



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

**PAULO VICTOR RODRIGUES NAVARRO**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS  
RESTRITIVAS DE DIREITO**

**BRASÍLIA**

**2020**

PAULO VICTOR RODRIGUES NAVARRO

## **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**

Artigo científico apresentado 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).

Orientadora: Professor George Lopes Leite

**BRASÍLIA  
2020**

PAULO VICTOR RODRIGUES NAVARRO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**

Artigo científico apresentado 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).

Orientadora: Professor George Lopes Leite

BRASÍLIA, \_\_\_\_\_ 2020

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professora Orientadora**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## RESUMO

O artigo tem por objetivo examinar a possibilidade ou não da aplicação da execução provisória das penas restritivas de direitos, tomando como base a doutrina, os conflitos jurisprudenciais e sua aplicação atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Para alcançar o fim proposto no artigo, contextualiza-se o ordenamento jurídico brasileiro sobre a substituição das penas no Brasil, as penas restritivas de direito, o direito subjetivo, a execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos das ações declaratórias de constitucionalidade, bem como a PEC 199/19, a posição do Superior Tribunal de Justiça. Para a elaboração deste artigo, com a finalidade de atingir o objetivo, utilizou a metodologia da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, fundamentada em literaturas publicadas a partir de livros, periódicos, publicações avulsas, leis, decretos, impressas ou eletronicamente. Destaca-se que a pena restritiva de direitos é sanção penal imposta em substituição à pena privativa de liberdade consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado.

Palavras-chave: Execução Provisória das Penas restritivas de Direito

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1. DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS NO BRASIL .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 da substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 penas restritivas de direito .....</b>	<b>8</b>
<b>2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>10</b>
<b>3. ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISORIA.....</b>	<b>13</b>
<b>3.1 hc 126.292/16 .....</b>	<b>14</b>
<b>3.2 julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade (adc) 43, 44 e 54 .....</b>	<b>17</b>
<b>4. ENTENDIMENTO DOS SUPERIORES TRIBUNAIS QUANTO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO .....</b>	<b>19</b>
<b>4.1 posição do STJ.....</b>	<b>19</b>
<b>4.2 posição do STF.....</b>	<b>21</b>
<b>5. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>25</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>26</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>29</b>

## **INTRODUÇÃO**

O objetivo central do artigo é examinar a possibilidade ou não da aplicação da execução provisória das penas restritivas de direitos, tomando como base a doutrina, os conflitos jurisprudenciais e sua aplicação atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante ressaltar que a pena restritiva de direitos é sanção penal imposta em substituição à pena privativa de liberdade consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. Refere-se de espécie de pena alternativa, são elas a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana, conforme preceitua o artigo 43 do Código Penal.

Um dos problemas apresentados versa sobre a questão jurisprudencial atual frente à possibilidade da aplicação de execução penal provisória para as penas restritivas de direitos como ofensa ao princípio da presunção de inocência assegurada pela Constituição Federal a qual dispõe expressamente no artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Espera-se que esse trabalho contribua, mesmo que de forma simples, à comunidade acadêmica, com a finalidade de perceber uma questão que, seguramente, ainda trará diversos debates no meio jurídico, assim justifica-se a escolha do tema.

O artigo é composto pela revisão jurisprudencial e doutrinária e o julgamento dos superiores tribunais que versem sobre a Lei 7.210 de 1984 e suas repercussões na aplicabilidade da execução provisória das penas restritivas de direito. Para a elaboração deste artigo, com a finalidade de atingir o objetivo, utilizou a metodologia da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, fundamentada em literaturas publicadas a partir de livros, periódicos, publicações avulsas, leis, decretos, impressas ou eletronicamente. Para tanto,

utilizou-se as palavras Lei 7.210 - execução – provisória - penas restritivas para indexar a pesquisa bibliográfica.

Ademais, o presente artigo analisa a execução provisória das penas restritivas de direitos, suas formas e possibilidades. Desta forma, resta necessária a análise do conceito de trânsito em julgado, tratado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e o princípio da presunção de inocência, sendo contrariado pela aplicação da execução penal antes do trânsito em julgado da sentença.

