



Centro Universitário de Brasília - Uniceub  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MÁRIO JORGE LACERDA DA SILVA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO:  
POSSIBILIDADE À LUZ DA RELEITURA, PELO STF, DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

BRASÍLIA  
2019  
MÁRIO JORGE LACERDA DA SILVA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO:  
POSSIBILIDADE À LUZ DA RELEITURA, PELO STF, DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Artigo apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Uniceub.

BRASÍLIA

2018

Mário Jorge Lacerda da Silva

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO:  
POSSIBILIDADE À LUZ DA RELEITURA, PELO STF, DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Relatório final, apresentado ao UniCeub,  
como parte das exigências para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Víctor Minervino Quintiere  
Afiliações

---

Prof. (Nome do professor avaliador)  
Afiliações

---

Prof. (Nome do professor avaliador)  
Afiliações

A Deus e a minha família, pelo amor incondicional. À minha amada esposa Sarah, pelo carinho e incentivo essencial ao meu retorno aos estudos. Ao Professor Victor M. Quintiere, que, mesmo discordando do tema, não me negou necessária orientação.

## RESUMO

Tem-se acirrado no âmbito acadêmico e entre os aplicadores do direito o debate sobre a constitucionalidade da execução provisória das penas, notadamente a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, do ARE 964.246/SP, sob o rito da repercussão geral. Nesse julgado, firmou-se a orientação segundo a qual a execução provisória das penas privativas de liberdade não ofende a Constituição, em especial o princípio da presunção de inocência. O objetivo deste artigo é demonstrar que esse entendimento deve ser estendido à aplicabilidade das penas restritivas de direito.

**Palavras-chave:** Execução Penal. Execução provisória da pena. Penas restritivas de direito. Princípio da presunção de inocência. Presunção de não culpabilidade. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.



## 1.INTRODUÇÃO

Após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do ARE 964.246/SP, sob o rito da repercussão geral, tem-se acirrado no mundo jurídico o debate em torno da possibilidade da execução provisória das sanções penais. Posteriormente, após o julgamento do Habeas Corpus nº 152.752/PR, esse debate ganhou proporções ainda maiores, sobretudo diante do *status* político do paciente desse remédio heroico, o Sr. ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Na esteira desse julgado – e a despeito de respeitáveis posicionamentos em sentido contrário –, tem prevalecido nos tribunais superiores o entendimento de que a execução provisória da pena privativa de liberdade não ofende o princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito de suas duas turmas especializadas em matéria criminal (5ª e 6ª Turmas), vem reafirmando essa interpretação em seus julgados, em consonância com o que restou decidido no julgamento do ARE 964.246/SP. Entretanto, não é esse o entendimento do STJ no tocante às penas restritivas de direito. Concernente a essas sanções, a Corte Superior entende não ser cabível a execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (LEP).

Este artigo tem por objetivo demonstrar que, se a execução provisória da pena privativa de liberdade não ofende o princípio da presunção de inocência, igualmente deve ser reputada constitucional no tocante à execução provisória das penas restritivas de direito.

A escolha do tema justifica-se no sem-número de recursos e ações autônomas de impugnação que ainda provocam a jurisdição dos tribunais superiores a esse respeito. Ademais, não se olvida que há possibilidade de alteração até mesmo da interpretação do STF acerca da execução provisória das penas.

## **2. BREVE RETROSPECTO DAS PENAS NÃO CORPORAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

No direito penal brasileiro, a gênese das penas restritivas de direito está no Código Penal de 1890, promulgado no ano seguinte à Proclamação da República, com notável influência dos ideais republicanos e abolicionistas que, anos antes, já haviam motivado a abolição das penas de galés e das penas perpétuas.

Esse Diploma trouxe importantes avanços, como a proibição das penas infamantes e das privativas de liberdade superiores a 30 anos. Além disso, estabeleceu penas não corporais, como a perda de emprego público, e, ainda, o sistema progressivo de execução penal, inclusive com livramento condicional (DOTTI, 2001, p. 194).

Apesar de seus indiscutíveis avanços, muitos penalistas de seu tempo criticaram o caráter temporário das penas privativas de liberdade e o fim da pena de morte, ecoando, já de início, clamores reformistas posteriormente fortalecidos com o advento do Estado Novo, em 1937 (PIERANGELI, 2000, p. 75).

