



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

GERALDA EMILLY MARECO GOMES

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E O
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**BRASÍLIA
2020**

GERALDA EMILLY MARECO GOMES

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E O
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos

BRASÍLIA

2020

GERALDA EMILLY MARECO GOMES

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E O
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, 01 de outubro de 2020.

BANCA AVALIADORA

Professor Marcus Vinícius Reis Bastos

Professor José Carlos Veloso Filho

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e à Nossa Senhora Aparecida, o centro e fundamento de tudo em minha vida, por terem me iluminado em todos os momentos, me guiado ao longo da faculdade e, especialmente, me capacitado para desenvolver esta monografia.

Aos meus pais, Carlos e Vera, que me incentivaram em todas as etapas da minha vida com muito amor e carinho, batalharam todos os dias a fim de me proporcionar uma educação digna, se sacrificaram para que eu pudesse concluir o curso de Direito, me ensinaram a ser uma pessoa sempre honesta, estiveram ao meu lado e acompanharam de perto tudo o que vivenciei e aprendi ao longo destes 5 anos.

Ao meu orientador, professor Marcus Vinícius Reis Bastos, que além de ser um extraordinário profissional, me acompanhou, ao longo deste trabalho, com muita dedicação e paciência, contribuindo com seu desenvolvimento, por meio de sua disponibilidade, paciência e dedicação.

Ao meu melhor amigo e namorado, Gabriel, que me acompanhou lado a lado durante a faculdade, fez amizades e planos para o futuro junto comigo; obrigada por estar comigo em todos os momentos.

E, por fim, agradeço a todos os professores que me instruíram ao longo do curso, contribuindo para minha formação acadêmica e pessoal, em especial ao professor Luciano de Medeiros Alves, que me apresentou novas oportunidades, à professora Cristiane Damasceno Leite Vieira, que nos inspira a sempre ir em busca dos nossos sonhos, e a todos os que contribuíram para a elaboração deste trabalho.

“É melhor deixar escapar um culpado que condenar um inocente, ou, em outras palavras, deve cuidar-se muito mais da injustiça que condena do que da injustiça que absolve”.

Jeremy Bentham

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como objetivo principal uma investigação científica acerca da compatibilidade da execução provisória de sentenças penais condenatórias com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, a partir do desenvolvimento conceitual da temática, do detalhamento e da análise crítica dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos realizados pela Corte. Encontra-se dividido em diversos tópicos, com a finalidade de facilitar a compreensão do leitor em relação ao atual debate entre juristas e, principalmente, entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. Através da leitura de diversos artigos, livros, trabalhos de conclusão de cursos e outros materiais jurídicos, traz a cada um dos tópicos citados acima uma fundamentação, baseada em princípios e estudos, objetivando a compreensão individual de cada qual para ter-se, então, a compreensão do disposto pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, resultará na reflexão do leitor em relação à conduta ativista que vem sendo reiteradamente exposta pela Suprema Corte Federal, dando especial atenção às questões políticas e não à sua principal função, a de guardião da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Presunção de Inocência. Prisões. Prisão em Segunda Instância. Precedentes. Execução Provisória. Ativismo Judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	9
1.1. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO	11
1.2. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
1.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	13
1.4. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO	14
1.5. PRISÃO PENA	17
1.6. PRISÃO PROCESSUAL	19
2. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA	23
2.1. HIPÓTESES DE EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA	24
2.2. JUSTIFICATIVAS À EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA	27
2.3. ÓBICES À EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA	31
3. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	33
3.1. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL	33
3.2. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43, 44 E 54 E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
3.3. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019	40
3.4. ANÁLISE CRÍTICA	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se observado uma prática mais ativista do Poder Judiciário, principalmente na esfera criminal, já que se tem buscado, cada vez mais, a punição dos cidadãos, com o objetivo de promover a segurança pública e o combate à criminalidade.

Ocorre que muitas vezes direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal vêm sendo violados, em prol de uma política repressiva, com o apoio da grande mídia e de parte expressiva da população, que pela mídia é influenciada.

Neste contexto, a presente monografia aborda a temática da execução provisória da pena no Brasil após a confirmação pelo segundo grau de jurisdição, tema de bastante relevância ao meio jurídico brasileiro, que vem sendo corriqueiramente discutido ao longo da última década, em decorrência das diversas decisões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal, algumas vezes violando a garantia da presunção de inocência.

O entendimento atual não permite a execução provisória da pena decorrente de sentença penal condenatória, mesmo após a confirmação pelo segundo grau de jurisdição, momento em que ainda são cabíveis Recursos Especial e Extraordinário, já que gera ofensa à presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Inicialmente, será apresentado o princípio da presunção de inocência, já que a discursão acerca da inconstitucionalidade da execução provisória de sentenças penais condenatórias encontra-se nele pautada.

Em seguida, serão apresentadas as hipóteses de execução penal provisória e seus respectivos cabimentos, além das justificativas e óbices apresentados por juristas a tal instituto.

Por fim, será apresentada a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal, precedida pelo atual entendimento, fixado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC's) nº 44, 45 e 54.

Neste sentido, o objetivo geral da realização do trabalho é demonstrar a incompatibilidade da execução provisória de sentenças penais condenatórias com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final do trabalho, o leitor será capaz de opinar sobre a compatibilidade da prisão após condenação em segunda instância com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo seus pensamentos induzidos a não compatibilidade, já que o principal objetivo é demonstrar a inconstitucionalidade de tal instrumento.

1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O presente capítulo tem por objetivo inicial elucidar a respeito do princípio da presunção de inocência, bem como seus desdobramentos no Processo Penal Brasileiro, apresentando as garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal, juntamente com a reflexão acerca da adequação da execução de sentença penal condenatória após confirmação pelo segundo grau de jurisdição.

De tal modo, serão analisados diversos aspectos de direito processual e material, que trazem direitos inerentes ao réu na garantia de sua defesa, sendo o princípio da presunção de inocência ou, como também é conhecido, da não culpabilidade, o de maior ênfase, aludindo para tanto a presunção de inocência como regra de tratamento, regra de julgamento e como regra probatória no processo penal brasileiro.

Assim, o leitor terá conhecimento suficiente sobre o princípio, qual sua finalidade e importância para a temática da prisão provisória nos casos de sentença penal condenatória.

Para entender melhor o tema a ser discutido neste capítulo, faz-se importante tratar a respeito da importância do princípio ao ordenamento jurídico brasileiro, como explica Miguel Reale: princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas¹.

Dworkin determina que os princípios “são padrões que devem ser observados, não porque vão promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque são uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”².

Os princípios possuem 3 funções, tais sejam: função integrativa, que consiste em complementar lacunas deixadas na legislação; função interpretativa, com o objetivo de auxiliar o intérprete da legislação; e por último, função programática, para informar a linha de construção do sistema jurídico.

De tal modo, os princípios buscam orientar os juristas em análises aprofundadas do sistema judicial, contribuindo com a edição e aplicação das normas. Diante disto os princípios são de caráter fundamental, e possuem como característica estruturar o sistema jurídico brasileiro.

¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.305.

² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

Além do supracitado princípio da presunção de inocência, serão, também, abordadas neste capítulo as espécies de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a ampla necessidade de compreensão dos motivos pelos quais um cidadão deve ser punido.

Historicamente, os grupos sociais possuíam regras geradoras de punição aos que cometiam atos considerados opostos a estas regras, que se faziam necessárias para o convívio ideal em sociedade, impedindo, assim, comportamentos que causassem riscos aos demais.

Atualmente, a pena é utilizada para facilitar e regular o convívio em sociedade, e apenas pode ser empregada pelo Estado a determinado indivíduo descumpridor das regras por ele impostas.

Conforme dito por Guilherme de Souza Nucci:

A pena é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a prevenção de novos delitos, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade³.

Ao longo dos tempos, a função e a finalidade da pena sofreram diversas mudanças, com o objetivo de entender a sua necessidade e a utilidade, conforme a conduta de cada indivíduo, durante a evolução da sociedade.

Quanto às espécies de prisão no ordenamento jurídico brasileiro, estão constitucionalmente previstas no artigo 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV e LXV, da Carta Magna, e é derivada da condenação penal, regulada pelo Código Penal e Código de Processo Penal, tendo este último previsto a prisão cautelar e provisória.

O sistema prisional brasileiro é composto pelas seguintes espécies de prisão: prisão pena ou prisão penal; prisão sem pena ou processual; e prisão extrapenal ou civil. As espécies de prisão pena e prisão processual, serão neste capítulo apresentadas, em decorrência da necessidade de conhecê-las, para que se possa compreender a execução provisória de sentença penal condenatória após confirmação pelo segundo grau de jurisdição.

Por fim, mas não menos importante, será apresentada a garantia do devido processo legal, já que a execução provisória da pena, fere o princípio do devido processo legal, assegurado da proteção, defesa e liberdade dos indivíduos integrantes de toda e qualquer sociedade.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

1.1. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Base da democracia e do processo penal, o princípio da presunção de inocência ou princípio da presunção de não culpabilidade, encontra-se apoiado nos valores da dignidade da pessoa humana e no direito de liberdade individual, os quais devem ser considerados em todas as atitudes do Estado Democrático de Direito, sendo seu descumprimento um retrocesso às demais garantias fundamentais individuais.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência foi inserido no ordenamento jurídico com a ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. E foi ratificado pela Constituição Federal em 1988, injetando o princípio em seu artigo 5^a, LVII.

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

A presunção de inocência foi adotada, também, pelo Código de Processo Penal em seu artigo 283, recentemente alterado pela lei 13.964/2019, que assim leciona:

Art. 283 – Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Aury Lopes Jr. conclui, após analisar as principais manifestações da presunção de inocência, trazidas por Vegas Torres⁴, que a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, já que exige que o réu seja tratado como inocente.

É, conforme dito por Aury Lopes Jr.:

Um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos⁵.

