terá o limite de oito como na queixa ou denúncia.

O autor Nucci salienta que a apresentação da resposta à acusação é imprescindível, devendo o magistrado nomear um defensor para apresentá-la em 10 dias caso o acusado deixar de apresentá-la, bem como é imposto pelo artigo 396-A, §2º, do CPP.

⁵³ BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018. Acesso em: 21 jul. 2018. (grifei).

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit.*

Após a apresentação da resposta à acusação, o artigo 397, do CPP, estipula que o juiz deverá absolver o acusado quando verificar as seguintes hipóteses:

- I. a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II. a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
- III. que o fato narrado evidentemente não constitui crime;
- IV. extinta a punibilidade do agente.⁵⁷

Não sendo o caso de absolvição sumária, o juiz, seguindo o artigo 399, do CPP, designará dia e hora para a audiência, que deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias, conforme o artigo 400, do CPP. Esse último artigo também prevê que na audiência irá proceder-se a tomada de declarações do ofendido, das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e dos peritos. Em seguida se dá às acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, o interrogatório do acusado.

De acordo com o artigo 402, do CPP, ao final da audiência as partes podem requerer diligências, de forma oral. Caso haja tais requerimentos as partes deverão apresentar as alegações finais por memoriais no prazo de 5 dias e, no prazo de 10 dias, o juiz irá proferir a sentença (artigo 404, do CPP). As alegações finais também poderão ser apresentadas por memoriais quando o juiz entender pela complexidade do caso ou números de acusados, como previsto no art. 403, §3º, do CPP.

Não havendo o requerimento de diligências, serão oferecidas alegações finais orais por 20 minutos, respectivamente, para a acusação e para a defesa, podendo ser prorrogável por mais 10 minutos e, em seguida, o juiz irá proferir a sentença (art. 403, do CPP).

2.2.2 Procedimento Comum Sumário

O procedimento sumário, conforme o artigo 394, incisos II, do CPP, é aplicável aos casos de crimes cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, e está previsto no capítulo V, do CPP.

⁵⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018. Acesso em: 21 jul. 2018.

Bem como explicado pelo doutrinador Nucci⁵⁸, o nome sumário “é qualidade do que é resumido”, isso é, seu objetivo é simplificar a finalização do processo ordinário.

Nucci⁵⁹ ensina que esse procedimento inicia-se da mesma forma que no procedimento comum ordinário. Assim que recebida a denúncia ou a queixa, ordena-se a citação do acusado para apresentar a resposta à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias. Cabe diferenciar aqui, que no processo comum sumário o número de testemunhas que poderão ser arroladas tanto pela acusação quanto pela defesa será no máximo de 5, conforme é previsto no artigo 532, do CPP.

Apresentada a resposta à acusação, o juiz poderá absolver o acusado com base no artigo 397, do CPP, se entender pelo cabimento das hipóteses já expostas. Se o juiz assim não entender, designará a audiência de instrução e julgamento, no prazo de 30 dias, como estipulado pelo artigo 531, do CPP, e que será constituída pela mesma sequência das tomadas das declarações e interrogatório como no artigo 400, do CPP.

Quando houverem testemunhas para serem ouvidas por precatória, Nucci ensina que o magistrado deve exigir a carta logo após a apresentação da resposta à acusação, podendo essa declaração ser feita por videoconferência, com base no art. 222, §3º, do CPP. Nucci lembra também que o prazo para ocorrer a audiência é impróprio, ou seja, se não for cumprido, não acarreta sanção.⁶⁰

Após a produção de provas em audiência, as alegações finais neste procedimento deverão ser apresentadas oralmente, visto que, não há qualquer previsão de apresentação das alegações finais por memoriais.⁶¹ Dessa forma, com base no artigo 534, do CPP, as partes terão 20 minutos para fazerem as alegações finais, podendo ser prorrogado por mais 10 minutos, e no fim no juiz proferirá a sentença.

⁵⁸NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

2.2.3 Procedimento Comum Sumaríssimo

O procedimento sumário, conforme o artigo 394, incisos III, do CPP, é aplicável aos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, que segundo o artigo 61, da Lei nº 9.099/95, são “contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”⁶².

Importante salientar que esse procedimento deve ser orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, assim como previsto no artigo 62, da Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 9.099/95 prevê em seu artigo 60 a aplicação do instituto da transação penal para casos em que incide o procedimento comum sumaríssimo. No entanto se não houver a possibilidade da aplicação da transação, o rito a ser seguido é o especificado na mencionada lei, deixando assim, de ser aplicado o Código de Processo Penal.⁶³

De acordo com a Lei nº 9.099/95, a denúncia ou a queixa poderão ser apresentadas oralmente, sendo reduzidas a termo, já com o dia e hora da audiência marcados, como informa o artigo 78, da Lei nº 9.099/95. Nucci ensina que neste procedimento o limite para o número de testemunhas é 5 e que nesta audiência poderá ser, novamente, buscada a conciliação ou a aplicação da transação penal⁶⁴. Não sendo o caso, Nucci afirma que o defensor poderá apresentar a resposta à acusação e que, em seguida, o juiz receberá ou rejeitará a denúncia ou a queixa⁶⁵.

A audiência de instrução e julgamento se dará por analogia ao CPP e a sentença será dada a termo.