O Código Penal de 1890 foi sucedido pelo ainda vigente Código Penal de 1940, editado durante a ditadura de Getúlio Vargas como importante instrumento opressivo. Apesar de seu viés autoritário, o Diploma manteve a limitação temporal das penas e estabeleceu penas acessórias como a interdições de direitos e a publicação da sentença (idem, p. 77).

Já em suas primeiras décadas, o Diploma Penal de 1940 foi submetido a sucessivas reformas, entre as quais destacam-se a reforma da Parte Geral, promovida pela Lei nº 7.209/84, e as alterações promovidas pela Lei 9714/98, que instituíram política criminal despenalizadora, coroando a substituição das penas privativas de liberdade por outras alternativas sancionatórias (BITENCOURT, 2014, p. 703).

## **3. NEOCONSTITUCIONALISMO**

Entende-se por neoconstitucionalismo o processo histórico iniciado na Europa Ocidental, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, no qual foram instituídos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais em face do Poder do Estado. Até



então, prevalecia o império da lei e não se reconhecia a Constituição como norma, mas como mera carta de exortações a inspirar a produção legislativa (BARROSO, 2015, 334).

À época, os direitos fundamentais valiam na medida em que estivessem previstos em lei, a qual praticamente não se preocupava em proteger o indivíduo do arbítrio das maiorias parlamentares. Aliás, muito raramente os parlamentos refletiam a maioria popular, já que não havia sufrágio universal (SARMENTO).

Diante das consequências nefastas deixadas pelo totalitarismo, ficou evidente que o Estado e as maiorias parlamentares poderiam perpetrar, sob a chancela da lei, barbáries contra o indivíduo. Como resposta a isso, ganhou força a necessidade de se conferir efetiva proteção aos direitos fundamentais (BARROSO, 2005, 334).

A partir de então, a Constituição passou a ser concebida como importante instrumento de limitação do poder do Estado e das maiorias no parlamento<sup>1</sup>, sendo reconhecida, além disso, a sua força normativa e o seu *status* de norma suprema, a irradiar fundamento de validade para todas outras (MENDES; BRANCO, 2017, p. 68).

A partir desse novo paradigma constitucional, desenvolveram-se os estudos dos princípios, os quais deixaram de representar mera técnica de integração de lacunas do Direito e passaram a ostentar *status* de norma, com aplicabilidade direta, ou seja, independente de produção legislativa (DIDIER, 2018, p. 8)<sup>2</sup>.

Além disso, com o reconhecimento dos princípios como espécies normativas, o debate axiológico ganhou força no âmbito jurídico, tornando as fronteiras entre Direito e Moral “muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorporou, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça” (FIGUEROA, p. 380).

Também ganhou destaque a hierarquia máxima decorrente da rigidez constitucional, assim entendida a dificuldade deveras qualificada de o legislador modificar o que o constituinte originariamente instituiu (TAVARES, 2012, p. 63). Afinal, é a rigidez

---

<sup>1</sup> O principal marco teórico do tema é “A força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 42)

<sup>2</sup> Importante lembrar que, no direito pátrio, antes desse novo paradigma constitucional, os princípios não eram considerados normas jurídicas, mas meras fontes integradoras do direito no caso de lacuna, com aplicabilidade subsidiária, atrás da analogia e dos costumes, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942).

que positiva a hierarquia na qual a Constituição “aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 68).

Nesse novo paradigma constitucional, também foram desenvolvidos estudos de hermenêutica constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, reconhecendo-se o papel criativo da atividade jurisdicional, encarada agora como essencial ao desenvolvimento do Direito e à concretude dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2010b, p. 350).

Além disso, houve substancial mudança na própria técnica de produção legiferante, com destaque para o uso das cláusulas gerais, cuja vagueza e imprecisão tenderam a suplantar a inevitável desatualização da lei e do esgotamento do paradigma legalista, exigindo do julgador um papel ainda criativo do Direito (TAVARES, 2014, p. 52).

Ainda nesse contexto, foi concebida e aperfeiçoada a noção de jurisdição constitucional e com ela o Poder Judiciário ganhou notável importância política, passando a protagonizar o controle de constitucionalidade e dando a última palavra em questões polêmicas e relevantes para a sociedade (ABELLÁN in MOREIRA, 2012, p. 639).