No que tange a nomenclatura do princípio, há que destacar a divergência doutrinária existente, já que cada doutrinador o nomeia de uma forma, assim, três terminologias são observadas: princípio da presunção de inocência, princípio do estado de inocência e princípio da não culpabilidade.

⁴ TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Conforme explica Eduardo Luiz Santos Cabette⁶, parcela da doutrina considera a nomenclatura “presunção de inocência” como inadequada, pois para que o acusado seja presumidamente inocente, não poderia estar sendo investigado ou respondendo a uma ação penal. Esta parte da doutrina entende que a nomenclatura adequada é “estado de inocência”, já que ainda não existe sentença condenatória transitada em julgado, fazendo com que o acusado esteja protegido da situação de culpado.

Todavia, no presente trabalho utiliza-se o termo “presunção de inocência”, pois se entende que até que uma pessoa seja definitivamente culpada, presume-se, em juízo de probabilidade, que ela seja inocente, para que se possa buscar a verdade processual aceita no âmbito criminal, sem qualquer interferência do meio social, sendo aceita, também, a nomenclatura da “presunção de não culpabilidade”, que alude ao mesmo.

Superada a questão da nomenclatura, há ainda a discursão acerca do enquadramento como regra ou princípio, porém, em uma análise aprofundada entende-se pelo enquadramento como princípio constitucional, em decorrência da sua orientação à compreensão do ordenamento jurídico criminal.

Cumprido salientar, por fim, que a presunção de inocência é, antes de tudo, uma garantia política do cidadão, não podendo se imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório sem garantir a presunção de inocência⁷.

1.2. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em decorrência da complexidade do conceito de presunção de inocência, tal princípio atua em duas dimensões no processo penal brasileiro, sintetizadas em: dever de tratamento e regra de julgamento, em relação ao acusado.

Dessa forma, estas regras estão relacionadas ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal, não podendo, assim, o indivíduo que goza de presunção de inocência ser submetido ao mesmo tratamento dado aos já condenados com sentença penal transitada em julgado.

⁶ CABETTE, Eduardo Luiz. **Presunção de Inocência**: uma terminologia adequada. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/148826842/presuncao-de-inocencia-uma-terminologia-adequada>. Acesso em: 19 de mar. de 2020.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não se valoração de provas em Recurso Especial e Extraordinário**. Disponível em: <http://orcid.org/0000-0002-4526-9316>. Acesso em 21 de mar. De 2020

O dever de tratamento, conforme bem explica Aury Lopes Jr., implica no tratamento por parte do juiz e do acusador perante o acusado, que deve dar a ele condição de inocente, evitando, assim, o uso desnecessário de medidas cautelares. Bem como, impõe limites à divulgação de que o acusado é de fato culpado ou criminoso.

Eugênio Pacelli, por sua vez, traz à regra de tratamento uma imposição ao Poder Público de observância às restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, não podendo o réu, em nenhum momento, sofrê-las.

Jaime Vegas Torres explica que a presunção de inocência é um “dever de tratamento”, ou seja, está diretamente relacionada ao dever dos órgãos estatais de tratar o acusado como inocente até o trânsito em julgado⁸.

Já perante a regra de julgamento, a presunção de inocência estabelece a regra do *in dubio pro reo*, em que havendo dúvidas no julgamento, a interpretação deverá sempre se dá em favor do acusado. Além do que, deve sempre influir para a imparcialidade do julgador, que deve tratar o acusado como inocente até que a acusação comprove a autoria e materialidade do delito.

Para Eugênio Pacelli, há ainda a regra de fundo probatório, ao estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação, restando à defesa demonstrar, apenas, a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude ou de culpabilidade⁹.

Em decorrência da regra probatória, o sistema adotado no processo penal brasileiro é o acusatório, que será neste capítulo melhor trabalho, cabendo ao Estado acusador a comprovação de culpa, já que o réu é até que se prove o contrário considerado inocente.

Todavia, em situações excepcionais e previamente estipuladas por lei, o poder Estatal poderá utilizar-se de tratamento diferenciado, aplicando, por exemplo, medidas cautelares, desde que devidamente motivado e fundado em razões de extrema necessidade, não sendo possível atingir a proteção social e a efetividade da jurisdição criminal, se assim não o fizer.

1.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

De extrema importância para a compreensão deste trabalho, tendo em vista que é necessário um processo justo, dotado de garantias constitucionais, para que um indivíduo seja declarado inocente ou culpado, o princípio do devido processo legal consiste na garantia de o

⁸ TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993.

⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

indivíduo não ser privado dos seus bens ou de sua liberdade sem a tramitação de um processo nos moldes previstos em lei.

Possui suas raízes na *Magna Cartha Libertatum*, em 1215, quando o Rei João Sem Terra fez nascer alguns direitos aos nobres ingleses, dentre eles a garantia de um processo regular, denominado de direito ao devido processo legal. Tal princípio foi recepcionado pelo artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LIV.

Dessa forma, todos os demais princípios jurídicos derivam do princípio do devido processo legal, tendo em vista que o processo é o meio pelo qual se asseguram os direitos previstos legalmente, devendo a verdade processual ser buscada durante a instrução probatória, respeitando os limites do processo.

Segundo Alexandre de Moraes, duas formas de proteção ao indivíduo decorrem do princípio do devido processo legal, são elas: a proteção formal e a proteção material. Da primeira, tem-se que o processo deve ser regular em todas as suas formas, havendo o direito à ampla defesa, à duração razoável do processo, à produção de provas, à defesa técnica e todos os demais elementos que contribuam para uma situação de equilíbrio perante o Estado. Enquanto da segunda, são protegidos os direitos constitucionalmente assegurados, como o direito à vida, à isonomia, à dignidade, em que a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação das penas são asseguradas¹⁰.

Com o princípio do devido processo legal, tem-se um processo assegurador de direitos e não apenas um meio para se aplicar sanções penais, devendo a verdade processual sempre ser buscada durante a instrução probatória, vedada a utilização de provas obtidas por meio ilícito, conforme artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

Dessa forma, a execução da pena antes do trânsito em julgado afeta o preceituado pelo princípio do devido processo legal, já que fere a proteção, a defesa e a liberdade do indivíduo que ainda não deve ser tratado como culpado.

1.4. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Ao longo dos séculos a estrutura do processo penal variou bastante, em decorrência da prevalência da ideologia ora punitiva ora libertária. O sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo substituído pelo modelo inquisitório, que permaneceu até o final

¹⁰ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

do século XVIII. Atualmente, a maioria da doutrina aponta que o sistema brasileiro é misto, adotando o modelo inquisitório na fase pré-processual e o acusatório na fase processual¹¹.

O sistema inquisitório remete à inquisição, a qual não visava enfrentar a criminalidade, mas sim o desvio aos preceitos estabelecido pela Igreja Católica. Neste molde, no sistema inquisitório o juiz atuava como parte: investigava, acusava e julgava, ameaçando o acusado a confirmar todos os fatos por ele relatados, sem haver busca pela inocência e pela verdade real dos fatos, já que a insuficiência de provas reinava.

Dessa forma, o juiz, senhor da prova e do processo, não é digno de imparcialidade, uma vez que se confunde em sua pessoa a acusação e o julgamento, razão que torna o modelo inquisitório fraco e violador dos preceitos atualmente garantidos.

Logo, passou-se a adotar no sistema processual penal brasileiro o modelo acusatório, em que se separa rigorosamente a acusação do julgamento, trazendo paridade entre acusação e defesa, e acima de tudo imparcialidade ao julgador.

Como explica Aury Lopes Júnior, o sistema acusatório se caracteriza por:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição¹².

Verifica-se, portanto, que o ônus probatório pertence às partes, cabendo ao juiz apenas a garantia às regras do processo, preservando direitos fundamentais, já que este é um terceiro imparcial alheio ao processo, mero garantidor da democracia processual.

Além da nítida separação entre órgão acusador e julgador, predomina no sistema acusatório a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo, vigora a publicidade dos atos processuais, há espaço para a participação popular na justiça criminal, como ocorre no Tribunal do Júri, e a liberdade do réu é a regra.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹² *Ibidem*.

Parcela da doutrina defende que a Constituição Federal de 1988 define, ao longo de seus artigos, um processo penal acusatório, garantidor do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador.

Todavia, parte predominante da doutrina brasileira entende que o sistema adotado no processo criminal brasileiro é o sistema misto, que reúne na fase pré-processual o sistema inquisitório e na fase processual o sistema acusatório.

Essa mescla se verifica, pois durante o inquérito policial, confunde-se na pessoa da autoridade policial o ônus probatório e acusatório, trazendo a este procedimento as características do sistema inquisitório. E, durante a fase processual tem-se a separação da acusação e do julgador, cabendo às partes provarem àquilo que foi por elas alegado, sendo o juiz o mero espectador.

Em uma análise do ordenamento criminal em seu conjunto, tem-se que o sistema processual brasileiro é o sistema misto, já que o juiz leva em consideração muito daquilo que é produzido na fase inquisitiva, e para que se tenha um sistema puramente acusatório, as provas obtidas sem observância do contraditório e da ampla defesa não poderão ser admitidas.

Tendo em vista que as provas obtidas na fase inquisitiva são submetidas à ampla defesa e ao contraditório judicialmente, durante a inquirição das testemunhas e o interrogatório do réu, antes de serem utilizadas pelo magistrado em seu fundamento decisório, há ainda como se falar em um sistema acusatório.

Todavia, conforme determina o artigo 68, da Lei de Execução Penal, o Ministério Público, autor da ação penal pública, não possui autonomia para iniciar o processo de execução, que ocorre de ofício pelo magistrado.

Logo, no que tange o Processo de Execução, percebe-se na pessoa do magistrado a função de acusador e julgador, uma vez que o juiz deve tomar e manter a iniciativa da execução, à semelhança do modelo inquisitório, transferindo ao juiz da execução a responsabilidade de castigar o condenado.¹³

Tendo em vista a vontade da constituinte em garantir ao Processo Penal Brasileiro o sistema acusatório, deve-se questionar a real atribuição do Ministério Público no Processo de Execução, pois à Instituição é conferido o mero poder fiscalizatório da execução e não o poder de iniciá-la, como ocorre com o processo de conhecimento.

