

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A EXECUÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO EM ACORDÃO  
CONDENATÓRIO RECORRÍVEL:  
análise das sucessivas decisões do STF e de sua conformidade com o  
ordenamento jurídico brasileiro**

**IZABELLE ESTEVES DE MOURA BITTENCOURT**

**Rio de Janeiro**

**2021.1**

**IZABELLE ESTEVES DE MOURA BITTENCOURT**

**A EXECUÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO EM ACORDÃO  
CONDENATÓRIO RECORRÍVEL:  
análise das sucessivas decisões do STF e de sua conformidade com o  
ordenamento jurídico brasileiro**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Diogo Rudge Malan.

**Data da Aprovação:** \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_  
**Orientador**

\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca**

\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca**

\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca**

**Rio de Janeiro**

**2021.1**

## RESUMO

O presente trabalho discute a compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico brasileiro da execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, principalmente sob o enfoque da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A presunção de inocência é apresentada como garantia democrática, positivada em diversos tratados internacionais de que o Brasil é signatário. O artigo 5º, LVII, da CF/1988 avança em relação aos textos internacionais (que presumem a inocência até a prova da culpa) e afirma que essa presunção ocorre até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O STF demorou até concluir, em 2009, que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado violava a garantia constitucional da presunção de inocência (HC 84.078). Esse entendimento foi revertido, em 2016, para assentar que a execução penal provisória não comprometia o princípio da presunção de inocência (HC 126.292 e ARE 964.246). Finalmente, em 2019, declarou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, para obstar a execução provisória da pena imposta por decisões que não tenham transitado em julgado, a fim de que se mantenha a prisão apenas daqueles réus que são adequadamente enquadráveis no artigo 312 do CPP (ADC 43, 44 e 54).

Palavras-chave: Execução Penal; Presunção de Inocência; Prisão.

## ABSTRACT

The present work discusses the compatibility or not with the Brazilian legal system of the execution of the prison sentence before the passing of *res judicata* of a condemnatory criminal sentence, under the focus of the jurisprudence of the Federal Supreme Court. The presumption of innocence is presented as a democratic guarantee, affirmed in several international treaties to which Brazil is a signatory. Art. 5, LVII, of CF/1988 advances in relation to international texts (that presume innocence until the proof of guilt) and states that this presumption occurs until the final and unappealable decision of the criminal sentence. The STF took a while to conclude, in 2009, that the early execution of the sentence before it became final violated the constitutional guarantee of the presumption of innocence (HC 84.078). This understanding was reversed, in 2016, to establish that the provisional criminal execution did not compromise the principle of presumption of innocence (HC 126.292 and ARE 964.246). Finally, in 2019, it declared the constitutionality of art. 283 of the CPP, to prevent the provisional execution of the penalty imposed by decisions that have not become *res judicata*, to maintain the imprisonment of only those defendants who are covered by article 312 of the CPP (ADC 43, 44 and 54).

Keywords: Criminal Execution; Presumption of Innocence; Prison.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>8</b>
1.1 Origens históricas.....	8
1.2 Estrutura normativa.....	10
1.3 Dimensões e titularidade.....	12
1.4 Âmbito de proteção.....	14
1.5 Jurisprudência de Tribunais Internacionais.....	17
1.5.1 Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	17
1.5.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	21
<b>2 INSTITUTO DA PRISÃO PROCESSUAL.....</b>	<b>23</b>
2.1 Espécies e Requisitos.....	23
2.2 Natureza Jurídica.....	26
2.3 Princípios.....	28
2.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.....	30
<b>3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS SUCESSIVAS DECISÕES DO STF A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>33</b>
3.1 Habeas Corpus 84.078/MG.....	33
3.2 Habeas Corpus 126.292/SP.....	37
3.3 ARE 964.246 (Repercussão Geral).....	43
3.4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54.....	44
3.5 Ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.735 e 6.783.....	48
3.6 Recurso Extraordinário 1.235.340/SC.....	52
<b>4 ANÁLISE CRÍTICA.....</b>	<b>56</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

A liberdade é, sem dúvidas, um valor de extrema importância para o ser humano. Sendo a prisão um estado de exceção à liberdade, que gera prejuízos bastante significativos à qualidade de vida e à dignidade humana, sua previsão deve se limitar aos casos em que seja realmente justificada. A presunção de inocência surge após um contexto em que arbitrariedades eram cometidas sob uma lógica inquisitória que presumia a culpa dos indivíduos acusados de cometer crimes. Esses sujeitos eram presos, perseguidos e por vezes até torturados, sem garantias fundamentais básicas como a ampla defesa e a presunção de inocência. O surgimento da presunção de inocência, não só no Brasil, mas no mundo, significou uma importante mudança de paradigma.

A presunção de inocência está disposta não só na Constituição Federal de 1988, mas também em tratados internacionais e até mesmo em nosso Código de Processo Penal. Ocorre que sua previsão normativa não significa necessariamente que seja obedecida pelos Tribunais Locais e Superiores. Trata-se de um tema controverso dentro da comunidade jurídica e na sociedade brasileira após emblemáticos casos envolvendo figuras importantes da política nacional. É uma questão de extrema importância para o Direito e para a sociedade, porque o entendimento sobre a possibilidade da execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação penal afeta a sociedade como um todo, uma vez que indica a interpretação sobre o princípio da presunção de inocência e a postura cabível em relação àqueles que estão ou ainda podem ser presos nas referidas circunstâncias. Por óbvio, as consequências do entendimento passam por prisões injustas, réus pobres tendo o direito de defesa cerceado e impactos na política nacional.

É nesse contexto que o presente trabalho se situa, a fim de analisar a aplicação da presunção de inocência no Brasil, em especial, a partir da análise evolutiva das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Para isso, faz-se necessária uma contextualização histórica da presunção de inocência que aborde distinções como sua classificação enquanto princípio ou regra, além de uma análise de como essa garantia constitucional é tratada em Tribunais Internacionais. Busca-se ainda a compreensão sobre as prisões processuais e suas distinções. Toda essa análise é crucial para a melhor compreensão dos argumentos trazidos pelos Ministros do STF, os quais, muitas vezes, se amparam na estrutura normativa da presunção de inocência ou no direito comparado para sustentar suas posições.

O entendimento atual do Supremo é no sentido de não autorizar a execução antecipada da pena de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, esse entendimento foi firmado no passado, alterado, e voltou a ser vigente, em decisões tomadas por apertada maioria. Isso evidencia a insegurança jurídica que paira sobre o tema, mostra quão vulnerável a presunção de inocência é atualmente.