2.3 Recursos

No ordenamento jurídico brasileiro os recursos estão previstos no título II, do Código de Processo Penal. O artigo 574, do CPP, inicia o capítulo de recurso

⁶² BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

descrevendo que esses serão voluntários e, corroborando o mencionado artigo, Nucci estipula que os recursos deverão ser tempestivos e taxativos.⁶⁶

Segundo Nucci, o recurso é um direito da parte de se insurgir contra alguma decisão judicial e alega que se trata de garantia individual do duplo grau de jurisdição, visando assegurar que as decisões preferidas pelo juízo de 1ª instância não sejam únicas. Isso significa na possibilidade dessas decisões serem submetidas a um juízo de reavaliação por uma instância superior.⁶⁷

Além de conceituar, Nucci explica que os recursos são voluntários, pois sua interposição depende tão somente da vontade da parte, são tempestivos, pois possuem um prazo determinado para serem interpostos, e são taxativos, pois para o recurso ser interposto, ele deve estar expressamente previsto em lei.⁶⁸

Ainda sobre o conceito de recurso, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues afirmam que “Recurso é o meio destinado à impugnação das decisões, afigurando-se como remédio de combate a determinado provimento, dentro da mesma relação jurídica processual {...}”⁶⁹

2.3.1 Recurso em sentido estrito

O doutrinador Paulo Rangel, afirma que “Recurso, em sentido amplo, é todo meio de defesa pelo qual se impugna uma decisão.”⁷⁰, como por exemplo, o habeas corpus e a revisão criminal, e que o recurso, em sentido estrito, “é todo remédio jurídico processual pelo qual se visa o reexame, por um órgão jurisdicional superior, de uma decisão não transitada em julgado.”⁷¹.

Dessa forma, ele conclui que todos os recursos previstos na Lei Processual Penal são em sentido estrito, nominados pela lei, como, por exemplo, a apelação. No entanto, o artigo 581, do CPP, prevê um recurso inominado e suas 15 hipóteses de incidência de forma taxativa. Vejamos:

⁶⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ TÁVORA, Nestor; RODRIGUE ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

⁷⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁷¹ *Ibid.*

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

II - que concluir pela incompetência do juízo;

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV - que pronunciar o réu;

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

VI - (Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008)

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;

XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;

XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;

XVII - que decidir sobre a unificação de penas;

XVIII - que decidir o incidente de falsidade;

XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;

XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;

XXI - que manter ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;

XXII - que revogar a medida de segurança;

XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;

XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.⁷²

Diante dessas hipóteses, Nucci afirma que, o recurso em sentido estrito é cabível para impugnar as decisões interlocutórias do magistrado previstas no rol taxativo acima, não se admitindo ampliação por analogia, mas tão somente interpretação extensiva e as exceções previstas no rol, que são: a) decisão que concede ou nega habeas corpus; b) decisão que julga extinta a punibilidade do agente, pertinente ao mérito.⁷³

Outras informações importantes sobre este recurso é que seu prazo para interposição, conforme o artigo 596, *caput*, do CPP, é de 5 dias e seu indeferimento comporta interposição de carta testemunhável, prevista no artigo 639, do CPP, no prazo de 48 horas, não possuindo efeito suspensivo.

Conforme o doutrinador Pacelli leciona, em regra, o recurso em sentido estrito não tem efeito suspensivo. Ele só terá esse efeito quando a lei autorizar, como é no caso do art. 584, §1º, do CPP. Pacelli ensina que, com o efeito suspensivo, a interposição do recurso em sentido estrito contra decisão que denegou a apelação somente iria impedir a execução provisória do julgado, mas que se fosse interposto contra sentença condenatória, na qual fosse determinada a prisão, o efeito suspensivo não impediria a prisão, por efeitos cautelares.⁷⁴

Cabe analisar também o efeito regressivo que o recurso em sentido estrito possui, que, segundo Pacelli, permite a retratibilidade da decisão, isso é, trata-se da devolução da matéria impugnada.⁷⁵

Por fim, cumpre informar que o recurso em sentido estrito, em regra, é interposto por instrumento, ou seja, é apartado dos autos do processo principal, conforme prevê o artigo, 587, do CPP, para que ao final de seu julgamento o recurso seja anexado no processo principal ou traslado.

⁷² BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁷⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁷⁵ *Ibid.*

2.3.2 Apelação

O recurso de apelação está previsto entre os artigos 593 e 603, do CPP. Seu rol de incidência é previsto no artigo 593, do CPP, da seguinte forma:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.⁷⁶

Importa diferenciar aqui os temas que podem ser abordados na apelação contra decisão proferida por juiz singular e os temas que podem ser abordados na apelação contra decisão proferida pelo Tribunal do Júri. Pacelli⁷⁷ alega que, em regra, a fundamentação da apelação é ampla, isso é, pode ser impugnado qualquer aspecto da sentença.

No entanto, quando a apelação for contra sentença preferido pelo Tribunal do Júri, não se aceitará quaisquer impugnações, isso é, as impugnações deverão ser vinculadas às hipóteses legalmente admissíveis para a apelação, visto que, trata-se de jurisdição popular, integrada por leigos, escolhidos entre os representantes do povo. Assim, sobre o assunto, o STF sumulou tal entendimento:

Súmula 713 do STF: O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.⁷⁸

⁷⁶ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

⁷⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁷⁸ BRASIL. *Súmulas do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2580>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

As hipóteses que possibilitam a interposição do recurso de apelação perante o tribunal do júri estão previstas no artigo 593, do CPP, com a seguinte redação:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.⁷⁹

Sobre os efeitos do recurso de apelação, Pacelli ensina que a apelação tem efeito devolutivo, e por ser interposto até mesmo por termo nos autos, a devolução da matéria poderá ser completa.⁸⁰ Pacelli também ensina que, a apelação tem efeito suspensivo, com base no princípio da inocência, o que significa que se a sentença for condenatória e houver a interposição do recurso de apelação, não poderá haver a expedição da guia do cumprimento provisório da pena, visto que o artigo 5º, inciso LVII, da CF prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁸¹.