Verifica-se, portanto, que não há como se ter nenhum dos sistemas em sua forma pura, logo, ao se delinear o sistema legislativo brasileiro tem-se a predominância do sistema

¹³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

processual acusatório, já que é o garantido pela Constituição Federal, rainha do ordenamento jurídico interno, mas também a forte utilização do sistema misto, uma vez que é o adotado pelo Código de Processo Penal, mas nunca apenas do sistema inquisitório, violador das garantias constitucionais.

Porém, em que pese a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, o ordenamento jurídico processual brasileiro ainda está distante da máxima acusatoriedade, sendo necessária a reestruturação democrática do processo penal brasileiro, em conformidade com os preceitos constitucionais, a fim de garantir a divisão de tarefas, funções e responsabilidades¹⁴.

1.5. PRISÃO PENA

Primeiramente, é importante entender que prisão diz respeito à privação de liberdade de um determinado indivíduo, em decorrência do flagrante delito ou da determinação da autoridade judiciária, mediante ordem escrita e fundamentada, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou ainda no curso do processo, referente às prisões processuais, conforme determina o artigo 283, do Código de Processo Penal.

Quatro são as espécies de prisão: a) prisão pena; b) prisão sem pena, ou prisão processual; c) prisão disciplinar; e d) prisão civil. Interessam ao presente estudo a prisão pena, que será neste tópico abordada, e a prisão processual, que será abordada no tópico seguinte.

A prisão pena é tratada no Código Penal, e é aplicada em decorrência da sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, é a prisão decorrente da execução de decisão judicial, em que restou ordenado o cumprimento de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pena de multa.

Pena, nos ensinamentos de Guilherme Nucci, é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes, bem como prevê o artigo 59, do Código Penal¹⁵.

De acordo com o modelo garantista penal, não há: a) pena sem crime; b) crime sem lei; c) lei penal sem necessidade; d) necessidade de lei penal sem lesão; e) lesão sem conduta; f) conduta sem dolo e culpa; g) culpa sem o devido processo legal; h) processo sem acusação; i) acusação sem prova fundamentada; e j) prova sem ampla defesa.

¹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Pág. 366.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Portanto, para que se possa minimizar a violência e maximizar a liberdade, deve-se observar a estrita legalidade, base do Estado Democrático de Direito, impondo limites à função punitiva do Estado.

Da mesma forma, serão garantidos ao apenado todos os direitos e garantias fundamentais previstos, implícita ou expressamente, pela Constituição Federal, tendo como princípios regentes à pena, entre outros:

- a) Princípio da personalidade, que significa que a pena não pode passar da pessoa do delincente (art. 5.º, XLV, CF);
- b) Princípio da legalidade, que estabelece que a pena não poderá ser aplicada sem prévia cominação legal – *nulla poena sine lege* (art. 5.º, XXXIX, CF);
- c) Princípio da proporcionalidade, traz que a pena deve ser aplicada de maneira proporcional ao crime, guardando equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta (art. 5.º, XLVI, CF);
- d) Princípio da individualização da pena, demonstrando que, para cada delincente, o Estado-juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando, assim, a pena padrão (art. 5.º, XLVI, CF);

Cabe ainda ressaltar as espécies de pena previstas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e pena pecuniária.

Existem três tipos de penas privativas de liberdade: reclusão e detenção, destinadas ao crime, permitem o regime aberto, semiaberto e fechado; e prisão simples, destinada às contravenções penais, permitindo apenas os regimes semiaberto e aberto, nunca fechado.

As penas restritivas de direito, por sua vez, são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, visando evitar o encarceramento de determinados indivíduos. São divididas em diversas espécies: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores.

E, por último, a pena pecuniária corresponde à pena de multa, que pode ser aplicada cumulativamente à pena privativa de liberdade ou substituindo-a, e tem seu valor destinado ao Fundo Penitenciário.

Conclui-se, assim, que a prisão pena será cumprida durante a fase de execução penal, que se iniciará após o término da persecução penal, logo, após serem exaustos todos os recursos cabíveis, momento em que há a concreta pretensão de punir do Estado.

1.6. PRISÃO PROCESSUAL

A prisão sem pena, prisão processual, prisão cautelar ou ainda prisão provisória, possui natureza puramente processual, não tem caráter condenatório, mas sim cautelar objetivando assegurar o bom desempenho e a efetividade das investigações e processos criminais, da execução penal ou ainda, impedir que o acusado volte a cometer novos delitos enquanto solto.

Estipulada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão processual pode se dar nas formas de prisão em flagrante, prisão preventiva ou prisão temporária, e possui como pressupostos indispensáveis para a sua decretação o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*.

O *periculum libertatis* corresponde ao risco do processo em deixar o réu solto até que ocorra o trânsito em julgado da sentença e o processo chegue ao seu fim, já que existe a possibilidade de o réu fugir, ameaçar testemunhas ou até mesmo reincidir na conduta criminosa, se não tiver sua liberdade privada.

Enquanto que o *fumus commissi delicti* corresponde a alta probabilidade de o réu vir a ser condenado, conhecido nos demais ramos do direito como *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito. Dessa forma, a presunção de que uma pessoa só poderá ser presa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória fica aqui violada, já que havendo forte demonstração de o réu vir a ser condenado ao fim do processo, poderá de logo ser privado de sua liberdade.

As prisões processuais são consideradas como medidas cautelares de natureza processual e buscam garantir o correto desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do poder de punir do Estado¹⁶.

Já em uma análise de direito comparado, a prisão no processo penal equivale à tutela de urgência do processo civil, tendo em vista que a tutela de urgência se concede quando existem elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo¹⁷.

Portanto, para que a prisão processual ocorra deverá estar baseada na alta necessidade de manter o réu preso em benefício do processo e na provável condenação ao fim do processo, já que a prisão processual possui finalidade meramente cautelar.

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Para Renato Brasileiro, o ideal seria admitir a privação da liberdade de locomoção apenas como força de prisão pena, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, entre a prática do ilícito penal e o provimento jurisdicional adequado, a eficácia do trâmite processual pode ser comprometida, cabendo, assim, a adoção das medidas cautelares¹⁸.

Como dito, a execução penal provisória, será permitida em forma de prisão em flagrante, prisão preventiva ou prisão temporária.

A prisão em flagrante possui natureza administrativa, já que poderá ser realizada sem a necessidade de expedição de mandado de prisão por autoridade judicial, conforme autoriza o artigo 5º, LXI, e é realizada no instante em que se desenvolve ou se conclui uma infração penal, podendo ser realizada por qualquer do povo ou pelo Estado, no exercício do poder de polícia, conforme prevê o artigo 301, do Código de Processo Penal.

Guilherme Nucci traz como fundamento da prisão em flagrante o fato de poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito¹⁹.

O artigo 302, do Código de Processo Penal estipula o flagrante como sendo:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Aury Lopes Júnior entende que ninguém poderá permanecer preso sob o fundamento da prisão em flagrante, discordando do enquadramento desta modalidade de prisão como prisão cautelar, tendo em vista a limitação temporal de 24 horas e a necessidade de substituição por prisão preventiva, caso os requisitos para tanto sejam cumpridos.

Todavia, diante da função da prisão cautelar de assegurar a eficácia da investigação e do processo, a maior parte da doutrina entende que a prisão em flagrante é sim medida excepcional enquadrada como prisão cautelar, uma vez que analisa a periculosidade do agente em função da efetividade das investigações pré-processuais.

A prisão preventiva por sua vez, é uma medida cautelar de restrição da liberdade do réu em decorrência da necessidade social e processual, devendo cumprir os requisitos fixados por lei.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Ed. Jus PODIVM. p. 993.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Conforme determina o artigo 311, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, a requerimento da autoridade policial, do Ministério Público ou do querelante ou seu assistente.

Aury Lopes Júnior critica a possibilidade de decretação de ofício pelo magistrado da prisão preventiva, já que ao assim agir o ente julgador está incorporando a função de ente acusador, tendo tal atitude resquícios no sistema inquisitório, e sendo, portanto, uma violação à imparcialidade²⁰.

Além disso, a prisão preventiva somente poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pela liberdade do réu, conforme artigo 312, do Código de Processo Penal.

Todavia, a garantia da ordem pública é demasiadamente ampla e causa diversas interpretações, podendo ser usada como resposta ao clamor público e trazer credibilidade ao Poder Judiciário.

Portanto, alguns autores, como Aury Lopes Júnior, entendem que decretar prisão preventiva como garantia da ordem pública afasta a sua natureza cautelar e deve ser tida como inconstitucional, já que o ordenamento jurídico brasileiro traz a prisão como *ultima ratio* e sua decretação antecipada por justificativas fracas fere o poder punitivo estatal.

Por fim, a prisão temporária possui legislação própria, tal seja a lei 7.960 de 1989, e tem seu cabimento determinado pelo artigo 1º, da referida lei, *in verbis*:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso;

b) sequestro ou cárcere privado;

c) roubo;

d) extorsão;

e) extorsão mediante sequestro;

f) estupro;

g) atentado violento ao pudor;

h) rapto violento;

i) epidemia com resultado de morte;

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- l) quadrilha ou bando;
- m) genocídio, em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas;
- o) crimes contra o sistema financeiro;
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

A prisão temporária, assim como a preventiva, somente poderá ser decretada pelo juiz, em face de representação do Ministério Público ou da autoridade policial e terá prazo de duração de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Aury Lopes Júnior ensina que no Brasil primeiro se pune para depois processar, o que traz às prisões cautelares o caráter punitivo e não repressivo, nas seguintes palavras:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*²¹.