O objetivo desta monografia é justamente analisar se o ordenamento brasileiro permite a execução da pena de prisão sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e como o STF tem interpretado essa questão. Afinal, é possível a execução da pena com fundamento em acórdão condenatório recorrível? A prisão provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória está em conformidade com a garantia constitucional da presunção de inocência?

A prisão provisória foi uma prática comum no Brasil antes da última decisão do Supremo sobre o assunto. Argumentos não faltam para defender sua utilização e vão desde e a caracterização da presunção de inocência como princípio, ausência de caráter suspensivo dos recursos extraordinários e especiais... Até argumentos sobre a permissão dessas prisões em outros países são invocados para justificar tal possibilidade no Brasil. Porém, devemos aqui analisar a conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, com as regras específicas da Constituição Federal de 1988. E é isso que esse trabalho se propõe a fazer.

# 1 DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

## 1.1 Origens históricas

Na Idade Média, sob a égide do Sistema Inquisitório, o sistema era diametralmente oposto àquele que é regido pela presunção de inocência. Naquele momento, pessoas eram perseguidas e punidas de forma absolutamente arbitrária por práticas ações não compatíveis com os dogmas da Igreja. O juiz acusava, “defendia” e julgava, a acusação era *ex officio*, a denúncia podia ser secreta, o procedimento não admitia contraditório e ampla defesa, a decisão jamais transitava em julgado e a regra era a prisão preventiva do réu. Com a prisão sendo regra, havia, em vez de presunção de inocência, presunção de culpa, que ensejava diversas prisões arbitrárias e injustas.

No século XVIII, já no contexto do Absolutismo, sob a égide dos ideais iluministas e liberais, surge, em oposição ao Sistema Inquisitório, o princípio da presunção de inocência, positivado no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem de 1789: *“Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”*. Ao menos na teoria, a presunção de culpa do acusado, vigente na Idade Média, cede lugar a um novo paradigma que só considera o sujeito culpado após a condenação.

Posteriormente, em 1948, foi instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo primeiro parágrafo do Artigo XI previa que *“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”*

Apesar de o Brasil ser um dos Estados-membros da ONU naquele momento e ser signatário da Declaração de Direitos Humanos desde 1948, o que vimos foi um completo desprezo e sistemático desrespeito ao artigo XI, sobre a presunção de inocência. Isso porque, conforme Tourinho Filho<sup>1</sup> explica, até 1967 nosso ordenamento jurídico previa a prisão preventiva compulsória. Até 1973, o réu permanecia preso até o trânsito em julgado de

---

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 29ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007, p. 62.



sentença penal absolutória em casos de crimes de pena superior a oito anos, esperando por muito tempo em casos de recursos contra a sentença de absolvição, dentre outras afrontas à presunção de inocência. Também não havia a previsão da possibilidade de liberdade provisória para aqueles que eram presos em flagrante até a alteração do artigo 310 promovida pela Lei nº 6.416/1977; até então, o preso em flagrante permanecia preso até o seu julgamento. Tudo continuou como era antes da Declaração, uma vez que sequer houve reforma do código de processo penal brasileiro para incluir em seu texto a presunção de inocência, de modo que foram mantidos diversos artigos que contrariavam a disposição da Declaração de Direitos Humanos.

No Brasil, a presunção de inocência só foi expressamente positivada como direito e garantia fundamental na Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu Artigo 5º, LVII, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Além de se tratar formalmente de uma garantia e direito fundamental dos sujeitos, ela afeta substancialmente o Direito Processual Penal pelo seu impacto sobre as provas no curso da ação penal, o tratamento dado àqueles que são réus e seus direitos no que diz respeito à privação de liberdade, execução da pena e o momento em que ela deve ocorrer<sup>2</sup>. Cabe destacar que, ainda que a presunção de inocência não estivesse disposta de forma explícita antes, em tese, existia ou ao menos deveria existir implicitamente, tendo em vista que se trata de um pressuposto fundamental<sup>3</sup>.

Em 1992<sup>4</sup>, o Brasil aderiu também à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica, com previsão sobre a presunção de inocência em seu artigo 8, II: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”*

Em 2002<sup>5</sup>, houve adesão ao Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, que, em seu artigo 66 também estabelece previsão sobre a presunção de inocência:

---

<sup>2</sup> GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. Estudos de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: RT, 1999, p. 109.

<sup>3</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Coord. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

<sup>4</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

<sup>5</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

#### Artigo 66

##### Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Em um contexto em que o Brasil era signatário de diversos tratados que previam a Presunção de Inocência e diante da menção expressa da Constituição a esse princípio, finalmente o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, passou a discutir o enquadramento de casos concretos e a interpretação a ser seguida pelos juízes de Vara Criminal de todo o país. Nesse cenário, merecem destaque as discussões sobre a legalidade de prisões e os limites da presunção de inocência, o que é esse princípio e o que ele não é, a fim de evitar distorções por interpretações equivocadas.

## 1.2 Estrutura normativa

A presunção de inocência foi positivada no Artigo 5º, LVII, que está disposto no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da CF/1988. Trata-se de uma norma que deve ser lida à luz da teoria dos direitos fundamentais, uma vez que, ao posicionar a presunção de inocência nesse Título, a Constituição deixa evidente o aspecto formal de sua fundamentalidade<sup>6</sup>. E, ainda, como Sarlet<sup>7</sup> entende, direitos fundamentais são aqueles compreendidos na esfera interna de cada Estado.

Em relação à classificação enquanto princípio ou regra, encontramos divergências doutrinárias e até mesmo na jurisprudência do STF. A diferenciação entre regras e princípios tem diversos aspectos; o que nos interessa neste trabalho é a forma de aplicação e as consequências disso. Dworkin<sup>8</sup> estabelece que existe uma distinção de natureza lógica, que indica que as regras se aplicam na dimensão do tudo ou nada, sendo válida (e, portanto, deve ser aceita) ou inválida (não contribuindo, dessa forma, para a decisão judicial), exigindo ainda que as exceções integrem o enunciado da regra para não ser um enunciado incompleto; os

---

<sup>6</sup> JAHNEL, Marta Regina. A presunção de inocência e a execução provisória da pena em Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais. 2020, p. 196.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição em perspectiva histórico-evolutiva. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

princípios, por sua vez, não se aplicam de forma automática, mas dependem de decisão do caso particular, analisando a dimensão do peso ou da importância, a ponderação e afins.

Zagrebelsky<sup>9</sup> esclarece que tanto os princípios quanto as regras constituem espécies do gênero “norma”. Para ele, a distinção reside na disposição das normas, de modo que aquelas normas legislativas são predominantemente regras enquanto as constitucionais são predominantemente princípios; por essa lógica, sendo a presunção de inocência uma norma constitucional, ela seria um princípio.