## **1. DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS**

No Processo Penal, a pena geralmente é vista como uma punição necessária, por esse motivo é que o Estado precisa observar os princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e da individualização da pena, para que assim, seja aplicada pena mais rigorosa aos crimes mais graves e penas mais brandas aos crimes de menor potencial ofensivo.<sup>1</sup>

Inicialmente, para executar o *jus puniendi* o Estado inicia a persecução penal com a instauração do inquérito policial, seguindo com a propositura da ação penal e a instauração do devido processo legal CF art. 5º, LIV, o qual significa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, indicando que a prestação jurisdicional (pela via do processo) far-se-á, necessariamente, em estrita observância à lei (processual), assegurando-se o contraditório, a plenitude do direito de defesa e a isonomia processual<sup>2</sup>

Assim sendo, caso a denúncia seja recebida, finaliza-se com a execução da pena, que é formada a partir da dosimetria estabelecida pelo magistrado de forma proporcional ao delito e ao fato concreto. O objetivo da execução penal é a efetivação da sentença ou decisão criminal, bem como estabelecer melhores condições de integração do condenado ou internado na sociedade, não se trata de exclusivamente penalizar o indivíduo pelo crime cometido, e sim proporcionar uma mudança na vida do mesmo e um auxílio caso o mesmo esteja disposto a colaborar e melhorar sua conduta<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério – Curso de Direito Penal. Vol. 1, 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. Execução penal simplificada. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.

No que tange à privação da liberdade, significa dizer que é uma limitação por um determinado tempo do direito de liberdade de locomoção, a restrição da liberdade consiste em três regimes, que estão presentes do art. 33 do Código Penal, o aberto, semiaberto e fechado. Sendo possível tanto a regressão de regime pelo desmerecimento ou a progressão pelo merecimento. Após a sentença transitar em julgado não será modificada enquanto os fatos perdurarem, assim, o juízo competente para a execução deverá promover as alterações a fim de enquadrar a decisão proferida de acordo com a realidade atual.

### **1.1 DA SUBSTITUIÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS**

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, deverão ser preenchidos os seguintes requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal: (a) pena não superior a quatro anos, em se tratando de crime doloso, vez que, no delito culposos, não há limitação quanto ao quantum da pena privativa a substituir; (b) ter sido a conduta cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa; (c) não ser o condenado reincidente específico em crime doloso, e; (d) revelar-se suficiente a substituição (tomando-se em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato).

No caso de reincidência, o indivíduo poderá ser beneficiado da substituição não sendo reincidente em crime doloso, portanto, somente o indivíduo que definitivamente for condenado pelo cometimento de crime doloso e vier a praticar outro crime doloso, ficará impossibilitado de usufruir do benefício da substituição, salvo se dentre o período da prática do novo delito doloso e a extinção da pena do crime doloso anterior tiver ultrapassado mais de 5 (cinco) anos.

Também, será verificadas algumas premissas que indiquem a adequação da substituição, como os antecedentes favoráveis, demonstrando que sua conduta está sendo compatível com a vida em sociedade, bem como um emprego fixo e domicílio certo. Quanto aos casos de lesões corporais culposas,

bem como de homicídio culposo poderá ser aplicado o benefício, já que há vedação apenas em crimes dolosos. Conforme entendimento sumulado, o juiz deverá observar se o condenado apresenta as circunstâncias judiciais desfavoráveis, para poder decidir se aplica ou não a substituição da pena. Logo, é de suma importância o papel de juiz no âmbito da execução penal quanto a substituição da pena.

## 1.2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

As penas restritivas de direito possuem natureza substitutiva em face das penas privativas de liberdade e foram criadas como uma alternativa no sistema penal brasileiro, tendo como afim a garantia de uma razoável aplicação da pena, nesse sentido os crimes de menor potencial ofensivo serão punidos de modo proporcional a sua gravidade, o que se difere dos crimes de maior potencial ofensivo que serão punidos com maior rigor. Outro caráter incorporado pelas penas restritivas de direito seria o de evitar o encarceramento desenfreado.

O artigo 43 do Código Penal estão descritas as penas restritivas de direito, que são: i) Prestação pecuniária, ii) perda de bens e valores, iii) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, iv) interdição temporária de direitos e v) limitação de fim de semana.

A *prestação pecuniária* está especificada no §1º do artigo 45 do Código Penal, na qual estipula pagamento 1 a 360 salários mínimos pelo condenado à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada, com destinação social, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída pela prestação pecuniária tanto na ocorrência de prejuízos materiais como morais à vítima.

[...] § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. [..]