Como estabelecido pelo legislador no artigo 600, do CPP, o recurso de apelação terá prazo de 5 dias para ser interposto, podendo a parte apresentar apenas o termo do recurso, com base no art. 600, §4º, do CPP, para posteriormente, apresentar as razões do recurso de apelação perante o tribunal.

⁷⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁸⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁸¹ BRASIL. *Constituição Federal* (22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

2.3.3 Embargo de Declaração

Os embargos de declaração são previstos no artigo 382, do CPP com o seguinte texto:

Art. 382. Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão.⁸²

Diante da análise do dispositivo, pode-se auferir que o prazo para recurso de embargos de declaração é de dois dias. Além disso, também pode ser interposto perante decisão de 2ª Instância, com base no artigo 620, do CPP.

Pacelli informa que o julgamento dos embargos de declaração não poderá resultar na modificação do julgado, pois seu objetivo é apenas esclarecer pontos sobre os quais existam ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissões.⁸³

2.3.4 Embargos Infringentes e de nulidade

O artigo 609, §2º, do CPP, prevê a aplicação dos embargos infringentes e de nulidade quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, devendo ser opostos no prazo de 10 dias, a contar da publicação do acórdão.

O doutrinador Pacelli disserta que, embora o artigo 609, PÚ, do CPP exija a voluntariedade do recurso, o Supremo Tribunal Federal vem aceitando a aplicação do artigo 942, do Código de Processo Civil, que prevê que quando não houver a unanimidade no julgamento da apelação, o julgamento prosseguirá automaticamente com a convocação dos demais integrantes do órgão julgador.⁸⁴

Dessa forma, o mencionado doutrinador define assim os requisitos básicos de admissibilidade do recurso de embargos infringentes e de nulidade:

- a) a existência de decisão não unânime;
- b) que essa decisão seja desfavorável à defesa;

⁸²BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁸³ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁸⁴ *Ibid.*

c) que tenha sido proferida no julgamento de recurso em sentido estrito e de apelação. Entretanto, desde que em favor da defesa, até o Ministério Público poderá manejar os citados embargos, na condição de custos legis.⁸⁵

Pacelli ensina que a expressão “embargo infringente ou de nulidade” significa “a matéria impugnável é a mais ampla possível, incluindo até mesmo as questões processuais (daí, de nulidade).”⁸⁶

2.3.5 Recurso especial e extraordinário

Para entender o cabimento de cada recurso deste tópico é preciso esclarecer que cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar questões que tutelam a legislação infraconstitucional e ao Supremo Tribunal Federal julgar questões da própria constituição.

Dessa forma, pode-se dizer que STJ julgará, pela via do recurso especial, causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios quando:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

{...}

III - julgar, **em recurso especial**, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;**
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;**
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.**⁸⁷

E quanto ao STF, caberá julgar, pela via do recurso extraordinário, quando a decisão recorrida:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

⁸⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ BRASIL. *Constituição Federal* (22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018. (grifei).

{...}

III - julgar, **mediante recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;**
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;**
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.**
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.⁸⁸**

Acerca do procedimento tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário, Pacelli ensina que ele é disciplinado pela Lei nº 13.105/15, em seus artigos 1.029 ao 1.035. Extraí-se da mencionada lei que o prazo para a interposição de ambos os recursos é de 15 dias.

Após a interposição, haverá o juízo de admissibilidade do recurso, momento em que se verificará se o recurso possui todos os requisitos para sua admissibilidade, como, por exemplo, quando o recurso for interposto com base em um dissídio jurisprudencial, que com base no art. 1.029, do CPP, o recorrente deverá juntar ao recurso certidão, cópia ou citação do repositório jurisprudencial do acórdão divergente.

Pacelli⁸⁹ lembra que quando houver a interposição dos recursos simultaneamente, o julgamento do recurso extraordinário aguardará o julgamento do recurso especial, ou seja, os recursos serão encaminhados primeiro para o STJ e depois para o STF, conforme é estipulado no artigo 1.031, da Lei nº 13.105/95.

Quando os recursos não forem admitidos, caberá agravo, que poderá ser agravo em recurso especial ou agravo em recurso extraordinário, com base no artigo 1.030, da Lei nº 13.105/95.

Por fim, cabe ressaltar que o artigo 1.029, §5º, da Lei nº 13.105/95 prevê a possibilidade excepcional de requerer o efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários.

⁸⁸BRASIL. *Constituição Federal* (22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018. (grifei).

⁸⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

2.3.6 Recurso Ordinário Constitucional

O recurso ordinário é de competência tanto do STJ quanto do STF. Quanto ao STJ as hipóteses de incidência do recurso ordinário são previstas no artigo 105, inciso II, da CF. Vejamos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

{...}

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País⁹⁰

Quanto ao STF as hipóteses de incidência do recurso ordinário são previstas no artigo 102, inciso II, da CF. Vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político⁹¹

Quanto aos efeitos, Pacelli, afirma que o recurso ordinário possui efeito devolutivo, podendo o tribunal conhecer toda a matéria de fato e de direito impugnada.⁹² E quanto à sua interposição, deverá ser no prazo de 5 dias, com base no artigo 30, da Lei nº 8.038/90.