Com efeito, a possibilidade de o Judiciário decidir sobre questões políticas fundamentais passou a se dar não apenas na hipótese de violação de normas constitucionais por omissão do poder constituído ou de insuficiência de proteção legal, mas também de contrariedade de uma norma infraconstitucional em face de direitos constitucionais (idem, p. 640).

Tamanho é a importância da jurisdição constitucional que sua compreensão é pressuposto do alcance semântico do constitucionalismo contemporâneo, sendo certo afirmar, nas palavras de Lênio Streck, que a jurisdição constitucional é verdadeira “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2002, p. 27).

Em termos gerais, todo esse processo histórico denota uma constitucionalização da ordem jurídica, ou seja, uma extensão das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, reconhecendo a força normativa da Constituição e a sua posição de supremacia sobre todas as outras normas (CANOTILHO, 2000, p. 890).

A conjugação de todos os valores aqui expostos – notadamente da supremacia, da rigidez e da força normativa da Constituição, da efetividade dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional – consubstancia a noção nuclear de Estado constitucional de Direito, que sem dúvida ultrapassou o Estado legislativo de Direito (ABELLÁN, 2012, p. 636, in MOREIRA, 2012)

No Brasil, esse novo paradigma constitucional teve início com a promulgação da Constituição de 1988, antes da qual “a lei valia mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei” (SARMENTO).

Com efeito, a nova Carta Política coroou o processo de redemocratização do país, consagrando um generoso rol de direitos e de garantias fundamentais, dando-lhe aplicabilidade imediata e protegendo a sua eficácia de eventuais desmandos do poder reformador (idem).

Além disso, com a sua promulgação, assistiu-se a uma consistente evolução dos estudos constitucionais e a uma verdadeira revalorização dos direitos fundamentais, “combatendo teorias, em voga no Brasil, que reduziam a imperatividade constitucional, traduzindo a supremacia em uma falsa promessa, em um eterno compromisso jamais cumprido” (TAVARES, p. 109).

Na seara penal, esse novo paradigma instituiu campo fértil para modelo garantista, “uma das mais estimulantes versões do constitucionalismo”, denotando a formulação de técnicas garantidoras, penais e processuais, elaboradas para assegurar o maior grau de efetividade dos direitos constitucionais frente ao poder punitivo do Estado (SANCHÍS in MOREIRA, 2012, p. 378).

De acordo com Eugênio Pacelli, enquanto a legislação codificada pautava-se no princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, a Carta de 1988 instituiu um sistema de amplas garantias, “a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória transitada em julgado”, o chamado princípio da presunção de inocência. (2017, p. 8)

#### **4.DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS**

Tradicionalmente, a doutrina estabelece a classificação das normas em duas espécies: regras e princípios. Hoje, não há dúvida de que tanto regras quanto princípios são espécies normativas, pois ambas descrevem algo que *deve ser*, valendo-se de categorias deontológicas comuns às normas - mandados, permissões e proibições (MENDES; BRANCO; 2017, p. 72).

Ao longo do tempo, diversas foram as tentativas de diferenciar as regras dos princípios, sendo variados os critérios propostos, como a generalidade, o grau de determinabilidade dos casos de aplicação e até mesmo a proximidade da ideia de direito. Esses critérios, entretanto, não permitiram a diferenciação segura entre princípios e regras (MENDES; BRANCO; 2017, p. 72).

Foi com os estudos de Ronald Dworkin que houve notável e apurado desenvolvimento dogmático da distinção entre princípios e regras; e, com Robert Alexy, o aperfeiçoamento dessa teoria. Esses estudos ensejaram a diferenciação segura em uma perspectiva qualitativa e fixaram as balizas para a solução de eventuais colisões entre princípios e regras (BARROSO, p. 353).

As regras, segundo Dworkin, distinguem-se dos princípios segundo o *modo* de aplicação, o que permite sejam diferenciadas qualitativamente daqueles. Nessa perspectiva, são aplicáveis segundo o modo “tudo ou nada”, segundo os critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, especialidade e cronológico), os quais Alexy denominou “cláusulas de exceção” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 73).