A *perda de bens e valores* também tem cunho pecuniário e está especificado no §2º do Código Penal, diferente da prestação pecuniária em que os valores à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com



destinação social, aqui os valores são destinados ao Fundo Penitenciário Nacional, e o valor não poderá ser maior do que o obtido pelo agente que cometeu o crime, os bens que se referem o artigo podem ser tanto móveis como imóveis. [...] § 2o No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) [...]

*A prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, será o trabalho prestado pelo apenado sem remuneração a “entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”, como disposto no artigo 46 do Código Penal. Essa pena só poderá ser cogitada para réus que forem condenados a pena superior a 6 meses de pena privativa de liberdade.*

[...] Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1o A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2o A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3o As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4o Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998) [...]

A interdição temporária de direitos está intimamente ligada ao delito cometido, sendo elas a de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão atividade ou ofício que dependam de habilitação especial de licença ou

autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos.

[...] Art. 47. As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984.) IV – proibição de frequentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998.) V – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos (Incluído pela Lei nº 12.550, de 15/12/2011.) [...]

A limitação de fim de semana compreende a obrigação de ficar aos sábados e domingos durante 5 (cinco) horas por dia em casa de albergado ou em outro local apropriado, com a finalidade de desenvolver profissionalmente ou socialmente o sentenciado, primando pela realização de cursos ou outras atividades pedagógicas.

## **2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trata-se como preceito fundamental o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visto que esse instituto é como marco inicial da execução penal. Ante o exposto, o condenado será tratado com a devida segurança jurídica ao cumprir as penas a ele impostas, respeitando as finalidades da execução penal.<sup>3</sup>

Conforme dispõe o artigo 1º da Lei 7.210, que versa sobre a execução penal, a referida lei tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal de maneira a concretizar o direito de punir do Estado, reprimindo o agente desviado por consequência da infração penal que fora

---

<sup>3</sup>CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012.)

violada. A lei supracitada possui ainda o objetivo de impor condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, ou seja, de ofertar recursos necessários para que o condenado tenha a possibilidade de cumprir sua pena e poder reinserir-se mais uma vez em meio à sociedade.<sup>4</sup>

Existem duas formas de se entender o limite da presunção de inocência de forma a possibilitar a execução da pena. Na primeira hipótese, temos a definição dada pelo princípio da presunção de inocência assegurada pela Constituição Federal a qual dispõe expressamente no artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, nesse sentido, o acusado só poderia ser considerado culpado depois de esgotados todos os recursos (ordinários e extraordinários), podendo dar início a execução da pena, ressalvado os casos pontuais que autorizam as espécies de prisões cautelares.

A segunda hipótese trata do caso em que a presunção de inocência estaria limitada pelo princípio do duplo grau de jurisdição, assim, só depois que houvesse o reexame da matéria de fato, provas e direito, realizado por um segundo órgão julgador competente, e se esse mantivesse a condenação julgada em sede da primeira instância, seria o réu considerado culpado, e, por conseguinte, se tornaria possível o início do cumprimento da pena. Nesta hipótese, há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.

Ocorre que o artigo o 147 da Lei de Execuções Penais se posiciona no sentido de que o juiz só promoverá a execução da pena depois do trânsito em julgado da sentença, como se pode ver:

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

---

<sup>4</sup> (BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm) > Acesso em: 10 de março de 2018.)

Em relação ao Código de Processo Penal, compreende-se que o trânsito em julgado é preceito para o início da execução penal, conforme disposição expressa no artigo 674:

[...] Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena. [...] (grifo nosso)

Com a análise da legislação supracitada, o marco inicial para o cumprimento da execução penal é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entretanto se questiona o que pode se entende por trânsito em julgado.

Para firmar a percepção acerca do trânsito em julgado, insta salientar que o estabelecimento da coisa julgada efetiva-se com o fim da fase recursal. Portanto, após o proferimento da sentença definitiva não é mais cabível o exame de recursos.<sup>5</sup>

Segundo Aury Lopes Jr., significa a decisão imutável e irrevogável, imutabilidade do mandamento que nasce da sentença. A aplicação do princípio do *non bis in idem* é primordial à coisa julgada, visto que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, torna-se inalterável, sendo inadmissível a apreciação de outra ação penal pelo mesmo fato.<sup>6</sup>

Tal princípio encontra respaldo no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”<sup>7</sup>