⁹⁰BRASIL. *Constituição Federal* (22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

2.3.7 Embargos de Divergência

Os embargos de divergência estão previstos no artigo 1.043, do CPC, que estabelece que:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; {...}

III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; {...}⁹³

Pacelli observa que a divergência apenas se dará em relação as questões de direito, visto que, os recursos especiais e extraordinários têm como pressuposto a possível violação da legislação infraconstitucional ou da própria Constituição.⁹⁴

2.3.8 Agravo em execução criminal

O agravo em execução é previsto pelo artigo 197, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que também prevê que o agravo se dará sem efeito suspensivo.

Destaca-se que o magistrado mencionado no artigo citado se refere ao juiz da execução penal, ou seja, o agravo em execução será cabível contra todas as decisões proferidas pelo juiz da execução penal.

Pacelli entende que o procedimento que deve ser adota quanto ao agravo em execução é o mesmo procedimento adotado do recurso em sentido estrito, visto que é adaptado à teoria dos recursos em matéria processual penal e que permite mais celeridade do juízo de retratação do órgão jurisdicional *a quo*.⁹⁵

O prazo de interposição do agravo em execução está sumulado pelo STF, que estabeleceu o prazo de 5 dias para a sua interposição.

⁹³ BRASIL. *Código de Processo Civil* (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

⁹⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁹⁵ *Ibid.*

Por fim, com base no art. 195, da LEP, o agravo em execução poderá ser manejado pelo MP ou pelo condenado, ou seu cônjuge, representante, parente ou descendente.

2.4 Execução Penal

Segundo o autor Norberto Avena⁹⁶ o direito de execução penal é o ramo do direito destinado a regular a execução penal, que tem como fim a solução de questões relacionadas ao cárcere e questões sobre o estabelecimento de medidas que visem à reabilitação do condenado, em outras palavras, é o direito que rege o processo de cumprimento da sentença penal e seus objetivos.

Cabe esclarecer, segundo o autor Rodrigo Estrada⁹⁷, que o processo de conhecimento se difere do processo de execução penal, visto que o primeiro analisa um fato típico, antijurídico e culpável, com base em provas, que pode ou não acarretar uma sentença condenatória, já o segundo tem o objetivo de efetivar a sentença condenatória ou decisões criminais, conforme prevê o artigo 1º, da Lei de Execução Penal (Lei nº7.210/84), que assim dispõe: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”⁹⁸

Apesar de ser um direito autônomo, o direito de execução penal possui relação com o direito constitucional, com o direito penal e com o direito processual penal, pois referidos direitos disciplinam matérias que a execução penal deve seguir, como no direito constitucional que estabelece garantias individuais e fixa limites à pretensão punitiva e o direito processual penal que impõe a observância do princípio do contraditório⁹⁹.

Norberto Avena alega que, a partir do artigo 1º da Lei de Execuções Penais, infere-se que a execução penal é um conjunto de normas e princípios que tem como fim efetivar a sentença penal que impõe ao condenado uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa) ou que impõe medida de

⁹⁶ AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

⁹⁷ ROIG, Rodrigo Estrada. *Execução Penal: Teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹⁸ BRASIL. *Lei de Execução Penal* (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁹⁹ AVENA, Norberto. *op. cit.*

segurança¹⁰⁰. Segundo Norberto, o referido artigo estabelece dois fins primordiais da execução penal¹⁰¹:

1. A efetivação do mandamento incorporado à sentença penal, que visa concretizar o poder punitivo do Estado por meio do título executivo constituído penal sentença.
2. A reinserção social do condenado ou do internado, que visa ofertar, durante a execução da pena, meios para os apenados alcançarem a reintegração social.¹⁰²

O mesmo autor informa que o pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, que ocorre quando há absolvição com imposição de medida de segurança, transitada em julgado e decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.¹⁰³

O processo de execução, geralmente, inicia-se a partir de uma sentença penal condenatória transitada em julgado e desenvolve-se por impulso oficial do juiz, que, ao receber os autos do processo, determina as providências cabíveis para o cumprimento da pena¹⁰⁴.

Segundo o autor Francisco Vani¹⁰⁵, o juiz mandará expedir a Guia de recolhimento na própria sentença condenatória, essa guia está prevista no artigo 105, da Lei de Execução Penal, e dá formal à execução da pena. Segundo Norberto, a guia de recolhimento possuiu dois requisitos: o trânsito em julgado da decisão condenatória e que o réu esteja ou que venha a ser preso, conforme prevê o artigo 105, da LEP.¹⁰⁶

Embora seja previsto no ordenamento jurídico que a execução penal somente poderia ser efetivada após o trânsito em julgado da condenação, o Supremo Tribunal de Federal vem aplicando o entendimento de que pode haver a execução provisória da pena após acórdão condenatório de segundo grau, mesmo ainda pendendo recurso da defesa, ou seja, sem o trânsito em julgado da decisão

¹⁰⁰ AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ BEMFICA, Francisco. *Da Lei Penal, Da Pena e Sua Aplicação, Da Execução da Pena*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense 1995.

¹⁰⁶ AVENA, Norberto. *op. cit.*

condenatória. Tal tema, devido asua importância, será abordado no próximo capítulo.

3. O MOMENTO CORRETO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA

Anterior ao ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia como possível a aplicação da execução provisória da pena. Vejamos:

EMENTA: Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência - sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos -, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução.¹⁰⁷

Em fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, foi de encontro com a jurisprudência até então aplicada e decidiu que a antecipação da execução penal é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e deferiu o pedido de *habeas corpus* para o paciente, por maioria dos votos. Esse era o entendimento aplicado pacificamente até fevereiro de 2016, quando o STF, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP/SP, mudou novamente a jurisprudência e passou a entender que a execução provisória

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. HC 82490/RN*. Primeira Turma. Paciente: Francisco Pereira de Lacerda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1643051&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 05 ago. 2018. (grifei).

de pena não fere o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e indeferiu o pedido de *habeas corpus* do paciente, por maioria dos votos.