Os princípios, por sua vez, não geram consequências automáticas a partir da existência do fato, não possuindo, portanto, a aplicabilidade disjuntiva (“tudo ou nada”) daquelas. Com efeito, eles captam valores morais e, diversamente das regras, possuem uma “dimensão de peso”, de modo que, quando colidem com outros princípios, é possível atribuir-se mais peso a um do que a outro. E essa mensuração não se faz por meio de critérios legais apriorísticos, mas de acordo com as peculiaridades de cada caso (DWORKIN, 2010, p. 39).

As regras não têm essa dimensão. Elas são funcionalmente importantes ou desimportantes. Nas palavras de Dworkin:

“Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.” (2010, p. 40-42)

Robert Alexy não diverge de Dworkin quanto ao reconhecimento de regras e princípios como espécies de normas, e salienta a importância dessa distinção. Para ele, essa diferenciação é a “coluna-mestra” da dogmática dos direitos fundamentais, essencial para a compreensão de seus limites, sua colisão com outros direitos e seu papel no ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, 89).

Também para Alexy há uma diferenciação qualitativa de regras e princípios. Segundo ele, princípios são normas que determinam a realização na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Regras, por outro lado, não trabalham com a ideia de realização na maior medida possível, mas de realização ou não realização. Em suas palavras:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.” (ALEXY, 2008, p. 90-91)

## 5. BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O marco histórico inaugural do princípio da presunção de inocência é a Declaração dos Direitos do Homem 1789, segundo a qual todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela Lei.

Na verdade, mesmo antes dessa Declaração, o princípio da presunção de inocência já havia sido gizado por Cesare Beccaria, para quem o acusado não deveria ser preso senão na medida em que fosse necessário para o impedir de fugir ou de ocultar as provas do crime (BECCARIA *apud* TOURINHO FILHO, 2012, p. 91).

O princípio irradiou-se para outras Declarações de Direitos e Cartas Constitucionais, com destaque para a Constituição dos Estados Unidos da América (Emendas V e XIV), Declaração Americana de Direitos e Deveres, Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, e para Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica (TOURINHO FILHO, 2012, p. 93) .3

No Brasil, a presunção de inocência ganhou *status* constitucional com a Constituição da República de 1988, a qual, em seu art. 5º, LVII, assegurou expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal

---

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Cota. Processo penal. Processo penal. 34 ed. 2012. São Paulo: Saraiva, p. 93.

*condenatória*” (BRASIL, 1988).<sup>4</sup>

Dada a sua importância, a presunção de inocência é considerada um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, sendo importante parâmetro de qualidade do sistema processual penal<sup>5</sup>. Cuida-se de “princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.” (LOPES JR, 2015, p. 91).

## **6. DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO.**

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC nº 126.292/SP, alterando a sua jurisprudência em sentido contrário, autorizou a execução provisória da pena a partir da condenação em segundo grau de jurisdição. Na ocasião, adotou o seguinte posicionamento:

*“... a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”*

Posteriormente, em 5 de outubro de 2016, o STF, por maioria, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

---

<sup>4</sup> No Brasil, há registro de discussão sobre o princípio da presunção de inocência antes mesmo da Constituição de 1988, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 153, § 36, da Carta de 1967/69, segundo o qual os direitos e garantias nela expressos não excluiriam outros decorrentes dos seus princípios. Naquele contexto, prevaleceu o entendimento de que seriam legítimas restrições legais ao direito do cidadão mesmo na ausência de decisão judicial definitiva da culpabilidade. Recusou-se, pois, o princípio da presunção de inocência como integrante da ordem constitucional brasileira. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 559)

<sup>5</sup> TAVARES, André Ramos, p. 582

Em 11 de novembro de 2016, o Plenário Virtual da Corte Constitucional, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução de pena após a condenação em segunda instância, mesmo que haja recursos pendentes nos tribunais superiores.

Cumprе ressaltar que a tese foi firmada pela Suprema Corte no julgamento de mérito de questão com repercussão geral reconhecida, e, portanto, possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos jurisdicionais, razão pela qual deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

Não se descarta das recentes decisões do STJ em que se proferiu o entendimento de que a execução provisória não se aplica às penas restritivas de direito.

No entanto, da leitura dos fundamentos da decisão no ARE nº 964.246, que faz percutiente análise da questão, conclui-se que não há menção à necessidade de restringir o entendimento às penas privativas de liberdade. Observa-se, inclusive, que se afirma a possibilidade de execução provisória “**de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal**”, sem diferenciação alguma acerca do tipo de pena aplicado.