Por fim, cumpre salientar que o trânsito em julgado no âmbito do processo penal não está vinculado à escassez de todos os recursos cabíveis, mas sim ao esgotamento da análise fática, considerando-se inadmissível a

---

<sup>5</sup> (CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012)

<sup>6</sup> (CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed.- São Paulo: Saraiva, 2012)

<sup>7</sup> (BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) >. Acesso em: 10 de março de 2018)

espera do pronunciamento das cortes superiores para dar início ao cumprimento da pena pelo agente.<sup>8</sup>

### 3. ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA

A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade já tinha sido pacificada no entendimento do STF, ainda exige da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Supremo, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), concluído em 28 de junho 1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, denegue apelação, mantendo a condenação de primeira instância do réu.

Nesse sentido:

[...] 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. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente 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 nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara 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 indeferido. [...]

Ao confirmar esse entendimento, o STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997). E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade

---

<sup>8</sup> (Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105)

Por muito tempo, permaneceu o entendimento jurisprudencial de ser cabível a execução da pena de forma provisória, após a condenação em segunda instância, conforme o HC 91.675/PR de 2007.<sup>9</sup>

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado.

O Supremo Tribunal Federal, por algum tempo permaneceu com o entendimento acima exposto. Entretanto, devido a diversos debates sobre o assunto, a partir do ano de 2009 a linha de entendimento sofreu alteração com o HC 84.078/09, justapondo o que prevê o artigo 637 do Código de Processo Penal: "o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."<sup>10</sup>

A Suprema Corte declarou a impossibilidade de cumprir a pena antes do trânsito em julgado da sentença definitiva, firmando a viabilidade de encarceramento caso seja necessária essa medida em prisões cautelares. Nesse sentido, trata o art. 5º LVII da Constituição Federal e o art. 283 do Código de Processo Penal a incompatibilidade desses dispositivos com a execução da prisão antes do trânsito em julgado da sentença.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 91675 PR**, Relator: Ministra. CARMÉN LUCIA. 04 de setembro de 2007)

<sup>10</sup> (Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105)

<sup>11</sup> (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 84078 MG, Relator: Ministro. EROS GRAU 05 de fevereiro de 2009)

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. 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

Sobreveio então, o julgamento do HC 126.292/16do Supremo Tribunal Federal, em 2016, que decidiu: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferida em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência”.<sup>12</sup>

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado

Conforme a posição do Ministro Relator Teori Zavascki, o réu deverá ser considerado inocente desde que ainda não tenha sido proferida a sentença penal condenatória de segunda instância, logo, depois dessa fase, esgota-se o

---

12 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 126.292, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016)

princípio da presunção de inocência, haja vista, que os recursos admissíveis da decisão de segunda instância, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, não reexaminam provas e fatos, somente matéria de direito.<sup>13</sup>

Durante a decisão foi levantado que não foram violados os princípios constitucionais pela prisão depois da análise de recurso pela segunda instância, haja vista que o condenado teve todos os meios necessários para se defender através do devido processo legal desde o início da ação penal. Destarte, é incompatível que o postulado constitucional da presunção de inocência seja objeto para impedir a execução da pena após a decisão do órgão colegiado.<sup>14</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso, o princípio da presunção de inocência que arrola o art. 5º, inciso LVII, sofreu uma mutação constitucional pela alteração de interpretação, de acordo com o Ministro: <sup>15</sup>

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto.

Após a decisão do Habeas Corpus 126.292 do STF, foi impetra Ação Direta de Constitucionalidade, de números 43 e 44, com a finalidade de ser o art. 283 do Código de Processo Penal conhecido constitucional, tendo em vista que: <sup>16</sup>

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória

---

<sup>13</sup> (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 126.292, Relator: Ministro. TEORI ZAVASCKI 17 de fevereiro de 2016)

<sup>14</sup> (Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105)

<sup>15</sup> (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, volume único, 5ª Edição, revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015. p. 147)

<sup>16</sup> (Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105)



transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>6</sup>

A Suprema Corte indeferiu a medida cautelar, mas optou pela constitucionalidade do referido artigo, dispondo que não há a necessidade de ratificação da decisão de primeiro grau e segundo grau pelas cortes superiores para dar início ao cumprimento da pena.<sup>17</sup>

### **3.2 JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC) 43, 44 E 54 E O CONCEITO DE TRÂNSITO EM JULGADO**

Após o julgamento do HC 126.292/16 foram ajuizada as ação direta de inconstitucionalidade 43, 44 e 54 pelo PEN - Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB - Partido Comunista do Brasil com o fim de que STF examinasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

O entendimento sobre o trânsito em julgado, tratado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, está fortemente ligado ao princípio da presunção de inocência, por obvio todas as discussões travadas sobre a sua aplicabilidade e extensão possui, cunho eminentemente Constitucional.