Inicialmente, cabe expor a posição daqueles que consideram a presunção de inocência uma regra. Alexy<sup>10</sup> considera que um direito fundamental pode ter caráter concreto ou abstrato, e realiza a distinção a partir do alto grau de generalidade dos princípios em detrimento de regras; por considerar que não existe muita generalidade em relação ao conteúdo da norma da presunção de inocência, a classificação adequada seria de norma-regra. Os diplomas internacionais já mencionados referem a presunção de inocência até a prova da culpa ou culpabilidade; na CF/1988, há uma delimitação precisa da presunção de inocência até a data do trânsito em julgado.<sup>11</sup> Logo, a partir dessa classificação, a presunção de inocência poderia ser compreendida como princípio a partir dos diplomas internacionais e como regra sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

Tanto Alexy quanto Dworkin convergem no entendimento de que um fator de diferenciação entre princípios e regras é o fato de que a não aplicação de um princípio em um caso concreto não impede que esse princípio possa ser aplicado em outro caso em um contexto diferente, enquanto as regras não podem ser afastadas em um caso sem que deixem de poder ser aplicadas em todos os outros casos futuros<sup>12</sup>. Isso porque a regra é objetiva, aplica-se automaticamente, enquanto ao princípio cabe ponderar com outros e medir a adequação deste ao caso, dependendo do contexto fático.

---

<sup>9</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 109-110.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012, p. 65.

<sup>11</sup> JAHNEL, Marta Regina. *A presunção de inocência e a execução provisória da pena em Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais*. 2020, p. 201-202.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Ministro equivocou-se ao definir presunção de inocência*. *Conjur*, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso: 21 set. 2021.

Na Jurisprudência, vemos divergências significativas entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, as quais influenciam diretamente na tomada de decisão quando a presunção de inocência integra o escopo decisório. Por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso já se posicionou no sentido de que a presunção de inocência é um princípio, não uma regra absoluta – premissa que embasou seus votos sobre a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado, como veremos posteriormente. Ressalta-se o trecho de seu voto no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade, sendo este o julgado mais recente sobre a temática aqui abordada:

“Por ser um princípio, precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. Ponderar é atribuir pesos a diferentes normas. Na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência.”

Já o Ministro Luiz Fux, apesar de compartilhar do posicionamento de Barroso em favor da prisão imediatamente após condenação em segunda instância, reconhece à presunção de inocência a natureza de regra, no julgamento sobre a adequação da Lei Complementar nº 115/2010 (Lei da “Ficha Limpa”) à Constituição:

“A presunção de inocência consagrada no artigo 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa venia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo”

Portanto, as divergências doutrinárias se refletem no entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a natureza da presunção de inocência.

### **1.3 Dimensões e titularidade**

Os direitos fundamentais atualmente são classificados em dimensões, uma vez que autores constitucionalistas passaram a reputar ultrapassada e inadequada a nomenclatura “geração”. Como explica Sarlet<sup>13</sup>, os direitos fundamentais são complementares e não podem

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 45.

ser colocados dentro de uma lógica de divisão que pressupõe que a nova geração tenha substituído ou separado as anteriores.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é aquela que trata dos direitos dos indivíduos frente a um dever de não intervenção estatal, ou seja, aqui o Estado tem o dever de se abster para preservar a autonomia do indivíduo, pois são direitos negativos. Essa é a dimensão de direitos que nos interessa no presente trabalho, uma vez que é aqui em que se situam os direitos relacionados à liberdade e algumas garantias processuais, dentre as quais o direito fundamental à presunção de inocência.

É fundamental ainda compreender a presunção de inocência dentro da condição de direito fundamental, observando sua dimensão subjetiva e objetiva<sup>14</sup>. Na dimensão subjetiva (aquela que trata da relação entre o Estado e o indivíduo, titular desse direito) deve-se analisar a presunção de inocência não apenas a partir do dever de abstenção do Estado, mas também pela obrigação estatal de garantir que esse direito seja devidamente efetivado; para isso, faz-se necessária uma atuação principalmente organizacional e procedimental do Estado, como elucidada Maurício Zanoide de Moraes<sup>15</sup>. Em relação à dimensão objetiva – aquela referente ao objeto do direito em questão –, deve-se atentar para a efetivação desse direito em larga escala, tendo uma repercussão ampla com finalidade expansiva, para toda a sociedade, como explica o mesmo autor<sup>16</sup>:

“A dimensão objetiva teve sua importância revelada quando da inscrição dos direitos fundamentais sociais. Percebeu-se que os direitos fundamentais têm sua importância não apenas pelas relações subjetivas (obrigações, direitos, deveres, liberdades, garantias) que estabelecem, mas também pelo aspecto objetivo do disposto normativamente. Essa dimensão objetiva conforma, informa e parametriza todo o ordenamento jurídico e todas as ações públicas e particulares, tornando-se um complemento para a dimensão subjetiva. Nesse sentido, é a base da ordem jurídica coletiva a estabelecer uma cooperação e reciprocidade com o aspecto subjetivo da norma. Pela perspectiva objetiva, os direitos fundamentais projetam efeitos e exercem função mesmo que não haja uma necessidade específica de um indivíduo, ou seja, atuam sem que haja uma específica relação subjetiva entre cidadãos ou entre cidadão e Estado. A dimensão objetiva é uma ‘mais valia’ em relação à dimensão subjetiva e cobre espaços juspolíticos que esta última dimensão não abarcaria.”

---

<sup>14</sup> RODRIGUES, Lucas Ribeiro. A falta grave de prática de fato previsto como crime doloso: uma análise a partir da repercussão da presunção de inocência na execução penal. Presunção de Inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. 2020, p. 282.

<sup>15</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 229-231.

<sup>16</sup> Idem, p. 240-241.

Devemos destacar ainda a existência de duas dimensões da presunção de inocência, a processual e a extraprocessual. A dimensão processual diz respeito à manifestação dentro do processo, que possui as seguintes manifestações: como princípio informador do processo penal, como regra probatória, como regra de tratamento e como regra de juízo<sup>17</sup>. A dimensão extraprocessual abrange os efeitos externos ao processo penal, quanto às relações privadas e até mesmo processos administrativos<sup>18</sup>.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental que tem como objetivo a proteção dos particulares, no âmbito de seus direitos subjetivos. A presunção de inocência atua como um instrumento de defesa contra o poder estatal e eventuais arbitrariedades<sup>19</sup>. Direitos fundamentais como a presunção de inocência são dotados de fundamentalidade material, caráter subjetivo e de correspondência universal, ou seja, a toda e qualquer pessoa natural e cidadão<sup>20</sup>. Consequentemente, os titulares do direito fundamental à presunção de inocência são todas as pessoas naturais, uma vez que se trata de um direito humano e fundamental.