Ante a ausência de discriminação na decisão proferida pelo Excelso Pretório no julgamento do caso paradigma, não cabe a essa E. Corte Superior obstar a aplicação do entendimento firmado em precedente com repercussão geral reconhecida, sob pena de desvirtuar a tese jurídica firmada.

Noutro giro, destaca-se que a Lei de Execução Penal trata as penas privativas de liberdade e as restritivas de direitos rigorosamente da mesma maneira, como se observa dos dispositivos que tratam da matéria:

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



Art. 147. **Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos**, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Não há justificativa, portanto, para obstaculização da execução provisória da reprimenda, pois a fundamentação aplicável à pena privativa de liberdade é extensível à restritiva de direitos.

Por outro lado, até mesmo por uma questão lógica e de razoabilidade, não é válido supor que seria possível, em sede de execução provisória, a restrição da liberdade de um indivíduo de maneira mais gravosa e irrepetível, mas não a mera restrição de direitos, circunstância certamente menos rigorosa.

O entendimento em contrário, além de importar em ofensa direta aos princípios da proporcionalidade e da isonomia – art. 5º *caput*, da Constituição -, parece configurar, na realidade, resistência injustificada ao novo entendimento consagrado pela Corte constitucional.

## **7. DO ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO NO JULGAMENTO DAS ADCs 43, 44 e 54.**

Em 07.11.2019, dias antes da apresentação deste trabalho, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 (DJE nº 257, divulgado em 25/11/2019), por maioria de votos, declarou a constitucionalidade do art. art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, fixando, assim, o entendimento de que não é possível a execução provisória das penas.

No julgamento, prevaleceu o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, o qual foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, no sentido de que a constitucionalidade do aludido dispositivo legal decorre da literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição da

República, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” De acordo com essa respeitável exegese, a culpa é pressuposto da sanção, e sua constatação ocorre apenas com a preclusão maior, não abrindo margem para controvérsias interpretativas em sentido contrário.

A Corte Suprema prestigiou a excepcionalidade da custódia no sistema pena brasileiro, ressalvada a possibilidade de constrição do direito ambulatorial às hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, desde que demonstrados, individualmente, os seus pressupostos autorizativos. Nesse contexto, decidiu que o art. 283 do CPP tão somente reproduziu o preceito constitucional (art. 5º, LVII, da CF) e reforçou a excepcionalidade da prisão, adequando-se à ótica já assentada pelo próprio STF no julgamento do HC 84.078, segundo a qual “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

## **8. DA CONCLUSÃO**

Não obstante a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP, a vedar a execução provisória das penas, o tema ainda gera polêmica, estando em trâmite, no Congresso Nacional, proposta de emenda à Constituição tendente a reformar o art. 5º, LVII, da CF, de modo a autorizar expressamente a prisão após a confirmação da sentença penal em segundo grau de jurisdição.

Essa proposta, com a qual este monografista não concorda, passou pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara em 20.11.2019, e segue para ser analisada pelas comissões temáticas, sendo evidente o esforço legislativo no sentido de restabelecer a execução provisória da pena.

Embora não seja este o objeto deste trabalho, entendemos que essa providência, caso venha a ser convolada em emenda constitucional, padecerá de inconstitucionalidade material, haja vista o nítido escopo de tentar suprimir, pela via reflexa, garantia constitucional cujo alcance já foi delimitado pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o fim de compatibilizar a efetividade do direito penal ao princípio da presunção de inocência, pensamos que melhor seria a modificação da legislação infraconstitucional, limitando, naquilo que for cabível, o número e as hipóteses de cabimento de recursos; a instituição de sanções processuais pela interposição de recursos protelatórios, no processo penal; e a limitação do cabimento dos recursos excepcionais, em especial pela instituição da repercussão geral em sede de recurso especial, medida que, inclusive, é objeto de propostas de emendas constitucionais nesse sentido (PECs 17/13, 10/17, 209/12).

## 9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 06 set. 2019.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Curso de direito penal, parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Jus Podivum, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro [Organizador]. **Argumentação e Estado Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil – evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARMENTO, Daniel. **“O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-darmento.pdf>/ Acesso em 03/09/2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do direito.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed, São Paulo: Saraiva, 2012.