Os legisladores concretizaram na esfera processual penal a garantia explícita contida na Carta da República de 1988 de que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Nesse sentido, a regra geral, seria que a prisão do acusado só ocorreria antes do trânsito em julgado por uma ocasião de necessidade e oportunidade, sendo fundamentada pelo magistrado em decisão de prisão temporária ou preventiva.

---

17 (Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 5. Ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105)

As ADC's objetivavam discutir a possibilidade da prisão após confirmação em segunda instância, jurisprudência esta adotada desde 2016 onde o STF, ao julgar o HC 126.292, também por maioria, entendeu acerca da possibilidade de início da execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação em segunda instância, alterando o entendimento contido na lei ordinária, com repercussão na ideologia normativa da presunção de inocência lapidada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, sem declarar a inconstitucionalidade do artigo em referência.

O ministro Marco Aurélio, relator das ADCs 43, 44 e 54, declarou em seu voto que “[...] a Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. [...] Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a lei 12.403/11, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo”.<sup>18</sup>

Nesse sentido, a restrição ou até mesmo a interpretação do que se entendo por de “trânsito em julgado”, acabou por violar frontalmente a CF e o referido dispositivo processual penal.

O supremo concluiu, por maioria de votos, que a presunção de inocência é garantia fundamental do cidadão e deve permanecer imaculada até que não seja mais possível reverter eventual decisório condenatório. Desse modo o trânsito em julgado é materializado como uma sentença de torna imutável é dizer, quando não existe mais possibilidade de interposição de quaisquer recursos processual.

Assim, caso a pena seja executada antes do trânsito em julgado, será mesmo o caso de uma evidente inconstitucionalidade, uma vez que não subsiste motivos previstos pelo legislador constituinte, para a prisão, qual seja, que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

18 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 5 de outubro de 2016)

## 4 ENTENDIMENTO DOS SUPERIORES TRIBUNAIS QUANTO A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

### 4.1 POSIÇÃO DO STJ

A legislação penal, em seu artigo 44 assevera que as penas restritivas de direitos são autônomas e podem substituir as penas privativas de liberdade se a pena aplicada pelo juízo competente não for superior a quatro anos e o crime não for realizado com violência ou grave ameaça contra pessoa, ou qualquer que seja a pena se o crime for culposo; o réu não for reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, assim como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.<sup>19</sup>

Em Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a presidente revelou que o entendimento majoritário do tribunal é da impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos. Durante o julgamento a Seção afirmou que mesmo Suprema Corte entendendo pela possibilidade da execução penal de forma antecipada depois da condenação em segunda instância, esta não se aplica às penas restritivas de direitos, haja vista a redação do dispositivo 147 da Lei de Execuções Penais, que expressa:<sup>20</sup>

[...] transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.  
[...]

---

19 (BRASIL. Código penal de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm) >. Acesso em: 10 de março de 2017)

20 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resp: 1.619.087, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.)

Assim como a Seção argumentou a respeito da ausência de análise pelo Plenário da Suprema Corte no que tange a viabilidade da execução das penas restritivas de direitos antes mesmo do trânsito em julgado da condenação.<sup>21</sup>

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos. 2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. 3. Embargos de divergência rejeitados.

As decisões atuais da Suprema Corte e até mesmo do Superior Tribunal de Justiça, após o entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal possibilitam demonstrar que a viabilidade da execução da pena de forma provisória após a condenação em segunda instância, alcançaria da mesma maneira as penas restritivas de direitos, segundo o Ministério Público. Sustentava ainda que seria contraditório admitir a imediata restrição de liberdade do condenado, ao passo que obsta o cumprimento da pena de maneira mais moderada que a prisão.<sup>22</sup>

“O Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos. No julgamento do HC 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a prisão do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado”, ressaltou o Ministro Mussi ao argumentar a

---

21 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resp: 1.619.087, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.)