Após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP/SP à favor da execução provisória, o STF analisou novamente o tema ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246¹⁰⁸, em regime de repercussão geral, em que reafirmou o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal não compromete o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF.

Dessa forma, cabe aqui fazer uma exposição dos fundamentos que basearam os entendimentos contra e a favor da execução provisória da pena após acórdão condenatório que confirmou a condenação em 1ª instância.

3.1 Fundamentos a favor da execução provisória da pena

O primeiro argumento a ser tratado aqui é sobre o fato dos recursos extraordinários não tratarem de matéria fática e sim somente sobre matéria de direito. Nesse ponto, o Ministro Menezes Direito, no julgamento do HC 84.078MG, afirma que a análise da matéria de fato se exaure nas instâncias ordinárias e que se deve reservar às instâncias extraordinária e especial somente matérias de direito, para que não seja possível retardar a execução dos julgados, caso contrário se admitir que os recursos de natureza extraordinária possam vedar a antecipação provisória da pena, seria a mesma coisa de atribuir efeito suspensivo aos referidos recursos¹⁰⁹.

O Ministro Joaquim Barbosa, no mesmo julgamento, alega que considera a legitimidade das instâncias ordinárias para proferirem decisões condenatórias e que elas devem ser respeitadas, isto é, não se deve fazer letra morta dessas

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE 964246/SP*. Tribunal Pleno. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+964246%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y8a482b4>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

¹⁰⁹ *Id.* Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

decisões ao não permitir a execução provisória¹¹⁰. Outro argumento é de que não há de se cogitar ônus da prova para o Ministério Público quando se trata de recursos excepcionais interpostos pela defesa, pois não há mais fato para se discutir, restando assim somente questões de direito a serem arguidas¹¹¹.

Destaca-se aqui que o Ministro Teori Zavascki alegou, no julgamento do HC 126.292/SP/SP, que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, visto que o acusado até a confirmação da condenação em segundo grau foi tratado como inocente e lhe assegurados todos os direitos e garantias a ele inerentes.¹¹²

O Ministro Luis Roberto Barroso indicou em seu voto, nos julgamentos do HC. 126.292/SP/SP e no ARE 964246/SP que a impossibilidade da execução provisória após o julgamento o final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal:

1. Incentivou à infundável interposição de recursos protelatórios, o que gerou um uso abusivo e procrastinatórios do direito de recorrer;
2. Reforçou o aumento da seletividade do sistema penal;
3. Contribuiu para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.¹¹³

Seguindo o mesmo pensamento, uma das maiores preocupações dos juristas que defendem a execução provisória é a configuração da prescrição da pretensão punitiva ao se aguardar o trânsito em julgado do processo quando ele vai para as instâncias extraordinárias¹¹⁴, tendo em vista as inúmeras interposições de

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

¹¹¹ AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. *A execução provisória da pena e os direitos e garantias fundamentais: uma análise à luz do garantismo penal e do estado social e democrático de direito*. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 769-788, set. 2016.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. *A execução provisória da pena e os direitos e garantias fundamentais: uma análise à luz do garantismo penal e do estado social e democrático de direito*. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 769-788, set. 2016.

recursos protelatórios. A Ministra Ellen Gracie salientou que tal situação gera sensação de impunibilidade na sociedade¹¹⁵.

Outra questão analisada é sobre o artigo 283, do CPP, que prevê, senão em flagrante, a necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para alguém ser preso. No entanto, há o entendimento de que o disposto pelo artigo não é um obstáculo para a aplicação da execução provisória, visto que o próprio artigo admite a prisão temporária e prisão preventiva, que podem ser decretadas com base em fundamentos infraconstitucionais¹¹⁶.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, apesar do art. 5º, inciso LVII, da CF, declarar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, os juristas entendem que a execução provisória não a ofende. Vejamos os entendimentos que concluem tal afirmação.

O Ministro Edson Fachin alega que “a opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias¹¹⁷” e que se for dado caráter absoluto ao artigo 5º, inciso LVII, da CF, seria como considerar que a pena restritiva de liberdade só pudesse ser aplicada quando o réu estivesse conformado com a sua pena¹¹⁸.

Os autores Antônio Suxberger e Marianne Amaral, salientam, em seu artigo sobre a execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório¹¹⁹, que: “a interpretação meramente literal reduz a efetividade do sistema, atravança o seu funcionamento operacional e impede a realização de outros princípios caros à Constituição”

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹⁶ *Id.* Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. *A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório*. Revista de Direito Brasileira, [s.l.], v. 16, n. 7, p.186-210, 1 abr. 2017.

Discute-se aqui também, que a presunção de inocência pode ser afirmada até o momento em que a culpa é provada¹²⁰. Sob esse ponto vista, o Ministro Gilmar Mendes, que votou pela possibilidade da execução provisória, em 2016, relembra o art. 8,2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe que: toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Dessa forma, pode-se desenvolver o raciocínio de que, pelo fato das instâncias ordinárias serem competentes para exaurir a análise quanto à autoria e culpa do acusado, a presunção de inocência não mais deve ser aplicada após ser condenado em 1ª e 2ª instância. Além disso, considera-se que a execução provisória é apenas uma dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade¹²¹.