#### **1.4 Âmbito de proteção**

Apesar das controvérsias sobre a classificação como regra ou princípio, na doutrina e em nossa jurisprudência, é praticamente pacífico que direitos fundamentais – e constitucionais – não são absolutos, tendo, portanto, um caráter limitado. É consensual que os direitos fundamentais podem ser objeto de restrições na esfera subjetiva ou objetiva<sup>21</sup>.

O Artigo 5º, LVII, da CF/1988<sup>22</sup> determina que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No entanto, quando pensamos nas hipóteses de prisões processuais, é evidente que a relação entre culpa e prisão não é totalmente equivalente, uma vez que nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. O ponto que é controverso é sobre o início da execução da prisão como

---

<sup>17</sup> PINHO, Manoel Veridiano Fukuara Rebello. A presunção de inocência como regra de juízo na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e do tribunal europeu de direitos humanos. 2015, p. 11.

<sup>18</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer, Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia, Universitat de Girona, p. 4.

<sup>19</sup> JAHNEL, Marta Regina. A presunção de inocência e a execução provisória da pena em Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais. 2020, p. 196-197.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2002, p. 37.

<sup>21</sup> SANGUINÉ, Odone. Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49.

pena antes do trânsito, mas a mera possibilidade de se prender um sujeito preventivamente, provisoriamente ou até mesmo em flagrante explicita que nosso ordenamento jurídico e o Código de Processo Penal aceitam a possibilidade de prisão independentemente da sentença definitiva sobre a culpa do sujeito.

Enquanto na Constituição há a presunção de inocência, na legislação infraconstitucional, é o artigo 283 do CPP que refere os casos nos quais a prisão é autorizada (prisão em flagrante, prisão cautelar e prisão quando a condenação transitou em julgado): “*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.*”. Enquanto há recurso pendente de apreciação, a prisão antecipada para execução da pena é inconstitucional.

Beccaria<sup>23</sup>, em seu livro “Dos delitos e das penas”, sintetiza bem o âmbito de proteção da presunção de inocência:

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.”

A presunção de inocência, ainda sobre a proteção, traz como consequência duas regras de extrema importância em nosso processo penal: uma de caráter probatório e uma de dever de tratamento. Nesse sentido, Aury Lopes Junior<sup>24</sup> esclarece:

“A presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regla del juicio*) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva – estigmatização do imputado- e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares).”

Humberto Nogueira Alcalá<sup>25</sup> explica ainda que a presunção de inocência/não culpabilidade é uma garantia que fundamenta o processo penal, impedindo que haja uma

<sup>23</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas I Cesare Beccaria; I tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999, p. 61.

<sup>24</sup> LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220.

<sup>25</sup> ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia. Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005, p. 226-228.

presunção de culpabilidade que crie a imputação do ônus de provar a inocência ao acusado. Esse princípio busca ainda evitar condenações antecipadas sem uma análise adequada das provas e pretende que o juiz tenha que fundamentar suficientemente a sentença para evidenciar a culpa, o que não seria necessário se a culpa já fosse o estado natural de consideração sobre o acusado. Portanto, a proteção crucial aqui é oferecer ao acusado um estado natural de inocência e não de culpa.

Jordin Ferrer Beltrán elucida que a presunção de inocência possui quatro aplicações principais no processo penal: como princípio informador do processo penal, como regra de tratamento processual, como regra probatória e como regra de julgamento<sup>26</sup>.

Uma importante implicação desse estado natural de inocência é impor ao órgão acusador o ônus de provar que o réu é culpado, sendo ela uma regra probatória de forma de tratamento ao acusado. Badaró<sup>27</sup> destaca que se trata de uma regra de julgamento que se confunde com o princípio *in dubio pro reo*. O autor considera ainda que a presunção de inocência é uma importante garantia política:

“A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar o princípio, é como garantia política do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.”<sup>28</sup>

Logo, a importância da presunção de inocência para a proteção do réu é a de uma garantia constitucional que gera reflexos em diversos momentos do processo e para os sujeitos processuais (regra probatória, de julgamento e de tratamento) até o trânsito em julgado de sentença condenatória<sup>29</sup>, sendo uma obrigação “*erga omnes*” de tratamento ao sujeito acusado

<sup>26</sup> ELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018, passim, p. 156-175.

<sup>27</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 280.

<sup>28</sup> BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. São Paulo: Campus Jurídico, 2012, passim, p. 156-157.

<sup>29</sup> JAHNEL, Marta Regina. A presunção de inocência e a execução provisória da pena em Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais, 2020, p. 203.



de um crime desde a fase de investigação, durante o julgamento e também após o julgamento, de forma a presumir sua inocência perante qualquer acusação e ainda não devendo pesar sobre o sujeito qualquer restrição de sua liberdade após sua absolvição<sup>30</sup>.

## 1.5 Jurisprudência de Tribunais Internacionais

### 1.5.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Todos os países que ratificaram o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) estão sujeitos ao monitoramento e eventuais julgamentos nos casos cabíveis pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIADH). Como já abordado, o Pacto prevê a presunção de inocência em seu artigo 8, II (“*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.*”) e não foram raras as vezes em que essa Corte reconheceu a violação dessa garantia fundamental por parte dos países signatários.

O episódio mais famoso é o caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*<sup>31</sup>, em razão da imensa quantidade de violações de garantias processuais pelo Estado do Equador, dentre elas, a presunção de inocência, em especial no que diz respeito a garantia política e regra de tratamento. No contexto de uma operação que investigava uma organização internacional de narcotraficantes, foi decretada a prisão cautelar de Suárez, que ficou preso e incomunicável por semanas, sem que houvesse ordem judicial ou flagrante. Depois que a acusação foi formalizada, ele ainda ficou preso por cerca de quatro anos, o dobro do tempo da pena máxima pelo delito que ele viria a ser condenado. Ele não teve defesa técnica quando interrogado pela primeira vez e o habeas corpus que sustentava a ilegalidade da prisão somente foi analisado – e rejeitado – após mais de um ano de sua impetração, por critérios formais obscuros e não explícitos na legislação do país. Nesse caso, houve a antecipação do cumprimento da pena, que ainda durou um tempo desproporcionalmente grande quando comparado à pena máxima cominada ao delito em questão. A CIADH concluiu que a presunção de inocência foi gravemente violada pelo Estado do Equador:

---

<sup>30</sup> PINHO, Manoel Veridiano Fukuara Rebello. A presunção de inocência como regra de juízo na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e do tribunal europeu de direitos humanos. 2015, p. 11.

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DEREITO HUMANOS. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo). Costa Rica. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf). Acesso em: 11/09/2021.

“Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.”

Em *Tibi vs. Ecuador*<sup>32</sup>, mais uma vez a CIADH rechaçou a antecipação do cumprimento da pena, destacando que a prisão preventiva tem natureza cautelar e não deve ser utilizada como meio punitivo de antecipação da pena. Daniel David Tibi foi considerado culpado presumidamente, como se fosse o estado natural de culpabilidade e não inocência, sendo vítima de um tratamento processual que feria diversas garantias fundamentais. Em *Acosta Calderón vs. Ecuador*<sup>33</sup>, a CIADH novamente declarou a violação da presunção de inocência e reiterou a não possibilidade de antecipação do cumprimento da pena e que a prisão cautelar deve ser aplicada como tal, não com caráter punitivo de antecipação da pena.

O caso *Cantoral Benavides vs. Peru*<sup>34</sup> cuidou da detenção ilegal de Luiz Cantoral Benavides e sua exposição midiática como traidor da pátria antes mesmo de condenação, somado à tortura sofrida por ele durante a prisão (sem ordem judicial ou situação de flagrante). O Estado Peruano condenou Luiz pela prática de terrorismo, crime cuja pena privativa de liberdade era de vinte anos. Diversas garantias fundamentais foram violadas e a CIADH considerou ter havido grave violação à presunção de inocência, em razão da existência de dúvidas sobre a culpabilidade de Benavides, bem como a exibição midiática e a detenção ilegal dele. Mais uma vez, a Corte teve de reiterar que não cabe ao acusado comprovar que é

---

<sup>32</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n. 114. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em: 11/09/2021.

<sup>33</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, n. 129. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf). Acesso em: 11/09/2021.

<sup>34</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo). Costa Rica. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf). Acesso em: 11/09/2021.

inocente, mas sim ao Estado comprovar a culpabilidade do réu – pois a inversão do ônus da prova fere a presunção de inocência – e entendeu que o réu tem o direito de ser considerado culpado somente quando haja um conjunto probatório suficiente de sua responsabilidade penal. O Peru também foi responsabilizado internacionalmente pela Corte por ofensa à presunção de inocência em outros casos, como *Lori Berenson Mejía vs. Peru*<sup>35</sup> pela prisão arbitrária e por não ter permitido que ela constituísse um advogado ou sequer soubesse das acusações que lhe eram imputadas.

Esses são apenas alguns dos casos de países que foram responsabilizados internacionalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de violações a garantias fundamentais, merecendo destaque a presunção de inocência. A maioria dos casos em que países foram condenados por esse tipo de violação decorre do uso inadequado da prisão, como uso ilegal da prisão preventiva ou como antecipação da execução da pena. O uso equivocado da prisão preventiva fez com que a Corte tivesse que reiterar diversas vezes nas sentenças aqui referidas e em tantas outras que a prisão preventiva tem caráter cautelar, o que não só parece óbvio como também é o que está previsto na legislação desses países condenados, mas eles ignoram e seguem perpetuando arbitrariedades em prisões ilegais. A CIADH tem cumprido seu propósito de buscar o cumprimento do Pacto de São José da Costa Rica, sua atuação tem sido eficiente e consegue estabelecer precedentes para os países que ratificaram o Pacto.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também decidiu, no caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*<sup>36</sup>, no qual o acusado teria cometido crimes contra a honra (injúria e difamação), no sentido que a presunção de inocência acompanha o réu até que uma sentença condenatória definitiva determine sua culpabilidade:

“A Corte considera que o direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade seja definitiva. Este direito implica que o acusado não deve demonstrar que não cometeu o crime que lhe é atribuído, já que o onus probandi corresponde a quem acusa.”

---

<sup>35</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Peru. Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Costa Rica. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_119\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf). Acesso em: 11/09/2021.

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf). Acesso em: 11/09/2021.

Vale destacar que os países possuem interpretações diferentes sobre o momento que a presunção de inocência se encerra. Enquanto o Brasil dispõe em sua Constituição que a prisão para execução penal só pode ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, outros países dispõem em seus ordenamentos jurídicos internos que é possível a prisão logo após a decisão proferida em primeiro grau, sem que haja violação da presunção de inocência. Estados Unidos, Canadá e Argentina adotam um modelo de execução penal imediatamente após a decisão de primeiro ou segundo grau, sem a necessidade do esgotamento dos recursos e de trânsito em julgado. Nos Estados Unidos, a pena começa a ser executada já com a decisão proferida em primeiro grau, independentemente da existência de recursos; o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Codei*) prevê em seu artigo 16 que “*se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo*”. No Canadá, existe a possibilidade de execução da pena após a sentença da primeira instância, excepcionados os casos com possibilidade de fiança. Na Argentina, a previsão de que a pena privativa de liberdade pode começar a ser cumprida imediatamente após a sentença, sem a necessidade de esgotamento de recursos, havendo exceção para os casos e mulheres grávidas, com filhos menores de seis anos ou enfermos cujo estado de saúde pode se agravar até a morte dentro da prisão.<sup>37</sup>

A Corte Interamericana prevê um significativo grau de respeito à presunção de inocência no âmbito das prisões processuais, garantias processuais como a ampla defesa e a necessidade de permitir que o réu constitua advogado, por exemplo. No entanto, o âmbito de atuação da Corte não pode desconsiderar o ordenamento jurídico de cada país. Dessa forma, ela atua no sentido de coibir o uso de mecanismos ilegais como a tortura e o impedimento à constituição de defesa, assim como também coíbe o uso arbitrário e ilegal de prisões processuais; entretanto, a definição do momento em que se esgota a presunção de inocência depende do ordenamento jurídico de cada país e não cabe à Corte impor uma mudança de entendimento sobre isso, mas sim o respeito à presunção de inocência nos termos que são concordados de forma objetiva por esses países, como é o caso da legalidade da prisão preventiva, vedação à tortura etc. Sobre a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabe à Corte respeitar a cultura jurídica dos países da América que são signatários do Pacto de São

---

<sup>37</sup> CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. São Paulo: Atlas, p. 507.

José da Costa Rica e que compõem a CIADH, e isso significa o respeito à legislação de cada país quanto ao momento em que se considera formada a culpa do réu em processo criminal. No entanto, independentemente de como outros países entendem, fato é que o Brasil deve obedecer ao seu ordenamento jurídico, que em diversos momentos, inclusive na Constituição, veda a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E, considerando que a Corte veda o uso arbitrário da prisão preventiva com a deturpação de sua função e requisitos para fins de antecipação da pena, não é compatível com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que o Brasil utilize a prisão provisória como se preventiva fosse.