22 (BRASIL, Execução provisória é inaplicável à pena restritiva de direitos. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Exeu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-%C3%A9-inaplic%C3%A1vel-%C3%A0-penarestritiva-de-direitos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Exeu%C3%A7%C3%A3o-provis%C3%B3ria-%C3%A9-inaplic%C3%A1vel-%C3%A0-penarestritiva-de-direitos)> Acesso em: 25 de março de 2018.)

impossibilidade da execução provisória no tocante às penas restritivas de direitos.<sup>23</sup>

Conforme o entendimento majoritário da Suprema Corte, a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange a possibilidade do início do cumprimento da pena de maneira imediata, logo após a confirmação em segunda instância, não abrangeu as penas restritivas de direitos.<sup>24</sup>

Nesse sentido, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 14/06/2017, no julgamento do REsp 1.619.087, por maioria de votos, firmou orientação no sentido da impossibilidade de execução provisória, devendo-se aguardar, portanto, o trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da LEP.

#### **4.2. POSIÇÃO DO STF**

O relator Min. Fachin acolheu o Recurso Extraordinário (RE) 1161548, interposto pelo Ministério Público Federal (MPF), e reformou decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para autorizar a execução provisória das penas restritivas de direitos. Conforme S. Exa., o entendimento do STJ é incompatível com a jurisprudência prevalecente no Supremo.

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da CF, aponta-se ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Busca-se, em suma, a reforma do acórdão recorrido a fim de que seja declarada a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Aplicando entendimento da Corte Superior firmado no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 1.619.087/SC, segundo o qual o atual posicionamento do STF acerca da execução provisória não se estende aos casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Contudo, extrai-se que tal proceder segue na contramão do que assentado por esta Suprema Corte. Como cediço, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno no HC 126.292/SP, em que se reconheceu a possibilidade de execução provisória

---

23 . (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resp: 1.619.087, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.)

24 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Resp: 1.619.087, Relator: Ministra. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 14 de junho de 2017.)

de provimento condenatório sujeito a recursos excepcionais, parte da premissa de que, nas palavras do eminente Ministro Teori Zavascki, “é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”

No que diz respeito especificamente à execução provisória de pena restritiva de direitos decorrente de condenação na qual já superada a segunda instância, constato que diversos são os julgados na ambiência deste STF no qual restou reconhecido que a possibilidade de execução provisória da pena não está restrita às hipóteses de penas privativas de liberdade. Nesse sentido:

[...] AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES (ARE 964.246-RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, TEMA 925). 1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao apreciar o ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, reconheceu a Repercussão Geral da matéria e entendeu pela possibilidade de execução da decisão penal condenatória proferida em 2ª Instância, ainda que sujeita a eventual interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, sem que fosse possível cogitar de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência 2. Esta CORTE não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados às penas privativas de liberdade não substituídas, mas sim possibilitou que todos os condenados, indistintamente, sejam aqueles condenados a penas privativas de liberdade ou a penas restritivas de direitos, passassem a cumprir a pena após o julgamento da 2ª Instância 3. Agravo Interno a que se nega provimento. [...] (RE 1.161.581 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 04.02.2019, DJe 13.02.2019)

O entendimento do STF foi alterado no que diz respeito a execução provisória da pena nas ADCs 43, 44 e 54, nas quais a Suprema Corte, em modificação de tese fixada em 2016, considerando apenas as penas privativas de liberdade, passou a considerar que deve prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da ação penal, nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Nesse sentido não tinha entendimento consolidado quanto às penas restritivas de direito, tendo em vista que a discussão só enfrentou as questões no que diz respeito às penas privativas de liberdade.

Contra a decisão de Fachin foi interposto agravo regimental (AgRg no RE 1.1749.99), mas o ministro propôs o não conhecimento, por intempestividade. O não conhecimento foi acompanhado por Cármen Lúcia, Gilmar e Lewandowski.

Apesar de não conhecer do agravo, como o relator Fachin, Gilmar Mendes avançou no mérito e propôs a concessão da ordem de ofício para o ministro, a questão é “totalmente nova”, o Supremo não se debruçou sobre ela e não há como se aplicar o entendimento da prisão em 2ª instância às restritivas de direito. O ministro Lewandowski seguiu Gilmar pela concessão de ofício, destacando que tem posição consolidada conforme o art. 147 da LEP, que “é taxativo”. “Esse dispositivo da LEP não foi declarado inconstitucional. O Supremo ainda não se pronunciou acerca deste tema.”.