Por fim, destaca-se o entendimento do Ministro Barroso de que a situação é um típico caso de mutação constitucional, em que a compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito, ainda que não tenha havido mudança formal no texto da Constituição Federal¹²².

3.2 Fundamentos contra a execução provisória de pena

O recurso especial e o recurso extraordinário versam somente sobre questões de direito e possuem efeito devolutivo. No entanto, isso não quer dizer que possuem menos importância em relação às instâncias ordinárias, isto é mesmo que não existam mais questões fáticas probatórias para se discutir em sede de recursos excepcionais, há ainda questões de direito, que muitas vezes possuem a função de

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹²¹ *Id.* Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE 964246/SP*. Tribunal Pleno. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+964246%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y8a482b4>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹²² *Id.* Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

impedir que as penas impostas por decisões de instâncias inferiores sejam aplicadas de forma equivocada.

Tendo em vista os efeitos do recurso especial e do recurso extraordinário, entende-se que mesmo que eles não tenham automaticamente o efeito suspensivo, pois pode ser requerido através de *Habeas Corpus*, não se deve aplicar a execução provisória da pena, visto que se ainda houver questões de direito a serem discutidas há a possibilidade de causar dano ao acusado, que, além de interpor recurso especial ou recurso extraordinário, terá novamente que recorrer para sanar o eventual vício, ou seja, ao invés de aguardar o julgamento dos recursos quanto às questões de direito, a condenação estará sendo executada provisoriamente mesmo com vício, indo assim de encontro com os princípios da economia e da eficiência processual¹²³.

Quanto ao fato de haver inúmeras interposições de recursos meramente protelatórios, que infelizmente acontecem, não se deve esquecer também que há inúmeros casos em que os recursos visam questões de direito importantes, a fim de sanar eventuais equívocos de decisões anteriores, como por exemplo, na dosimetria da pena imposta ao réu ou nos entendimentos aplicados em instâncias inferiores que não vão ao encontro daqueles aplicados pelo STF ou STJ.

Referente à possibilidade de prescrição da pretensão punitiva estatal, entende-se que a prescrição não se dá exclusivamente por parte da defesa que entra com recursos meramente protelatórios e sim por conta do próprio judiciário que demora em julgá-los.

Destaca-se aqui o entendimento do autor Aury Lopes:

Efetivamente existe um excesso de demanda da jurisdição do STJ (o que representa um sintoma do mau funcionamento das jurisdições de primeiro e segundo graus) e uma atrofia da estrutura desse tribunal superior, que não dá conta de atender um país de dimensões continentais como o nosso. Essa é a causa da demora nas decisões, que não será resolvida com a limitação da presunção de inocência imposta pelo STF. Os recursos especiais continuarão a demorar para serem julgados, pois a causa efetiva não foi atacada. A diferença é que agora teremos demora com prisão... E se ao final o REsp for provido e reduzida a pena, alterado o regime de cumprimento,

¹²³ KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública*. E-civitas, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p.01-38, dez. 2016.

anulada a decisão etc., o tempo indevidamente apropriado pelo Estado com essa prisão precoce e desnecessária não será restituído jamais. Quem vai devolver o tempo de prisão indevidamente imposto?¹²⁴

Ao final, como visto, o autor Aury Lopes indaga sobre como se dará a indenização nos casos em que a pena executada provisoriamente for aplicada de forma inidônea. Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres, no julgamento do HC 84.078/MG, salienta a importância de se dar ênfase na gravidade de uma pena corporal ao indivíduo, em homenagem à irreparabilidade do eventual dano que pode ser causado¹²⁵. Ele também ressalva que:

Em momento algum vamos encontrar, na Constituição, qualquer dos recursos excepcionais - e estou falando do recurso especial e do extraordinário - como causa automática de privação da liberdade de locomoção. Pelo contrário, com essa força da automaticidade, somente o flagrante delito¹²⁶.

Vale destacar aqui, para complementar o citado entendimento, o art. 147, da Lei de Execução Penal, que prevê que a pena restritiva de direito somente poderá ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença. Assim, se a própria pena restritiva de direito não pode ser imposta sem o trânsito em julgado, a pena privativa de liberdade, que é mais gravosa, também não pode, bem como é previsto no art. 105, da Lei de Execução Penal.

O artigo 5º, inciso LVII, da CF é claro ao impor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do HC 126.292/SP/SP, diz que a seu ver a norma da Constituição citada é precisa e sua interpretação é cessada sob pena de reescrevê-la¹²⁷.

Como bem lembrado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 84.078/MG, o princípio da presunção de inocência é consagrado não só nas Constituições democráticas de inúmeros países (como o Brasil), mas, também, em

¹²⁴ LOPES, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Id.* Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

importantes declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), dentre outros¹²⁸. Dessa forma percebe-se a importância de se respeitar a supremacia da Constituição Federal e o princípio da presunção de inocência, que segundo o citado Ministro:

{...} segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de sempre ser 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 geral¹²⁹.

Segundo o autor Aury Lopes, é possível a coexistência do princípio da presunção de inocência com a prisão cautelar, devido ao princípio da proporcionalidade¹³⁰ e é por isso que o princípio da presunção de inocência não impede a aplicação de prisão cautelar, como a prisão preventiva ou temporária, uma vez que as razões do caso concreto a justifique¹³¹.