### ***1.5.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos***

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe, no artigo 6.2, que “*qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao interpretar esse artigo, entende que o juízo de culpabilidade pode ter início após a sentença condenatória já em primeira instância. Cabe explicar que alguns países europeus seguem o sistema “common law” e dividem os julgamentos entre a fase de veredito e a fase de aplicação da pena. Na primeira, é quando se decide sobre a culpa do acusado e, caso seja declarado culpado, na fase seguinte haverá a determinação da pena. Nesses casos, o Tribunal Europeu entende que a presunção pode ser considerada esgotada até mesmo antes da conclusão do julgado em primeira instância.<sup>38</sup> Um exemplo da aplicação desse entendimento é o caso *Matijašević vs. Serbia*<sup>39</sup>, julgado em 19 de setembro de 2006, quando o Tribunal reiterou o entendimento de que a declaração da culpa na fase de veredito faz cessar a presunção de inocência, antes mesmo da aplicação da pena e ainda que haja a possibilidade de interposição de recursos. Esse caso é citado no mesmo artigo do Ministro Gilmar Mendes.

No caso *Allen vs. The United Kingdom*<sup>40</sup>, o Tribunal Europeu considerou que um réu que teve a condenação anulada após o cumprimento da pena não é necessariamente inocente

---

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A presunção de não culpabilidade e a orientação do ministro Marco Aurélio Mello: ciência e consciência. Migalhas, v. 1, 2015, p. 8-9.

<sup>39</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Matijašević vs. Serbia*. Sentença de 19 de setembro de 2006. [http://www.zastupnik.gov.rs/images/matijasevic\\_p\\_23037-04\\_eng.pdf](http://www.zastupnik.gov.rs/images/matijasevic_p_23037-04_eng.pdf). Acesso em: 12/09/2021.

<sup>40</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Allen Vs. The United Kingdom*. Sentença de 12 de julho de 2013. <https://www.conjur.com.br/dl/europa-presuncao-inocencia-erro-judicial.pdf>. Acesso em: 12/09/2021.

(“absolvição teórica”), a menos que tenha sido submetido a novo julgamento, e, por isso, não teria direito a indenização por danos morais pelo tempo que ficou preso.

Vale destacar que em diversos países Europeus existe a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como é o caso da Inglaterra, que tem como regra a execução provisória da pena, ainda que haja recurso, exceto em casos que a legislação prevê a possibilidade de liberdade pelo pagamento de fiança<sup>41</sup>. Na Alemanha, França e Espanha também existe a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. Portugal e Itália são exceções, pois em ambos a presunção de inocência é mantida até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É evidente que a cultura jurídica dos países europeus é bastante diversa e isso se reflete no entendimento deles sobre a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Justamente pela diversidade de entendimentos que podemos observar no direito estrangeiro, argumentos de direito comparado se mostram problemáticos. Institutos como o da prisão devem ser analisados não apenas sob a ótica do ordenamento jurídico externo como também e principalmente do interno, sob pena de ignorar as particularidades da legislação de cada país.

---

<sup>41</sup> CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. São Paulo: Atlas, p. 507.

## 2 INSTITUTO DA PRISÃO PROCESSUAL

A prisão processual é essencialmente uma prisão provisória que ocorre excepcionalmente nos casos que atendam aos requisitos previstos em lei. Conforme Antonio Scarance Fernandes<sup>42</sup> salienta, trata-se de “*qualquer tipo de prisão imposta durante o processo e que não seja uma prisão-pena, ou seja, que não seja prisão decorrente de uma condenação transitada em julgado*”. A razão de existir é garantir a efetividade do processo penal, impedindo que o indivíduo cause danos ao processo e até mesmo à sociedade. Os requisitos gerais para a prisão processual são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Porém, é fundamental que os requisitos legais gerais da prisão processual e os específicos de cada espécie sejam atendidos, a fim de que não se legitimem arbitrariedades e a violação sistemática do princípio da presunção de inocência.

### 2.1 Espécies e Requisitos

A prisão processual abarca quatro espécies, quais sejam: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão decorrente de sentença de pronúncia.

A prisão em flagrante, prevista do artigo 301 ao 310 do CPP, é diferente das demais prisões processuais porque, enquanto as outras dependem de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, conforme o artigo 5º, LXI, da CF/1988<sup>43</sup>, essa exigência é dispensada pela mesma norma constitucional. Essa prisão pode ser realizada por qualquer indivíduo (artigo 301 do CPP)<sup>44</sup>, policial ou não, em situações de flagrante delito, sendo ratificada posteriormente por autoridade policial. Após a prisão em flagrante, em conformidade com o artigo 310 do CPP, o juiz deve promover audiência de custódia com a presença do preso, sua Defesa técnica e o representante do Ministério Público para decidir se vai relaxar a prisão ilegal, realizar a conversão em prisão preventiva quando presentes os requisitos ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. O artigo 302 do CPP traz de forma expressa o que se considera como flagrante delito:

---

<sup>42</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 64, jan/2007, p. 1.

<sup>43</sup> Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

<sup>44</sup> Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

“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.”

Cabe destacar que as modalidades previstas pelos incisos I e II são consideradas flagrante próprio, a do inciso III como flagrante impróprio e a do inciso IV é o flagrante presumido. Nesse ponto, cabe ressaltar que existe uma discussão doutrinária e até mesmo prática sobre o momento do flagrante presumido e do flagrante impróprio, por causa da dificuldade em estabelecer o limite temporal de “logo após” e “logo depois”, tendo em vista que este não é fixado pela lei penal.<sup>45</sup>

A prisão preventiva, prevista entre os artigos 311 e 316 do CPP, é a mais importante dentre todas as prisões processuais, podendo ser decretada em qualquer fase da do inquérito policial ou da instrução criminal. Tourinho Filho<sup>46</sup> destaca que “*somente o Juiz é que pode decretá-la, seja mediante representação da Autoridade Policial, requerimento do Ministério Público ou do querelante, seja até mesmo ex officio*”. Pode ainda ser decretada nos casos em que o suspeito do crime oferece risco à ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo em liberdade ou por conveniência da instrução criminal, isto é, casos em que presentes os requisitos de *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*. Há uma certa subjetividade na análise desses requisitos, que, muitas vezes, pode ensejar arbitrariedades da autoridade judiciária e prisões injustas ferindo a presunção de inocência. Isso porque, em alguns casos, existe uma deturpação da prisão preventiva para aplicar a prisão penal antecipadamente. Joaquim Canuto Mendes de Almeida<sup>47</sup> esclarece a distinção:

“2. A prisão preventiva "em sentido lato", é bem de ver, não se confunde, por sua natureza e finalidade, com a prisão penal.

A. A finalidade da pena é, segundo as diversas escolas penais, respectivamente: expiação, escarmento, castigo exemplar, intimidação, segregação da vida social, meio de readaptação, de cura, de educação.