Uma vez que a presunção de inocência existe exatamente para que o processo penal seja válido, garantindo ao Estado a legitimidade para ao fim da persecução penal, condenar alguém²², qualquer espécie de prisão antecipada fundada em mero teor punitivo deverá ser, imediatamente, declarada como inconstitucional, em decorrência da configuração como antecipação de pena.

Conclui-se, portanto, que as prisões cautelares não possuem finalidade de “fazer justiça”, mas sim de garantir que o processo funcione e que a justiça seja efetivada durante o curso de toda a instrução processual, e não apenas punam preliminarmente as condutas em investigação.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²² DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

2. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o processo criminal passa da sua fase de conhecimento para a fase de execução, conhecida como Execução Penal, momento em que a sentença condenatória será efetivamente cumprida e a pena aplicada, seja por meio de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de pena pecuniária.

Logo, têm-se como pressupostos da execução penal a sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual servirá como título executivo judicial e a capacidade pessoal de submeter-se à execução.

A Execução da Pena está regulada pelo livro IV do Código de Processo Penal, dos artigos 668 a 779, bem como, e de maneira mais aprofundada, pela lei 7.210/84, mais conhecida como Lei de Execuções Penais.

O órgão responsável pela execução da pena é o Juízo da Execução, juntamente com o Governo dos estados, logo, a execução penal provisória deverá tramitar perante a Vara de Execuções Penais, bem como os pedidos a ela relacionados.

Desse modo, não poderá a execução tramitar perante o juízo da condenação, uma vez que toda matéria relativa à execução penal compete ao juízo da execução, e assim, é considerado como garantidor da individualização da pena, constitucionalmente previsto no artigo 5º, incisos XLVI, e da humanização da pena, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme determina a Lei de Execuções Penais em seu artigo 66.

O princípio da individualização da pena garante aos condenados em processo criminal que a pena aplicada leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, não devendo a pena aplicada ser a mesma à aplicada em casos similares.

Deste princípio decorre a divisão da pena em três etapas, sendo a primeira a aplicada pelo legislador, estabelecendo patamares mínimos e máximos; a segunda, a aplicada pelo juiz ao caso concreto, com base nas características pessoais do autor do delito; e a terceira, a aplicada pelo juiz da execução, que determina o cumprimento individualizado da sanção aplicada.

Já o princípio da humanização da pena veda o tratamento degradante e a tortura aos que possuem sua liberdade restringida em decorrência da prática de um ilícito penal. Como dito, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e é a base do Estado Democrático de Direito, e tem sua previsão em diversos incisos do artigo 5º, da Constituição Federal, a exemplo:

III – Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

XLVII – Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral²³.

Do mesmo modo, versa o artigo 75 do Código Penal que não haverá pena privativa de liberdade com cumprimento superior a 40 anos, o que limita a pena de caráter perpétuo.

Todavia, em grau de exceção, a execução penal poderá se dar no curso do processo criminal, de maneira provisória, ou seja, antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em decorrência da enorme relevância para a melhor compreensão deste trabalho, as hipóteses de execução penal provisória serão apresentadas em tópico a parte neste mesmo capítulo.

2.1. HIPÓTESES DE EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

Como visto, em decorrência do princípio da presunção de inocência, juntamente com os ditames do artigo 283, do Código de Processo Penal, a execução penal, via de regra, se dá apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, todavia, esta regra não é absoluta e admite algumas exceções, podendo ocorrer, então, a execução penal provisória.

Deve-se salientar que para que a execução penal provisória se consuma, as garantias dadas à execução penal deverão, também, ser asseguradas, o que promoverá a antecipação da obtenção de benefícios, tais como a progressão de regime e o livramento condicional²⁴.

Em um apanhado geral, a execução provisória será permitida nos casos em que o réu encontre-se cumprindo prisão cautelar, bem como quando não houver mais recursos a serem interpostos pela acusação, apenas pela defesa, tendo ocorrido, portanto, o trânsito em julgado para a acusação, mas não para a defesa, ou ainda, quando for cabível a interposição de recurso pela acusação, mas tal recurso não vise prejuízo ao réu, seja em relação aos direitos postulados, seja em relação à pena.

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 de abr. de 2020.

²⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Para Marcão²⁵, apenas se permite a execução provisória no ordenamento jurídico brasileiro quando houver prisão preventiva, a qual poderá ser decretada durante a investigação criminal ou no curso do processo, pelas razões anteriormente apresentadas, desde que mantida na sentença condenatória ou nela decretada.

Para o autor, a execução provisória pressupõe o encarceramento cautelar decorrente da prisão preventiva e a existência de sentença penal condenatória não transitada em julgado, não havendo recurso da acusação, apenas da defesa, o que possibilita a antecipação da obtenção dos benefícios da execução penal.

Nucci²⁶, assim como Marcão, entende ser cabível a execução penal provisória apenas no caso de prisão cautelar, decorrente de prisão preventiva, bem como afirma não ser cabível a execução provisória de sentença penal condenatória após confirmação pelo segundo grau de jurisdição, tendo em vista a ausência do trânsito em julgado, o que a tornaria *sui generis*. Todavia, nada impede a decretação da prisão preventiva, tornando a execução provisória totalmente viável.

Na pendência de recurso desprovido de efeito suspensivo, como é o caso do Recurso Ordinário e do Recurso Extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal admitiam a execução penal provisória.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 267: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

Nucci²⁷ considera tal entendimento como inconstitucional, em decorrência da previsão constitucional da presunção de inocência que estabelece que apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é que se pode haver a execução penal.

Diante do questionamento em relação a regra da presunção de inocência, o plenário do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, mudou o entendimento outrora firmado, deixando de admitir a execução provisória na pendência de recurso desprovido de efeito suspensivo, exceto se o réu encontrar-se preso em razão de prisão preventiva regularmente decretada.

Apesar da retomada pela Suprema Corte ao entendimento anterior, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, ocorrido no ano de 2016, o atual entendimento fixado pela Corte, no julgamento coletivo das ADC nº 43, 44 e 54, no ano de 2019, é o da não admissibilidade

²⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²⁷ *Ibidem*

de execução penal provisória em razão da ausência de efeito suspensivo dos Recursos Ordinário e Extraordinário, sendo possível apenas no caso de prisão preventiva.

Tal entendimento encontra-se amparado pelo artigo 283, do Código de Processo Penal e pelo artigo 105, da Lei de Execuções Penais, ambos em conformidade com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que admitem a execução apenas quando houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a exceção da execução provisória por intermédio da prisão preventiva.

Já no que tange a execução provisória de penas restritivas de direito, Marcão²⁸ ensina não ser cabível, já que apenas é possível quando o réu estiver preso em razão de prisão preventiva, exigindo para tanto o trânsito em julgado da condenação à pena restritiva de direitos.

A mesma inviabilidade é observada na execução provisória do *sursis* da pena, tendo em vista que o artigo 160, da Lei de Execuções Penais, é expresso ao dizer que a execução do *sursis* somente é cabível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que se encontra constitucionalmente amparado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Ademais, depreende-se do artigo 50, *caput*, do Código Penal e do artigo 164, *caput*, da Lei de Execuções Penais, que a pena de multa, também, não poderá ser executada provisoriamente, pois, como ensina Norberto Avena, a multa apenas poderá ser exigida quando não mais couber recurso contra a decisão condenatória, sendo indiferente o fato de ter sido interposto recurso, com efeito suspensivo ou não²⁹.

Por fim, com o advento da lei 13.964/2019, que alterou o artigo 492, inciso I, do Código de Processo Penal, inserindo a alínea “e”, a execução penal provisória passou a ser permitida no rito do Tribunal do Júri, desde que exista condenação igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Tal hipótese também levantou o questionamento quanto a sua constitucionalidade, tendo em vista o entendimento fixado pelo julgamento conjunto das ADC 43, 44 e 54 no ano de 2019, e sua afronta ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Diante da necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, estipulados pela Constituição Federal e pelo próprio Código de Processo Penal em seu artigo 283, tornar automática a prisão após condenação proferida pelo Tribunal do Júri acaba por afrontar tais normativas, ainda que não cause prejuízo à interposição dos eventuais recursos.

²⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁹ AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

Por este motivo, o Supremo Tribunal Federal está debatendo no Recurso Extraordinário 1.235.340 a possibilidade ou não da imediata execução das sentenças condenatórias de pena igual ou superior a 15 anos proferidas pelo Tribunal do Júri.

Em que pese a pendência de julgamento quanto a constitucionalidade ou não da execução provisória no rito do Tribunal do Júri, diversos pronunciamentos contra tal possibilidade já foram produzidos, conforme se verifica na decisão do Min. Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* 176.229/MG:

é integralmente ilegítima a decisão que determina a execução provisória da pena, em razão de condenação dimanada do Tribunal do Júri, de modo que a privação de liberdade do condenado, em tais circunstâncias, somente pode se dar se presente motivo justo a reclamar a decretação da prisão preventiva.³⁰

Conclui-se, então, que a execução penal provisória apenas é cabível quando decorrente de prisão preventiva, desde que cumpridos todos os requisitos para tal decretação. Devendo qualquer outra forma de execução provisória ser considerada como modalidade *sui generis* de execução, além de ser uma violação ao princípio da presunção de inocência.

Importante salientar que, antecedido pelo direito à vida, o direito à liberdade é o mais precioso direito concedido ao ser humano, não devendo ser violado sem que existam reais motivos para tanto, uma vez que além de ferirem uma garantia constitucional ferem o poder punitivo do Estado, que perderá sua eficácia ao privar a liberdade de um cidadão por bagatelas.

2.2. JUSTIFICATIVAS À EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

A favor da execução penal provisória tem-se a demora do Poder Judiciário em apresentar uma resposta às demandas que lhe são propostas, realizando a efetiva punição daqueles que infringiram a legislação, o que acarreta muitas vezes na prescrição da pretensão punitiva do Estado.