Dessa forma, desenvolvem-se os seguintes raciocínios:

1. Se o réu já está preso ao ser proferido acórdão confirmando sua condenação em 1ª instância, é porque houve decretação, por exemplo, de sua prisão preventiva com base em algum dos motivos do art. 312 do CPP, ou seja, com base na ordem pública, econômica, por conveniência ou para garantir a aplicação da lei penal. Se for decretada a execução provisória de sua pena, sem o trânsito em julgado, haverá apenas a mudança do título da sua prisão (prisão preventiva para execução provisória da pena), ou seja, há mera mudança formal, visto que na prática já é concedido ao réu o

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹²⁹ *Id.* Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

¹³⁰ LOPES, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

benefício da progressão do regime antes do trânsito em julgado, como previsto na súmula 716, do STF.

2. Se o réu ainda está solto ao ser proferido acórdão confirmando sua condenação em 1ª instância, quer dizer que não houve motivo concreto para qualquer aplicação de prisão cautelar. Dessa forma, entende-se que decretar a execução provisória com base na condenação confirmada em segundo grau e em que os recursos extraordinários não versam sobre matéria fática ou que sua aplicação pode evitar recursos protelatórios e descrédito da sociedade na justiça, configura uma decisão com fundamento insuficiente para a aplicação da execução provisória. Assim, visando esses mesmos motivos, há outras maneiras de evitá-los sem violar o art. 5º, VLII, da CF.¹³²

Caber expor aqui a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski acerca do sistema penitenciário brasileiro, em que informa que no Brasil há 600.000 presos e que 40% deles estão presos a título de prisões provisórias. Dessa forma, ele alega que autorizar a aplicação da execução provisória da pena significa que “nós vamos trocar 240.000 presos provisórios por 240.000 presos condenados em segundo grau”¹³³.

O STJ entende que as prisões cautelares não podem ser fundamentadas meramente no perigo abstrato, sendo necessária uma motivação fundamentada em elementos concretos de cada caso. Vejamos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE DE ARMA DE FOGO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANTERIOR WRIT JULGADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PATENTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA.FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INSERÇÃO PELO TRIBUNAL DE FUNDAMENTOS NÃO PRESENTES NO DECISUM. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Conquanto tenha havido a superveniência do julgamento do mérito do prévio habeas corpus, eventual prejudicialidade do feito deve ser superada diante da patente ilegalidade encartada nos autos.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

¹³³ *Ibid.*

3. In casu, verifica-se que a custódia provisória foi imposta ao paciente de forma lacônica, determinando a conversão da prisão preventiva "a fim de garantir a manutenção da ordem pública", sem indicar qualquer elemento concreto que justifique a excepcionalidade da medida.

4. Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificando a liminar outrora deferida, para que o paciente possa aguardar em liberdade seu julgamento, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade, e mantidas as medidas cautelares alternativas já impostas em primeiro grau.¹³⁴

Sendo assim, ao ser decretada alguma das prisões cautelares é necessário que se especifique o motivo e qual a fundamentação que o torna necessária, ou seja, é preciso que exista o *periculum libertatis*¹³⁵. Caso contrário, a liberdade do acusado estará sendo violada arbitrariamente, sem qualquer caráter cautelar.

Portanto, é necessário que a presunção de inocência seja preservada até que se tenha o trânsito em julgado do processo penal e que se respeite todas as normas que tratam desde a prisão em flagrante até a execução definitiva da pena do acusado.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 424.308/AM*. Sexta Turma. Paciente: Deyvison Souza Brito. Relatora: Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702912431&dt_publicacao=27/06/2018>. Acesso em: 18 ago. 2018. (grifei).

¹³⁵ LOPES, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou o tema da execução penal provisória da pena de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, diante do princípio da presunção de inocência e do trânsito em julgado do processo penal.

O princípio da presunção de inocência visa a proteção do acusado, garantindo que o ônus da prova seja da acusação e que o acusado seja considerado inocente até o trânsito em julgado de seu processo, ou seja, quando não há possibilidade de cabimento de qualquer recurso e a condenação se torna definitiva. Importante lembrar que, embora o princípio da presunção de inocência garanta que o acusado não terá sua presunção de inocência afastada até o trânsito em julgado, nada impede que seja aplicado a ele algum tipo de medida cautelar.

Este princípio representa importante garantia constitucional, pois visa limitar o poder estatal de impor a antecipação do juízo de culpabilidade do acusado antes que ele sofra condenação criminal transitada em julgado, estabelecendo assim que o processo penal seja condicionado por parâmetros éticos-jurídicos¹³⁶.

Quanto à nomenclatura do princípio da presunção de inocência, pode-se concluir que tanto a nomenclatura “presunção de não culpabilidade” quanto a “presunção de inocência” podem ser utilizados, visto que ambas não ferem a Constituição Federal.

A leitura literal do artigo 5º, inciso LVII, da CF, enseja claramente o entendimento de que a confirmação da condenação por acórdão de 2ª instância não afasta a presunção de inocência, visto que, ainda há cabimento de recursos previstos em lei, como o recurso especial e o recurso extraordinário, que, embora não tenham automaticamente efeito suspensivo, possuem sua importância na persecução penal, devido ao fato de versarem, respectivamente, sobre questões que tutelam a legislação infraconstitucional e questões da própria Constituição. Lembra-se aqui que há a possibilidade excepcional de requerer o efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários por via de *Habeas Corpus*.

¹³⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 99.289/RS. Segunda Turma. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Relator: Ministro Celso Melo. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 14 set. 2018.