<sup>45</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. Revista Brasileira de Processo Penal, vol. 7/1994, p. 8.

<sup>46</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. Revista Brasileira de Processo Penal, vol. 7/1994, p. 4.

<sup>47</sup> MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Princípios constitucionais da coação processual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 657.



B. A prisão processual tem outro objetivo: destina-se a segurar o réu para que não fuja.”

Cabe destacar também que a prisão preventiva resulta em vitimização do acusado e em vício no processo, criando uma condição de dificuldade maior para que ele possa ser ao fim absolvido, como explica Odone Sanguiné<sup>48</sup>:

“No caso do preso preventivo não há uma declaração formal de culpabilidade, nenhuma verificação definitiva de infração da norma penal, já que a prisão se decreta antes ou durante o próprio julgamento penal. Assim, além da vitimação primária (em função das primeiras consequências do delito) e secundária (que resulta de suas relações com o sistema penal), o acusado sofre uma vitimação terciária, ao transformar-se em uma vítima institucional, no momento em que a prisão provisória converte-se, em realidade, em uma condenação antecipada, uma verdadeira pena de privação de liberdade, que prejudica, em certa medida, o veredicto final de um processo já viciado na origem pela limitação das possibilidades de defesa do imputado, o que dificulta - se permanecer muito tempo em situação de preso preventivo - sua absolvição.”

A prisão temporária, disposta na Lei nº 7.960/1989, é cabível nos casos previstos pelo artigo 1º: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornece elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando houver fundadas razões com qualquer prova admitida em direito de autoria ou participação nos crimes previstos no inciso III. Há controvérsia doutrinária sobre esses requisitos serem cumulativos ou não, mas a posição que prevalece é a de que a prisão temporária deve necessariamente atender ao último requisito (sobre o rol dos crimes) e ao menos um entre os dois primeiros. Outros aspectos importantes sobre a prisão temporária é que ela tem prazo de duração determinado (cinco dias, prorrogáveis por mais cinco quando comprovada extrema necessidade), conforme o artigo 2º da mesma lei, e, por fim, cabe reforçar que a prisão temporária só é cabível na fase investigativa. Merece destaque a explicação de Antonio Scarance Fernandes<sup>49</sup>:

“Assim, só depois de o indivíduo ter sido indiciado, ou seja, apontado como autor do crime em face dos indícios colhidos no inquérito policial, é que pode sofrer uma prisão temporária. Decorre da regra a idéia geral da inadmissibilidade de uma prisão cautelar enquanto não forem coletados elementos sensíveis que indiquem ser o suspeito o provável autor do crime apurado. Decorre, ainda, a idéia de que prisão processual não serve para a descoberta dos primeiros indícios a respeito da autoria de um delito, só se justificando quando haja elementos razoáveis apontando alguém como o provável autor da infração penal.”

---

<sup>48</sup> SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 86, set/2010, p. 3.

<sup>49</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 64, jan/2007, p. 5.

Registra-se que, no passado, existia a prisão decorrente de sentença de pronúncia, prevista pelos artigos 282 e 408, §1º do CPP, mas que já não encontra amparo em nosso sistema legal.

Além das prisões processuais, existe a prisão pena, para execução penal. Esta prisão é aquela executada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, após o esgotamento dos recursos. A grande controvérsia de que trata esta monografia é a possibilidade da execução dessa pena de forma provisória, em virtude de sentença condenatória recorrível, ou seja, antes do trânsito em julgado. Esse caso, apesar de não encontrar amparo legal, ocorre frequentemente no Brasil, sendo objeto de muita discussão por conta da violação à presunção de inocência e fruto de muitas divergências no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como veremos em decisões recentes sobre o assunto a serem analisadas posteriormente nesse trabalho.

## **2.2 Natureza Jurídica**

Um ponto que merece destaque é a natureza jurídica das prisões processuais elencadas, em especial, aquelas que atualmente ainda estão presentes em nosso ordenamento jurídico, quais sejam: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

A prisão em flagrante é objeto de vasta discussão doutrinária acerca de sua natureza jurídica, há processualistas que defendem a existência de uma natureza pré cautelar, como é o caso de Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Enquanto há também aqueles que defendem que a natureza da prisão em flagrante seria efetivamente cautelar, como Tourinho Filho entende.

Inicialmente, vamos expor a primeira visão sobre o assunto, ou seja, aquela que determina que a prisão preventiva teria caráter pré cautelar. Para sustentar essa classificação, Aury Lopes Junior<sup>50</sup> defende que quando há a situação do flagrante, há também a autorização para indivíduos populares realizarem a prisão em flagrante e o dever de ratificar a prisão do sujeito que pratica o ato ilícito é imposto à autoridade policial. Isso porque haveria a necessidade de manter o preso em custódia, a fim de resguardar a viabilidade do processo e garantir que ele

---

<sup>50</sup> LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585-586.

não fuja, por exemplo. E, assim, posteriormente, o juízo poderia decidir adotar a medida cautelar da prisão preventiva ou não. Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>51</sup> entende que a prisão em flagrante é “*uma prisão administrativa cuja finalidade é evitar a consumação delito (quando possível) e deflagrar a investigação preliminar*”. Portanto, o flagrante seria um instrumento para a prisão preventiva, ou seja, teria natureza pré cautelar para resguardar a possibilidade de imposição da cautelar posteriormente, que nesse caso, seria a prisão preventiva, caso determinado pelo juízo na audiência de custódia. A corrente que defende o caráter cautelar da prisão em flagrante conta com Tourinho Filho. Tourinho Filho<sup>52</sup> defende que quando o juiz exerce o rito previsto no artigo 310 o CPP e julga pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, entendendo que há a necessidade e legalidade da manutenção da prisão, seria evidente a natureza cautelar da prisão em flagrante.

Quanto à natureza da prisão preventiva, é pacífico na doutrina seu caráter cautelar, uma vez que, para que haja a prisão preventiva, deve haver a presença dos requisitos de *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, além dos requisitos específicos aqui analisados. Isto é, a prisão preventiva tem caráter cautelar porque ocorre quando há perigo no que diz respeito à efetividade do provimento judicial, que estaria ameaçada<sup>53</sup>. Porém, cabe destacar que essa natureza cautelar só existe quando devidamente fundamentados e demonstrados pelo juízo a existência do crime e os indícios de autoria, obedecendo ainda os requisitos essenciais já elencados.