O instituto da prescrição é de extrema importância no Direito Penal, pois é através dele que se limita o tempo do Estado em dar uma resposta aos seus jurisdicionados, bem como trás segurança jurídica a estes, sendo, portanto, o tempo precioso tanto para o Estado quanto para os jurisdicionados.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Habeas Corpus 176.229/MG**. *Habeas Corpus*. Execução provisória da pena dimanada do Tribunal do Júri. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Soberania dos Vereditos. Art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26/06/2019. Disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190930-11.pdf>. Acesso em: 05 de ago. de 2020.

Sem a prescrição, o Estado, detentor do poder de punir, segue sem pressa de apresentar uma resposta, deixando os processos parados por anos, além disso, o poder de punir do Estado perde sua eficácia, já que o próprio tempo permite a correção do acusado, afastando a necessidade de punição criminal.

Conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt: “Esse direito que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo”³¹.

Esse posicionamento decorre do pensamento punitivista implantado na sociedade brasileira, que aplaude os encarceramentos mesmo na incerteza quanto à prova do fato e na ausência de informação quanto à culpabilidade do agente.

Ocorre que o papel do Supremo Tribunal Federal é o de proteger a Constituição Federal e as garantias nela asseguradas, e não o de agradar a sociedade punitivista, tendo em vista que suprimir garantias constitucionais não fazem com que os processos tramitem de maneira mais célere.

E, em decorrência da longa demora dos trâmites processuais e dos inúmeros recursos apresentados em determinados casos, as prisões cautelares não tem observado o limite legal de duração, fazendo com que os réus de processos criminais passem demasiado período de tempo confinados em um regime mais grave ao que lhe seria aplicado, seja por lei ou por decisão de um magistrado.

Com isso, verificou-se que para que uma pena seja executada provisoriamente, todas as garantias dadas à execução penal devem ser asseguradas. Surgindo assim outra justificativa apresentada a favor da execução provisória, que é a promoção da antecipação da obtenção de benefícios, tais como a progressão de regime e o livramento condicional.

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal editou as súmulas 716 e 717, a seguir expostas:

Súmula 716, STF – Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717, STF – Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Tais súmulas evidenciaram a fragilidade do Poder Judiciário em exercer sua função punitiva e dar uma resposta em prazos razoáveis, tendo em vista o fato de o réu preso, ainda presumido inocente, ter passado tempo suficiente para progredir de regime.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 3. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 887.

Todavia, surgiu o questionamento de se conceder benefícios de pessoas culpadas a inocentes, tendo o Supremo Tribunal Federal justificado o enunciado 716 como sendo uma atenuante aos prejuízos causados a quem responde uma ação penal privado de sua liberdade, a ocorrer nos termos do artigo 112, da Lei de Execução Penal.

O mesmo ocorreu com a súmula 717, que concedeu a progressão de regime em decorrência da execução da pena fixada em sentença recorrível ao preso especial, aquele recolhido em local distinto da prisão comum, conforme estabelece o artigo 295, do Código de Processo Penal.

Por último, mas não menos importante, outra justificativa apresentada em favor da execução provisória está amparada na ausência de efeito suspensivo dos Recursos Especial e Extraordinário, apresentados para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Considerados por muitos como mera prorrogação da punição, os Recursos Especial e Extraordinário possuem a função de analisar questões de ordem constitucional e federal, deixando para os demais recursos a análise fática, e protegendo, assim, a manutenção do ordenamento jurídico nacional.

Quanto à existência ou não de efeito suspensivo no Recurso Especial e no Recurso Extraordinário, ambos os recursos eram tidos como vazios de efeito suspensivo, conforme previsão do artigo 637, do Código de Processo Penal.

Todavia, não é possível admitir-se apenas efeito devolutivo aos Recursos Especial e Extraordinário no âmbito criminal, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito da existência de efeito suspensivo no Recurso Especial em diversos julgados, como vemos a seguir:

I - Presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, requisitos essenciais ao deferimento da cautela, **justifica-se a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, a fim de evitar que, até o julgamento do apelo raro, o requerente seja desnecessariamente submetido ao *streptus iudicii*** por haver tentado subtrair, em supermercado, um frasco de loção pós-barba no valor de R\$ 7,90.

II – Ausência, *in casu*, de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Medida cautelar julgada procedente.

STJ - MEDIDA CAUTELAR Nº 5.673 - MG (2002/0133375-6) (DJU 28.04.03, SEÇÃO 1, j. 18.03.03). RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER. EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. VALOR ÍNFIMO DA RES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM

JURÍDICO TUTELADO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO
SUSPENSIVO³². (grifo nosso)

Com o julgamento do HC 84.078/MG definiu-se que o princípio constitucional da presunção de inocência deve prevalecer ao disposto no artigo 637, do Código de Processo Penal, atribuindo ao Recurso Extraordinário efeito suspensivo, conforme se interpreta:

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] **recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença**".

A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

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

2. Daí que **os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.**

3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.**

4. **A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.** Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS. EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL³³. (grifo nosso)

Observa-se, portanto, que o Recurso Extraordinário é tido como detentor de efeito suspensivo pelo Supremo Tribunal Federal, sendo o Recurso Especial tratado da mesma forma pelo Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, verifica-se que apenas poderá haver execução provisória se for de natureza cautelar, não podendo ocorrer pelo simples fato da ausência de efeito suspensivo, contrariando a justificativa dada à execução provisória por muitos.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar 5.673/MG**. Penal e Processual Penal. Tentativa de furto. Valor ínfimo da res. Princípio da Insignificância. Ausência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Recurso Especial. Efeito Suspensivo Relator: Min. Felix Fischer, 28/04/2003. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn=%27000671722%27>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Min. Eros Grau, 05/02/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

2.3. ÓBICES À EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA

O principal óbice dado à execução penal provisória está baseado na garantia constitucional da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Carta Magna, e outrora abordada neste trabalho.

Como asseguram os diversos tratados internacionais, a garantia da presunção de inocência atribui ao réu o direito de ser tido como inocente até que seja comprovado o contrário.

A Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴ em seu artigo 8.2, assim garante:

Artigo 8. Garantias judiciais

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

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁵ traz a mesma garantia em seu artigo 14.2:

Artigo 14

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Em todos esses dispositivos legais percebe-se que a culpa apenas será comprovada após uma decisão final que aprecie o mérito da causa, logo, deve haver uma sentença condenatória não passível de revisão, ou seja, que não pode ser impugnada por recurso.

A garantia da presunção de inocência assegura, portanto, ao réu o tratamento como inocente até que se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em decorrência disso não poderá ser tido como criminoso e tampouco como tal ser tratado.

Além disso, a garantia da presunção de inocência assegura que a interpretação da norma no caso concreto deverá se dar em favor do réu, nos momentos em que existirem dúvidas quanto a sua aplicação, devendo a acusação provar o contrário.

Todavia, havendo extrema necessidade tal garantia poderá ser relativizada, como acontece com a execução provisória por meio da prisão preventiva, caso em que deverá haver fundada necessidade de assim o fazer para garantir a efetividade da jurisdição criminal.

³⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 06 de maio de 2020.

³⁵ BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 06 de maio de 2020.

Em decorrência da presunção de inocência, tem-se o óbice do trânsito em julgado, base do Estado democrático de Direito e definido como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

O trânsito em julgado é caracterizado pela decisão da qual não se pode apresentar nenhum recurso, não devendo ser confundido com coisa julgada, seja ela material ou formal, que é criada com o trânsito em julgado.

Conforme leciona José Carlos Barbosa³⁶:

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

Logo, conforme estipula o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal e o artigo 283, do Código de Processo Penal, ninguém poderá ser considerado culpado, tampouco preso, quando não houver sentença penal condenatória transitada em julgado.

Embora existam fortes motivações sociais que amparem a necessidade de respostas judiciais mais rápidas e eficientes, capazes de promover segurança pública e o combate à impunidade, principalmente dos detentores de poder, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente, afastar as garantias da presunção de inocência e do devido processo legal.

Conclui-se, portanto, que a execução provisória não possui o dever de punir aqueles que possuem recursos financeiros para permanecer recorrendo ao Poder Judiciário da decisão que lhe condenou, tampouco a presunção de inocência possui a função de livrar estas pessoas da punição.

Deve-se punir provisoriamente aquele que praticou um crime de tamanha gravidade que justifique a sua punição antecipada, ou aquele que prejudica a efetividade da instrução criminal, sendo um perigo para a sociedade e para a jurisdição criminal. E assim, devidamente fundamentada no artigo 312, do Código de Processo Penal e não na mera pretensão política dos órgãos hierárquicos.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 145.

3. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como guardião da Constituição Federal, ao longo dos anos vem sendo discutido no Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade ou não da execução penal provisória no Brasil, tendo em vista a forte influência da garantia da presunção de inocência.

Neste sentido, diversos juristas passaram a apresentar seus posicionamentos sobre o tema, tendo a maioria se posicionado pela inconstitucionalidade da execução provisória após a condenação pelo segundo grau de jurisdição e assim defendendo a garantia da presunção de inocência.

Para o melhor entendimento do assunto, neste capítulo será apresentada a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, trazendo uma comparação dos entendimentos firmados pela Suprema Corte acerca da possibilidade da execução penal provisória após decisão condenatória em segunda instância.

Inicialmente será apresentado o julgamento de 1991, dado com o *Habeas Corpus* 68.726, de relatoria do Ministro José Néri da Silveira. Em seguida o *Habeas Corpus* 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado no ano de 2009. Precedido pelo julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, ocorrido em 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

E por fim, será apresentado o julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio e se deu no ano de 2019, sendo, portanto, o entendimento então vigente.

3.1. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A primeira discussão, após a Constituição Federal de 1988, sobre a possibilidade de prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição ocorreu no Supremo Tribunal Federal, no ano de 1991, com o julgamento do *Habeas Corpus* 68.726, de relatoria do Ministro José Néri da Silveira.