Com o adiamento do julgamento o que continua valendo o entendimento do relator Min. Fachin no Recurso Extraordinário (RE) 1161548 que autorizou a execução provisória das penas restritivas de direitos.

O entendimento foi aplicado pelo ministro do STF Gilmar Mendes ao suspender a execução provisória de penas restritivas de direitos impostas a um advogado condenado por sonegar Imposto de Renda. No caso, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, mais multa.

Apesar de o Ministro Edson Fachin, bem como os demais Ministros da Suprema Corte Brasileira, até então, estarem de acordo com a execução provisória das penas restritivas de direitos, no julgamento do HC 161.140/PR, o relator, Ministro Gilmar Mendes, concedeu a ordem de habeas corpus, suspendendo, assim, a execução provisória da pena restritiva de direitos, até que haja trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Habeas Corpus em questão foi impetrado contra decisão proferida pelo Ministro do STJ, Rogério Schietti, onde, no julgamento do AResp de nº 531.047, havia determinado o início da execução provisória da pena restritiva de direitos fixada ao réu. Insta salientar que o réu fora condenado à pena de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, na qual fora substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação

de serviços a comunidade, bem como a prestação pecuniária, sendo a condenação ratificada no julgamento da apelação.

Em sua decisão, o relator do HC, Ministro Gilmar Mendes, disse ser sabido que os ministros do STF têm aplicado, monocraticamente, o entendimento da casa, tendo em vista o que fora decidido no HC 126.292/SP. Vejamos:

É cediço que, monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP.

Todavia, salienta o seguinte:

No entanto, o mesmo entendimento não se aplica, automaticamente, às penas alternativas. Isso porque, o referido julgado não apreciou questão referente à possibilidade, ou não, do início da execução provisória nas penas restritivas de direito, após confirmação em segunda instância.

Tendo, por fim, decidido:

Diante do exposto, concedo a ordem de habeas corpus para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.

Nota-se, portanto, que apesar de monocraticamente e erroneamente grande parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal estarem autorizando a execução provisória das penas restritivas de direitos, o Ministro Gilmar Mendes, aplicando o Art. 147 da LEP, na qual ainda encontra-se em vigência, agiu corretamente ao indeferir esta antecipação de cumprimento da pena, haja vista não haver previsão legal, jurisprudencial ou sumular sobre o tema.

Logo, conclui-se que, atualmente, não é possível executar-se provisoriamente as penas restritivas de direitos, uma vez que, a temática não foi abordado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp 1.619.087, bem como pelo Ministro Gilmar Mendes, a temática não fora abordada pelo HC 126.292, bem como, não houve a



declaração de inconstitucionalidade do artigo 147 da Lei de Execuções Penais, devendo ele, portanto, ser aplicado.

## **5. A EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS DE FORMA ANTECIPADA E PEC199/19**

Ao impor que seja a pena executada de maneira provisória, é possível perceber uma ofensa a um princípio assegurado pela Constituição Federal interligado ao direito processual penal, trata-se da presunção de inocência, disposta no art. 5º da Carta Magna, o qual arrola garantias fundamentais. O artigo citado regulamenta em seu inciso LVII, que ninguém será considerado culpado antes que do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Segundo Tourinho Filho:<sup>25</sup>

[...] Enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela.[...]

Nesse mesmo entendimento, apresenta Guilherme Nucci:<sup>26</sup>

[...] As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. [...]

Com respeito princípio constitucional da presunção de inocência e na doutrina majoritária, nota-se a impossibilidade de iniciar a execução provisória das penas restritivas de direitos antes de uma sentença penal transitada em julgado irrecurável.

Novas discussões foram levantadas com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 199/19, apresentada pelo deputado Alex Manente (Cidadania-SP), permite a prisão de pessoas condenadas após o julgamento em segunda instância ao definir que o trânsito em julgado de uma ação penal se dá nessa fase do julgamento em segunda instância.

---

<sup>25</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11ª edição. Revisada e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34

O julgamento em segunda instância é realizado por tribunais, que revisam casos julgados por juízes de primeira instância. Na Justiça comum, a segunda instância são os tribunais de Justiça (um em cada estado). Na Justiça Federal, a segunda instância são os tribunais regionais federais (TRFs), que são cinco.

Atualmente, a possibilidade de recursos se estende ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), o que pode retardar o trânsito em julgado em muitos anos.