Além do princípio da presunção de inocência, a Lei de Execução Penal também vai de encontro com a execução provisória da pena, visto que o pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, que ocorre quando há absolvição com imposição de medida de segurança, transitada em julgado e decisões homologatórias de transação penal exaradas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Também contrário à execução provisória da pena é o entendimento do artigo 105, da Lei de Execução Penal, que dispõe que a aplicação da pena privativa de liberdade se dará após o trânsito em julgado.

Embora se tenha a redação clara do artigo 5º, inciso LVII, da CF e de todas as outras normas que versam sobre a execução da pena no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal de Federal vem aplicando o entendimento de que pode haver a execução provisória da pena após acórdão condenatório de segundo grau, mesmo ainda pendendo recurso da defesa, ou seja, sem o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Quem defende a aplicação da execução provisória alega que os recursos não têm efeito suspensivo previsto em lei e que se for aguardar o julgamento de recurso especial e/ou recurso extraordinário será o mesmo que atribuir à eles efeito suspensivo. Também alegam que além de terem somente efeito devolutivo tais recursos somente versam sobre matéria de direito. No entanto, mesmo que tais recursos tenham essas duas características, não significa dizer que possuem menos importância em relação às instâncias ordinárias ou que esperar o julgamento deles é estar fazendo letra morta das decisões anteriores.

Embora seja entendido que a aplicação da execução provisória da pena quando pendente julgamento de recurso não viole o princípio da inocência, visto que o acusado foi tratado como inocente até o acórdão preferido em 2ª instância, é imperioso destacar que o princípio da presunção de inocência é previsto em norma constitucional de forma clara e também previsto em constituições democráticas de inúmeros países, demonstrando-se assim a importância de respeitá-lo.

Dessa forma, entra-se aqui na questão de como o artigo 5º, inciso LVII, da CF deve ser interpretado. Claramente que se deve interpretá-lo de forma literal, visto que o artigo é claro e objetivo ao dizer que ninguém deverá ser considerado culpado

até o trânsito em julgado. Não prospera aqui dizer que a interpretação literal do referido artigo retira a efetividade do sistema criminal, atravança o seu funcionamento operacional e impede a realização de outros princípios caros à Constituição.

Quanto ao argumento de que há inúmeras interposições de recursos meramente protelatórios, que infelizmente acontecem em alguns casos, não se deve esquecer também que há inúmeros casos em que os recursos visam questões de direito importantes, a fim de sanar eventuais equívocos de decisões anteriores.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, é importante ressaltar que ela não se dá exclusivamente por parte da defesa, que entra com recursos meramente protelatórios, e sim por conta do próprio judiciário que demora em julgá-los, sendo necessário analisar caso a caso para concluir se há realmente recursos sendo interpostos tão somente para provocar a prescrição ou se realmente são para o acusado ter o seu direito ao devido processo legal efetivado.

Vale destacar aqui que a execução provisória da pena pode causar dano irreversível ao acusado. Esse dano além de ir contra os princípios da economia e da eficiência processual possui caráter alto de gravidade, visto que a pena corporal é um dano impossível de ser reparado.

Por fim, conclui-se que a execução provisória é medida extremamente desproporcional e inconstitucional, que viola diretamente a norma constitucional prevista no art. 5º, LVII, da CF, ferindo assim o princípio da presunção de inocência e indo de encontro com leis infraconstitucionais, como, por exemplo, a lei de execução penal que prevê em seu artigo 105 que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada após o trânsito em julgado. Sendo assim, cabe lembrar que há outras medidas cautelares presentes no ordenamento jurídico penal brasileiro que podem ser aplicados sem violar qualquer norma ou princípio, como as que foram expostas no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar de; PAULINO, Galtiênio da Cruz. *A execução provisória da pena e os direitos e garantias fundamentais: uma análise à luz do garantismo penal e do estado social e democrático de direito*. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 769-788, set. 2016.

AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BEMFICA, Francisco. *Da Lei Penal, Da Pena e Sua Aplicação, Da Execução da Pena*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense 1995.

BRASIL. *Código de Processo Civil* (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. *Código de Processo Penal* (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL. *Constituição Federal*(22 de setembro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. *Lei de Execução Penal* (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>.

BRASIL. *Súmulas do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2580>

BRASIL. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário. *ARE 964246/SP*. Tribunal Pleno. Recorrente: M.R.D. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+964246%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y8a482b4>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 82490/RN*. Primeira Turma. Paciente: Francisco Pereira de Lacerda. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1643051&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 99.289/RS*. Segunda Turma. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Relator: Ministro Celso Melo. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126.292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1643051/MS*. Terceira Seção. Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: A. L. S. Dos S. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603259674&dt_publicacao=08/03/2018>.

Brasil. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/informacoes/vocabulario-juridico/entendendo-ojudiciario/trnsito-em-julgado>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus. *HC 70035687532/RS*. Terceira Câmara Criminal. Paciente: Pamela Tais Gomes Machado. Relator: Des. Odone Sanguiné. Porto Alegre, 06 de maior de 2010. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=HC+70035687532&proxystylesheet=tjrs_inde>

x&client=tjrs_ndex&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=em entario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>.

Costa Rica. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos* (em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

FILHO, FernandoTourinho. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26 de agosto de 1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-dasNa%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>

KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública*. E-civitas, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p.01-38, dez. 2016.

LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MESSA, Ana Flavia. *Curso de direito processual*. Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal: Esquemas & sistemas*. vol. 3. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROIG, Rodrigo Estrada. *Execução Penal: Teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. *A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório*. Revista de Direito Brasileira, [s.l.], v. 16, n. 7, p.186-210, 1 abr. 2017.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUE ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.