Na ocasião, a Corte decidiu, por unanimidade, que a prisão antes do trânsito em julgado não ofendia o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, sendo perfeitamente compatível, portanto, constitucional³⁷.

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. **Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição.** De acordo com o § 2º do art. 27, da lei n 8.038/1990, **os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo.** Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelará em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu.

Habeas Corpus 68.726/DF. Ementa: *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO. (grifo nosso)

Tal entendimento perdurou por anos na Corte, até que em 2009, com significativa mudança na composição plenária do Tribunal, durante o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, o STF decidiu, por sete votos a quatro, que a prisão após a condenação em segunda instância era incompatível com o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal e, portanto, ilegal.

O argumento sustentado pelo relator, acompanhado por mais seis Ministros, foi o de que, apesar de o artigo 637, do Código de Processo Penal, estabelecer que o Recurso Extraordinário não possua efeito suspensivo, o entendimento que deveria prevalecer, em consonância com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seria o previsto nos artigos 105 e 147, da Lei de Execuções Penais, que condicionaram, respectivamente, a execução da pena privativa de liberdade e da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória, como demonstra parte do julgado apresentada no capítulo anterior³⁸.

A Corte fixou, portanto, que a execução da sentença penal condenatória, enquanto têm-se pendência de recursos, é incompatível com o princípio da presunção de inocência,

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 68.726/DF**. *Habeas Corpus*. Sentença Condenatória mantida em Segundo Grau. Mandado De Prisão Do Paciente. Invocação Do Art. 5º, Inciso LVII, da Constituição. Código De Processo Penal, Art. 669. Relator: Min. José Néri da Silveira, 28/06/1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-100467989?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 de maio 2020.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. *Habeas Corpus*. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Min. Eros Grau, 05/02/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

proibindo a prisão-pena antes do seu trânsito em julgado, e somente permitindo a execução de natureza cautelar, devidamente fundamentada em elementos concretos que a justifiquem³⁹.

Em 2016, quando seis dos onze ministros que compunham a Corte durante o julgamento anterior haviam deixado de integrá-la, o Supremo Tribunal Federal reanalisou o tema com o *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidindo mais uma vez pela possibilidade de prisão após condenação confirmada em segundo grau, novamente por sete votos a quatro.

Os argumentos favoráveis ao entendimento firmado foram os de que deve haver ponderação entre o princípio da presunção de inocência, a efetividade da função jurisdicional do Estado e a razoável duração do processo.

Restando fixado o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não será comprometido com a execução provisória de sentença penal condenatória proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário⁴⁰.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII da Constituição Federal.
HABEAS CORPUS 126.292/SP. CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5o, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. (grifo nosso)

No mesmo ano, o plenário da Corte negou a concessão de liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, em decorrência da possibilidade de execução penal após confirmação de condenação pelo segundo grau de jurisdição, mesmo que ainda estivessem pendentes Recursos Especial ou Extraordinário.

Como a decisão tomada com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 não foi definitiva e permaneceu passível de alteração até o ano de 2019 com o julgamento do mérito de tais Ações, determinados ministros se recusaram a aplicar a orientação dada pela Corte no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP e resolveram por aguardar a interpretação a ser dada no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

³⁹ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A Oscilação Decisória no STF acerca da Garantia da Presunção de Inocência**: Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. RIL: Brasília, 2018.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. *Habeas Corpus*. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

3.2. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43, 44 E 54 E O ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente deve-se compreender que a Ação Declaratória de Constitucionalidade, com previsão legal no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, visa confirmar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade poderá ser apresentada perante o Supremo Tribunal Federal, pelos legitimados no artigo 103, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conclui-se, então, que diante da necessidade de se declarar a constitucionalidade de determinado dispositivo legal os legitimados devem apresentar uma Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para que seja confirmada a compatibilidade de tal dispositivo com a Constituição Federal.

Diante de tal possibilidade e da decisão tomada em 2016, através do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, o Partido Patriota, anteriormente denominado Partido Ecológico Nacional, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sua legitimidade postulatória, ajuizaram no mês de maio do mesmo ano as ADC 43 e 44, cujo tema central estava baseado no artigo 283, do Código de Processo Penal, o qual estabelece a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco inicial para a execução penal, bem como permite a execução penal provisória apenas em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Na ADC 43, o Partido Patriota afirma que a mudança ocorrida com o julgamento do HC 126.292/SP se deu sem o exame de constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, sendo, portanto, a decisão incompatível com a norma Processual Penal, que deveria ter sido, também, declarada inconstitucional para que a decisão tivesse eficácia.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por sua vez, alega na ADC 44 que a decisão tomada no julgamento do HC 126.292/SP gera controvérsia jurisprudencial em relação ao princípio da presunção de inocência e que, apesar de a decisão do Plenário não possuir efeito vinculante, os Tribunais têm seguido o entendimento fixado pela Corte e ignorado o disposto no artigo 283, do Código de Processo Penal, que permanece válido, já que a Suprema Corte não discutiu acerca do dispositivo legal.

Apesar de possuir como objeto o mesmo das ADC 43 e 44, em abril de 2018, o Partido Comunista do Brasil ajuizou a ADC 54, pedindo para que o Supremo Tribunal Federal declare a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, com efeito vinculante, ou seja, a ser observado obrigatoriamente por todos os Tribunais.

Diante da semelhança das ações, o julgamento das ADC 43, 44 e 54 se deu conjuntamente em Plenário, com início no mês de outubro e término no mês de novembro do ano de 2019, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, e declarou a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, tendo o entendimento sido alterado por 6 votos a 5, passando a permitir a prisão apenas após o trânsito em julgado, ou seja, depois de esgotados todos os recursos.

Votaram contra a prisão em segunda instância os ministros: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio de Melo e Rosa Weber. Enquanto que os ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Edson Fachin votaram a favor da prisão após condenação em segunda instância.

Os ministros vencidos, que votaram pela manutenção da prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição, argumentaram que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência, desse modo, alguém que foi condenado por dois graus da Justiça já não mais é considerado totalmente inocente, mesmo que consiga comprová-la futuramente.

Afirmaram também que a Constituição Federal não impede tal interpretação, além de que as provas do processo são produzidas apenas nas duas primeiras instâncias, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal a análise destas.

O Ministro Luiz Fux votou pela possibilidade da execução provisória, pois o princípio da presunção de inocência não está vinculado à prisão, bem como alegou que tanto o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não analisam a autoria e a materialidade do delito, que se encerram nos Tribunais de Segundo Grau.

Por fim, o Ministro Luiz Fux destacou que a possibilidade de prisão após a condenação pelo segundo grau de jurisdição está prevista em diversos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e está submetido.

O ministro Luís Roberto Barroso votou pela inconstitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal e destacou que o requisito para decretar a prisão não é trânsito em julgado, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente.

Para o ministro, as teses apresentadas contra a possibilidade da execução provisória não sobrevivem à realidade, bem como atrelar a prisão ao trânsito em julgado incentiva a interposição de recursos protelatórios, contribuindo para a impunidade.

Para o ministro Alexandre de Moraes, uma decisão condenatória de segunda instância amparada no devido processo legal afasta o princípio da presunção de inocência e autoriza a execução da pena, tendo em vista que as instâncias ordinárias são as responsáveis pelo exame dos fatos e das provas.

Já a ministra Cármen Lúcia acompanhou o ministro Alexandre de Moraes afirmando que a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de inocência, tendo em vista o esgotamento das instâncias ordinárias, bem como a harmonia com o devido processo legal e a prisão por ordem escrita, previstos nos incisos LIV e LXI, também do artigo 5º, da Constituição Federal.

O ministro Edson Fachin também votou pela constitucionalidade da execução penal após condenação pelo segundo grau de jurisdição, uma vez que não exclui a garantia dada pela presunção de inocência, excetuando apenas os casos em que o efeito suspensivo for expressamente atribuído ao recurso.

O ministro afirmou ainda que a jurisprudência da Corte Interamericana e da Corte Europeia limita a aplicação da garantia da presunção de inocência, em decorrência da efetividade da jurisdição criminal, o que deve ser observado no Brasil.

Portanto, para tais ministros o que ocorre é uma interpretação constitucional, como resultado da necessidade de ponderação entre o princípio da presunção de inocência e outros que possuem a mesma relevância, evitando que haja uma obediência cega à presunção de inocência em uma visão demasiadamente garantista e protetiva.

Como observa Guilherme Nucci, no julgamento anterior os ministros da Suprema Corte decidiram por combater a impunidade em decorrência do excesso de apresentação de

Recurso Especial e Extraordinário com o simples objetivo de postergar o trânsito em julgado e atingir a prescrição⁴¹.

No entanto, os ministros, em sua maioria, entenderam que, segundo a Constituição Federal, a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência, e de tal modo, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O relator, ministro Marco Aurélio Mello, votou pela constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, em decorrência da literalidade do inciso LVII do artigo 5º, da Constituição Federal, que estipula o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Afirmou também que a exceção ao esgotamento dos recursos decorre apenas do artigo 312, do Código de Processo Penal, que permite a prisão preventiva, portanto, deve-se suspender a execução provisória de penas que tenham sido determinadas antes do trânsito em julgado senão por razão de prisão preventiva.

O relator foi seguido pela ministra Rosa Weber e pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, que afirmaram ser o artigo 283, do Código de Processo Penal absolutamente compatível com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Para a ministra Rosa Weber a Constituição define como prazo para formação da culpa o trânsito em julgado, portanto, a prisão pena deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado, sendo permitida antes desse momento a prisão cautelar, como garantia da ordem pública e econômica ou para assegurar o cumprimento da pena.

A ministra afirma ainda, que apesar da sociedade possuir argumentos plausíveis de que o processo penal não é efetivo e não se dá em prazo razoável, não se pode resolver com a supressão de garantias, mas sim com o aperfeiçoamento da legislação, cabendo aos ministros do Supremo Tribunal Federal o mero cumprimento da vontade do constituinte.