A PEC 199/19 permite ao réu apresentar ação revisional especial ou extraordinária ao STF e ao STJ. Trata-se de uma outra ação, já que a ação original se encerra na segunda instância, com o trânsito em julgado. todo o procedimento de análise de inocência ou culpa é até a segunda instância. A terceira e quarta instância só verificam a sentença com erro material e formal.

## **CONCLUSÃO**

É necessário que o conceito de trânsito em julgado apresentado pela constituição seja respeitado para que não seja violado o princípio da não culpabilidade, não cabendo aos Tribunais decidirem de forma distinta ao princípio constitucional, o que tem causado uma imensa insegurança jurídica.

Nesse sentido, seria uma violação submeter o acusado a execução da sua pena antes de uma sentença penal irrecorrível, sendo que, caso algum recurso ainda pendente seja julgado procedente, o réu não terá de volta a sua liberdade que foi retirada no decurso do processo.

É importante ressaltar que este princípio deve ser base do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a Suprema Corte afirma que durante o processo o acusado teve todos os direitos e garantias disponíveis pela Constituição Federal, portando não podendo alegar que fora violado o princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou a perspectiva da impossibilidade da execução provisória das penas restritivas de direitos, haja vista a norma estabelecida no artigo 147 da Lei de Execuções Penais.

O Supremo tribunal Federal, não se debruçou especificamente sobre a execução das penas restritivas de direito, mas concluiu que o mesmo entendimento das penas restritivas de liberdade não pode ser aplicadas as penas restritivas de direito, sendo que essa, só poderia ser executada depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e caso fosse aplicada decisão contrária, provocaria compreensão extensiva da decisão proferida pelo Tribunal.

Conclui-se que não é possível a Execução Provisória das Penas Restritivas de Direitos, uma vez que não pode ser relativizado o conceito de trânsito em julgado tratado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. O princípio da presunção de inocência é garantia fundamental do cidadão e deve permanecer imaculada até que não seja mais possível reverter eventual decisório condenatório.

Em suma, o estudo do presente artigo, no que diz respeito à Constituição Federal frente ao princípio da não culpabilidade, afirma-se pela impossibilidade de iniciar a execução provisória das penas restritivas de direitos.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo.volume único, 5 ed., revista ampliada e atualizada. Editora Saraiva, 2015. p. 147

BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas 'alternativas. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais 28/85. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_.Novas penas alternativas. 3 ed. São Paulo. Ed Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus: 137088, Relator: Ministro. Marco Aurélio 24 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus: 141978, Relator: Ministro. Luiz Fux 01 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 84078 MG, Relator: Ministro. Eros Grau 05 de fevereiro de 2009

\_\_\_\_\_. Código de processo penal de 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 10 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. Código penal de 1940. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) . Acesso em: 25 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 25 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm) > Acesso em: 18 de setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp: 1355445 SP 2012/0246446-0, Relator: Ministro Rogério Cruz, 26 de maio de 2015

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 314550 MS 2015/001119-2 , Relator: Ministro. Gurgel de Faria. 17 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 126.292, Relator: Ministro. Teori Zavascki 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em 20 setembro 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 91675 PR, Relator: Ministra. Carmén Lucia. 04 de setembro de 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Min. Relator Edson Fachin. Recurso Extraordinário 1.161.548. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403362> Acesso em 20 de setembro de 2019.

\_\_\_\_\_.BRITO, Alexis Augusto Couto de. Execução penal. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

\_\_\_\_\_.CAPEZ, Fernando. Execução penal simplificado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_.CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 5 ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2017. p. 105

\_\_\_\_\_.GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Vol. 1, 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Impitus, 2008

\_\_\_\_\_.LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo, Saraiva, 2014. P, 1146.

\_\_\_\_\_.LOPES, Hálisson Rodrigo; CASTRO PIRES, Gustavo Alves de; CASTRO PIRES, Carolina Lins de. Princípios norteadores da execução penal. Publicado em 01/01/2014. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14118](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14118)> Acesso em: 18 de setembro de 2019.

\_\_\_\_\_.MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_.NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11 ed. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 34

\_\_\_\_\_.PELLEGRINI, Ada. O processo – III série estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_.TONON, Igor Eduardo. Execução provisória da pena. Publicado em 18 maio 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,execucao-provisoria-da-pena,589063.html> Acesso em: 10 de março de 2020.

\_\_\_\_\_.TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65