O ministro Ricardo Lewandowski também considera o artigo 283, do Código de Processo Penal compatível com a Constituição Federal e, afirma que a Magna Carta Brasileira não comporta interpretação, devendo ser aplicada como prevista pelo constituinte, e não pode ser rasgada sempre que contrariar forças políticas do momento.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, também votou pela constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, afirmando que após a decisão de 2016 os Tribunais passaram a aplicar distorcidamente o fixado pelo Supremo Tribunal Federal, pois entenderam

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

que a prisão era automática e obrigatória, sem que fossem demonstrados os requisitos e individualizado no caso concreto, o que fere o princípio da presunção de inocência.

Já o ministro Celso de Mello afirmou que todos os ministros do Supremo Tribunal Federal concordam que devem ser repudiadas todas as modalidades de crimes praticados, o que afasta a tese de que o princípio da presunção de inocência serve para obstruir o poder punitivo estatal, bem como ressaltou que a necessidade de trânsito em julgado não impede a decretação das prisões cautelares, desde que devidamente fundamentadas.

Por fim, o ministro Dias Toffoli, autor do voto de desempate, afirmou que o Supremo Tribunal Federal discute a validade do artigo 283, do Código de Processo Penal, segundo o qual uma pessoa só será presa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que não é mais cabível qualquer recurso. O ministro destacou que a decisão do Supremo é abstrata, ou seja, não visa beneficiar alguém especificamente.

Para o presidente da Corte, o texto da lei representa a vontade do povo, representado pelo Congresso e somente poderá ser por este alterado. Assim, qualquer interpretação dada de maneira divergente pelo Supremo Tribunal Federal será considerada como ativismo judicial⁴².

Conclui-se, então, que para a corrente vencedora, o artigo 283, do Código de Processo Penal está de acordo com a garantia da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, e deve ser declarado constitucional, restando o entendimento contrário como violador da regra da presunção de inocência, não importando o que ocorre em outros países.

Desse modo, todos aqueles que cumpriam pena em caráter provisório em decorrência da decisão fixada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP devem possuir sua privação de liberdade extinta, até que se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, restando, porém, permitida a execução provisória decorrente de prisão cautelar, desde que devidamente fundamentada conforme os preceitos legais.

3.3. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019

Após a decisão fixada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em admitir a execução penal apenas após esgotados todos os recursos cabíveis e atingido o trânsito em

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento conjunto ADC 43, ADC 44 e ADC 54**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065> Acesso em 12 de nov. de 2019.

julgado da sentença penal condenatória, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara deu aval à proposta de emenda à Constituição.

Após discussão pela CCJ acerca da admissibilidade legal do texto da proposta apresentada, e sua aprovação por 50 votos a 12, caberá à Comissão Especial criada pelo presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, analisar o mérito da PEC e decidir sobre as mudanças propostas.

A proposta de emenda à Constituição nº 199 de 2019, proposta pelo deputado Alex Manente, sugere a reversão da decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, através da mudança dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, colocando fim ao Recurso Extraordinário, apresentado ao Supremo Tribunal Federal e ao Recurso Especial, apresentado ao Superior Tribunal de Justiça.

Com isso, o réu apenas poderá recorrer até a segunda instância, momento em que o processo transitará em julgado, sendo necessária a propositura de nova ação, direcionada ao STJ ou ao STF, para questionar aspectos formais da sentença proferida pelo juízo de segundo grau.

A PEC 199/2019 corre apensada à PEC 410/2018, também proposta pelo deputado Alex Manente, que prevê a alteração do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, todavia, diante da impossibilidade de alteração de cláusula pétrea, como é o caso do artigo 5º, da Constituição Federal, tal PEC vem sofrendo diversas críticas.

O deputado Fábio Trad foi eleito como relator da PEC, que deverá apresentar seu relatório e levar a proposta para votação. Como se trata de uma proposta de emenda à Constituição, o texto apresentado precisa ser aprovado por três quintos dos deputados, ou seja, por 308 dos 513 deputados.

Para Fábio Trad, a prisão após condenação em segunda instância poderá ser determinada não apenas na esfera penal, mas em todas as áreas do Direito, trazendo uma definição a todos os processos logo em segunda instância, como por exemplo, em processos sobre precatórios, em que o Poder Público, condenado pelo juízo de segundo grau, não poderá recorrer para instâncias superiores e será obrigado a desembolsar, de imediato, os recursos para tal pagamento.

O deputado propõe ainda que a nova regra tenha validade apenas para novos processos, mesmo que os fatos tenham ocorrido antes da aprovação da PEC, fator que enseja discussão, pois, principalmente na esfera criminal, as novas regras prejudiciais aos réus não podem ser utilizadas com o intuito de prejudicá-los, independentemente da data de início do processo, uma vez que deve-se analisar a data do fato.

Até a data de elaboração deste trabalho, a tramitação da PEC 199/2019 seguia suspensão, devido a pandemia da Covid-19, que fechou todas as Comissões Temporárias e Mistas do Congresso Federal. Todavia, na data de 08/09/2020 o deputado relator, Fábio Trad, afirmou que pediu ao presidente da Câmara do Deputados, Rodrigo Maia, que a reabertura da comissão ocorra até o final do ano de 2020, com o intuito de evitar que a PEC permaneça “engavetada” e sem julgamento.

3.4. ANÁLISE CRÍTICA

Aury Lopes Júnior considera como inadequada a invocação ao Direito comparado, sem que sejam consideradas as características e especificidades de cada sistema jurídico, logo, não se deve utilizar os sistemas que não admitem a via recursal além do segundo grau de jurisdição⁴³.

Dessa forma, caso seja permitida a execução provisória, o princípio da presunção de inocência, da forma como redigido na Carta Magna, restará violado, não importando o que ocorre em outros países, uma vez que, conforme destaca Guilherme Nucci, a Constituição Federal, quando promulgada, optou, através do legislador-constituente, por considerar o réu inocente até o trânsito em julgado da condenação, impedindo a comparação a países de sistema jurídico distinto ao adotado no Brasil, que apenas admitem após a segunda instância ações de impugnação, incapazes de desconstruir a coisa julgada que já se operou⁴⁴.

Se outra for a interpretação de trânsito em julgado, teremos o fenômeno do ativismo judicial, decorrente da judicialização de causas relevantes que deveriam ser discutidas pelo Poder Legislativo, mas foram transferidas ao Poder Judiciário.

Segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, tem-se três grandes motivos para a existência da Judicialização no Brasil, são elas: a redemocratização do país com a Constituição de 88, uma vez que esta fortaleceu o Poder Judiciário; a constitucionalização abrangente, pois quando a Constituição assegura direitos faz com que as pessoas busquem o Poder Judiciário para que aja o cumprimento destes direitos; e o controle de constitucionalidade, que faz com que o Poder Judiciário deixe de julgar uma matéria caso a considere inconstitucional⁴⁵.

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro: v. 5, n. 1, 2012. p. 23-32.

O fenômeno da judicialização permite que discussões políticas e morais sejam levantadas através de ações judiciais, contexto em que se insere o ativismo judicial e autocontenção, uma vez que a participação do Poder Judiciário na solução de conflitos sociais pode ser exagerada ou adequada.

Diante da omissão do cumprimento de sua função por parte do Poder Legislativo, o Poder Judiciário vem agindo com o objetivo de suprir a lacuna deixada, potencializando o alcance de sua competência. A esta atuação estudiosos têm dado o nome de ativismo judicial – mecanismo de acesso a direitos que tenta contornar a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Conforme destacou o ministro Dias Toffoli em seu voto, no julgamento conjunto das ADC, o texto da lei representa a vontade do povo, e qualquer alteração deverá ser dada através do Congresso Federal, sendo qualquer interpretação divergente apresentada pelo Supremo Tribunal Federal considerada como ativismo judicial.

Diversas são as críticas feitas ao ativismo judicial, todas referentes à ilegitimidade democrática dos magistrados de sublevarem-se em desfavor à vontade do povo em separar a atuação dos Poderes, ou seja, o Poder Judiciário atuando como se função legislativa possuísse, invalidando atos do Poder Legislativo, com a desculpa de proteção constitucional.

Oposta ao ativismo judicial a autocontenção judicial é a conduta do Poder Judiciário de tentar reduzir sua interferência nas ações dos Poderes Legislativo e Executivo. Os juízes aguardam a manifestação legislativa a respeito de pautas que estejam em lacuna, não aplicam o dispositivo legal até que esteja expressa sua atuação. É uma modalidade contrária de ativismo.

No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal ao fixar o entendimento de admitir a prisão após condenação em segunda instância contrariou os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, os quais deveriam proteger e não contrariar, determinando, portanto, uma conduta ativista, já que anula a vontade imposta pela constituinte e usurpa a competência legislativa, criando norma que vincula toda a sociedade.

Declarar a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal e proibir a execução penal provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, representa uma interpretação conforme a vontade do constituinte e não uma conduta ativista, logo a correta decisão a ser tomada.

Portanto, mais adequada ao posicionamento dos ministros vencidos durante o último julgamento seria a adoção de alterações por parte do Poder Legislativo, detentor da representação da vontade do povo.

Tal decisão está dotada de alta carga política, na medida em que o posicionamento outrora adotado ampliava a interpretação de uma regra extremamente clara, com fundamento no combate à impunidade e redução da criminalidade.

O julgamento tornou-se polêmico, em decorrência da Operação Lava Jato, pois de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, quase 5 mil presos seriam beneficiados com a mudança, caso não estivessem presos preventivamente por outro motivo, entre eles o ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva⁴⁶.

No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal é impessoal e não visa beneficiar ou prejudicar alguém em específico, não estipulando que determinada pessoa deixe de ser presa em qualquer circunstância antes do julgamento de todos os recursos cabíveis, tampouco que todos os condenados em segunda instância deixem a prisão automaticamente, já que as prisões cautelares continuam sendo aplicáveis.

Como bem destacou o advogado Técio Lins e Silva durante sua fala na tribuna da Suprema Corte⁴⁷, o que se discute nas ADC é extremamente relevante à democracia e à cidadania brasileira, principalmente no que tange a imensa maioria da população carcerária do país, pobres e negros, sem recursos para contratar advogados atuantes em Tribunais Superiores, bem como tal decisão não visa dar apreço à Operação Lava Jato ou tornar impune a corrupção no país.

De tal maneira, passará a existir a demora com a prisão, que não ocorrerá de imediato, diante do aumento do quantitativo de presos provisórios e ausência de vagas para encarcerar tais pessoas, além de que, sendo a decisão reformada e a prisão precoce tornada desnecessária, o período privado de liberdade não será ressarcido em hipótese alguma.

Logo, diante de todo o exposto, nota-se que o princípio constitucional da presunção de inocência é o basilar para garantir a democracia no Processo Penal e o seu descumprimento implica retrocesso às garantias fundamentais do indivíduo.

Além de que, jamais argumentos políticos poderão prevalecer em um julgamento, pois, assim o sendo, rasgam-se os direitos fundamentais, até aqui conseguidos com muita luta.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Nota sobre julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/> Acesso em: 28 de maio de 2019.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Julgamento conjunto ADC 43, ADC 44 e ADC 54**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xCKpehiNrDs&t=3406s> Acesso em 20 de mar. de 2020.

Isto é, o combate ao crime não pode ultrajar outros direitos e garantias constitucionais, não podendo se ofender determinados direitos e garantias fundamentais, para cumprir outros.

Ressalta-se ainda que o Supremo Tribunal Federal tem o dever de guarda e proteção da Constituição Federal e não o seu domínio, logo, não poderá criar normas constitucionais e tampouco processuais, estabelecendo um novo conceito de trânsito em julgado.

Por fim, o discurso do combate à impunidade e da demora excessiva do julgamento dos recursos de natureza extraordinária, como bem leciona Aury Lopes Júnior⁴⁸, são argumentos sem fundamento, tendo em vista que o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição é o de zelar pelas garantias fundamentais nela asseguradas, bem como a demora jurisdicional, decorrente da judicialização excessiva, não será combatida com a restrição da presunção de inocência.

De tal maneira, a decisão fixada com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 é o mais correto, quando comparado ao julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, uma vez que, conforme apresentado, a decisão outrora fixada fere o princípio da presunção de inocência e tal conduta deve ser enquadrada como ativismo judicial, já que não é papel do Supremo Tribunal Federal criar ou editar normativas pelo Poder Legislativo legitimadas.

Tendo em vista sua competência para editar atos normativos, o Poder Legislativo resolveu posicionar-se a respeito do trânsito em julgado da sentença penal condenatória após decisão proferida pelo segundo grau de jurisdição, através da PEC 199/2019.

Todavia, ressalvas devem ser feitas em relação à proposta de emenda à Constituição, uma vez que o Poder Legislativo não pode alterar cláusulas pétreas, como é o caso do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que estabelece o trânsito em julgado como momento de confirmação da culpa.

Como também não pode o Poder Legislativo estipular que a nova regra seja aplicada à fatos ocorridos anteriormente à promulgação da PEC, restringindo a aplicação apenas a novos processos, sendo que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, considerado cláusula pétrea, determina a irretroatividade maléfica da lei nova a fatos anteriores e não a processos anteriores, uma vez que trata-se de direito adquirido à data do fato.

Em um viés político, se dessa forma aprovada, os processos atuais que envolvem o ex-presidente Lula não serão afetados, apenas serão afetados os processos que se iniciarem a partir da aprovação da emenda, sendo o mesmo aplicado ao senador Flávio Bolsonaro.

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Ademais, a maioria dos processos transitam em julgado após a sentença de primeira instância, uma vez que parcela significativa dos réus em processos judiciais não possuem recursos financeiros suficientes para recorrer da decisão fixada pelo magistrado do primeiro grau. Segundo dados apresentados pelo site Carta Capital⁴⁹, cerca de 14 em cada mil casos julgados em primeira instância são capazes de chegar ao STJ e apenas 1 ao STF.

Caso seja extremamente necessário, o dever de alterar as normativas Constitucionais deverá partir do Congresso Federal, provocado pela população, jamais pelo Poder Judiciário, ressalvado caráter de cláusula pétrea dos direitos e garantias constitucionais, que não poderão ser alterados, apenas interpretados de acordo com a vontade do Constituinte originário, que não deixa margem quanto ao fato de que a prisão deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sendo, portanto, a proposta de emenda à Constituição nº 199/2019 tida, até o momento, como a solução mais adequada para tornar possível a prisão após condenação pelo segundo grau de jurisdição, uma vez que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se dará após o julgamento de segunda instância, desde que revistas as ressalvas apresentadas.

Dessa forma, atende-se ao interesse social de combate à impunidade e traz uma adequação ao processo penal brasileiro e acima de tudo, uma compatibilidade constitucional sem que sejam afrontadas as garantias constitucionais, principalmente a garantia da presunção de inocência, que estipula o trânsito em julgado como momento de efetivação da culpa.

⁴⁹ SERRANO, Pedro. **Prisão em 2ª Instância é inconstitucional, o resto é firula**. Carta Capital. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/prisao-em-2a-instancia-e-inconstitucional-o-resto-e-firula/> Acesso em 12 de set. de 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Amplamente debatida ao longo dos anos, a garantia da presunção de inocência teve diversas interpretações, sem que uma conclusão unânime tenha sido fixada até então. Como visto ao longo do trabalho, a Constituição Federal de 1988 conferiu aos indivíduos a garantia da presunção de inocência, conectando-a ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, um indivíduo deve ser tratado como inocente até que não caibam mais recursos contra a sentença que lhe atribui caráter de culpado.

Atualmente, em decorrência do punitivismo implantado na sociedade brasileira, tem-se discutido a relativização de tal garantia com o objetivo de evitar o atingimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado ante os recursos apresentados e a demora da decisão.

Todavia, diante da possibilidade de automaticamente se prender um indivíduo condenado provisoriamente pelo segundo grau de jurisdição, muda-se o tratamento dado a ele, ferindo a garantia da presunção de inocência e afastando a necessidade das demais prisões cautelares, que perdem sua aplicação neste ponto do processo.

Ademais, como apresentado neste trabalho, todas as garantias dadas a execução penal deverão ser dadas também à execução penal provisória, permitindo-se ao preso provisório a progressão de regime, por exemplo.

De extrema importância é a compreensão de que tal possibilidade representa um retrocesso ao respeito das garantias fundamentais, conquistadas com muita luta, diante do ativismo judicial utilizado pelo Supremo Tribunal Federal a fim de satisfazer o punitivismo da sociedade brasileira que não acredita na eficácia do Poder Judiciário.

Além de que a constante mudança de entendimentos fixados pela Suprema Corte as caracteriza como decisões de caráter político, tendo em vista que ora amplia a interpretação de uma regra extremamente clara da Constituição Federal, ora protege o texto constitucional, atuando verdadeiramente como Guardiã da Constituição.

Portanto, com a análise da garantia da presunção de inocência, as hipóteses de cabimento da execução provisória e a análise crítica dos principais argumentos trazidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, cumpriu-se o objetivo principal deste trabalho de encaminhar para a inconstitucionalidade da execução penal provisória em decorrência de sentença penal condenatória fixada pelo segundo grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A Oscilação Decisória no STF acerca da Garantia da Presunção de Inocência:** Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. RIL: Brasília, 2018.

AVENA, Norberto. **Execução Penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ainda e sempre a presunção de inocência:** sobre a equivocada alegação de não se valoração de provas em Recurso Especial e Extraordinário. Disponível em: <http://orcid.org/0000-0002-4526-9316>. Acesso em 21 de mar. de 2020.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais:** em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro: Vol. 5, n. 1, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** v. 3. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Nota sobre julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/> Acesso em: 28 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 de abr. de 2020.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 06 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar 5.673/MG.** Penal e Processual Penal. Tentativa de furto. Valor ínfimo da res. Princípio da Insignificância. Ausência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Recurso Especial. Efeito Suspensivo Relator: Min. Felix Fischer, 28/04/2003. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=@docn=%27000671722%27>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Habeas Corpus 84.078-7/MG.** Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil.

Relator: Min. Eros Grau, 05/02/2009. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Habeas Corpus 176.229/MG**. *Habeas Corpus*. Execução provisória da pena dimanada do Tribunal do Júri. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Soberania dos Vereditos. Art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26/06/2019. Disponível em:
<https://migalhas.com.br/arquivos/2019/9/art20190930-11.pdf>. Acesso em: 05 de ago. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. *Habeas Corpus*. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17/02/2016. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 12 de nov. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 68.726/DF**. *Habeas Corpus*. Sentença Condenatória mantida em Segundo Grau. Mandado De Prisão Do Paciente. Invocação Do Art. 5º, Inciso LVII, da Constituição. Código De Processo Penal, Art. 669. Relator: Min. José Néri da Silveira, 28/06/1991. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-100467989?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Julgamento conjunto ADC 43, ADC 44 e ADC 54**. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 12 de nov. de 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz. **Presunção de Inocência**: uma terminologia adequada. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/148826842/presuncao-de-inocencia-uma-terminologia-adequada>. Acesso em 19 de mar. de 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 06 de maio de 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Ed. Jus PODIVM, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: https://www.academia.edu/25564572/Parecer_Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%Aancia_Do_conceito_de_tr%C3%A2nsito_em_julgado_da_senten%C3%A7a_penal_condenat%C3%B3ria. Acesso em: 30 de maio de 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SERRANO, Pedro. **Prisão em 2ª Instância é inconstitucional, o resto é firula**. Carta Capital. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/prisao-em-2a-instancia-e-inconstitucional-o-resto-e-firula/> Acesso em: 12 de set. de 2020.

TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993.