Há uma série de controvérsias doutrinárias referentes à prisão temporária; além daquela já exposta sobre os requisitos, há ainda a questão da constitucionalidade desse tipo de prisão, em razão de eventual afronta ao princípio da presunção de inocência. A controvérsia já exposta sobre os requisitos para a legalidade da prisão temporária serem cumulativos ou parcialmente cumulativos é fundamental para identificar a natureza dessa prisão. É inegável sua natureza cautelar se for indispensável na fase de investigação para resguardar o final do processo, com a adequada aplicação da lei penal<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmação bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117/2015, nov-dez, p. 5.

<sup>52</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 34. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 487.

<sup>53</sup> CRUZ DE SIQUEIRA, Tatiana Paula. Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, 2015, v. 3, p. 648.

<sup>54</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 34. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 657.

## 2.3 Princípios

É fundamental tratar sobre os princípios que regem as prisões cautelares, pois são eles que garantem o adequado tratamento dessas prisões no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Aury Lopes Jr.<sup>55</sup> explica que “*é a eficácia desses princípios que gera condições de coexistência das prisões cautelares com a presunção de inocência*”. Os princípios em questão são os da Jurisdicionalidade, Instrumentalidade, Proporcionalidade, Provisoriedade e, principalmente, da Excepcionalidade<sup>56</sup>.

O Princípio da Jurisdicionalidade está positivado no art. 5º, LXI, da CF/1988<sup>57</sup>, que dispõe a respeito da impossibilidade da prisão que não seja pela autoridade judiciária competente e ainda sobre a necessidade de a prisão cautelar ser devidamente fundamentada pela autoridade que decreta a ordem judicial. No caso da prisão em flagrante, o controle pelo juiz ou tribunal ocorre logo posteriormente ao momento da prisão, em audiência de custódia, na qual a autoridade se manifesta pela homologação ou relaxamento da prisão<sup>58</sup>.

O princípio da Instrumentalidade trata sobre o fato de as prisões cautelares servirem como instrumento para que se alcance a medida principal, ou seja, eles não possuem um fim em si mesmas<sup>59</sup>. Essas medidas buscam a proteção dos mecanismos capazes de garantir o êxito ao final do procedimento, ou seja, elas protegem a integridade do processo definitivo para garantir a eficácia da aplicação do direito<sup>60</sup>.

O princípio da Proporcionalidade é aquele utilizado para nortear a conduta do juiz nos casos concretos, uma vez que, como explica Aury Lopes Junior<sup>61</sup>, ele terá que “*ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista o fumus delicti*”

---

<sup>55</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 812.

<sup>56</sup> LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. Revista dos Tribunais, fev/1998, v. 748, p. 6.

<sup>57</sup> Art. 5º, LXI da CF/88: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

<sup>58</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 722-723.

<sup>59</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 739.

<sup>60</sup> WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência e prisões cautelares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 67.

<sup>61</sup> LOPES JR., Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. Revista dos Tribunais, fev/1998, v. 748, p. 10.

*e o perigo ao normal desenvolvimento do processo*". Ou seja, trata-se de um princípio norteador. Esse princípio exige a observação de três requisitos, quais sejam: adequação, sacrifício proporcional e motivação da resolução<sup>62</sup>. A adequação a fim de descobrir se à medida que o juiz pretende aplicar é adequada ao fim que ele busca, sem deixar de observar a natureza da restrição gerada pela medida em questão. O sacrifício deve ser proporcional, para garantir que a limitação de um direito é necessária para preservar o direito, não sendo excessiva ou desnecessária, uma vez que não deve haver uma medida de eficácia similar que seja menos prejudicial que a adotada. E a motivação da resolução para evitar que o juiz utilize decisões abstratas e que atente para a análise do caso concreto.<sup>63</sup>

O princípio da Provisoriedade é aquele que dispõe sobre a natureza provisória, ou seja, temporária das prisões cautelares, que devem durar por um período determinado, ou, no máximo, até a sentença condenatória definitiva<sup>64</sup>. Martinez<sup>65</sup> pondera que se *"durante la tramitación del proceso variaran estos presupuestos, las medidas cautelares pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a la instancia de parte (provisionalidad)"*. Esse princípio é fundamental para que prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, não sejam utilizadas como formas de execução antecipada de pena, levando ao desvirtuamento da prisão cautelar para esse fim inadequado, justamente devido ao excesso de duração<sup>66</sup>.

Por fim, o princípio da Excepcionalidade determina que a prisão cautelar deve ser utilizada somente em casos excepcionais e extremos, devido ao peso que a prisão tem para o indivíduo que é submetido ao cárcere<sup>67</sup>. Deve-se buscar o respeito ao preso e sua liberdade, evitando a privação da liberdade de alguém que ainda não teve sua culpa provada em juízo, a fim de evitar o cometimento de prisões injustas e toda a degradação social e jurídica que a prisão gera para o sujeito privado de sua liberdade<sup>68</sup>. Logo, a prisão cautelar deve ser a exceção, para evitar que ela seja banalizada e utilizada como instrumento em casos cuja

---

<sup>62</sup> ILLESCAS RUS, Angel-Vicente, op. cit., p. 74-75.

<sup>63</sup> LOPES JR, Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. Revista dos Tribunais, fev/1998, v. 748, p. 10-11.

<sup>64</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.740.

<sup>65</sup> MARTINEZ, Sara Aragonese et alii. Derecho procesal penal, p. 388.

<sup>66</sup> LOPES JR, Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. Revista dos Tribunais, fev/1998, v. 748, p. 8.

<sup>67</sup> WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência e prisões cautelares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 71.

<sup>68</sup> LOPES JR, Aury. Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares. Revista dos Tribunais, fev/1998, v. 748, p. 9.

necessidade efetivamente não existe. Nesse sentido, Rogério Machado Schietti<sup>69</sup> explica que *“A consequência lógica da presunção de não-culpabilidade, no que diz com as prisões cautelares, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção”*. Esse princípio está disposto nos artigos 282, § 6º<sup>70</sup> e 310, II,<sup>71</sup> do Código de Processo Penal.

## 2.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, objeto do presente trabalho, merece atenção especial para a melhor compreensão do momento que estamos situados. Para isso, vamos ao histórico dessa prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

Originalmente, o Código de Processo Penal previa em seu artigo 594 a prisão obrigatória, geralmente, para que o réu pudesse interpor o recurso de apelação contra sentença penal condenatória, nos seguintes termos: *“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.”*

Posteriormente, a Lei nº 5.941, de 22/11/1973, alterou a redação do artigo 594 do CPP para a seguinte: *“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”*

---

<sup>69</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, p. 75.

<sup>70</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

...

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

<sup>71</sup> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

...

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

Antes da revogação do artigo 594 do CPP, foi aprovada a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 12/09/1990, com o entendimento: “*A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.*”. As referências dessa súmula foram o artigo 5º, LVII e LXI, da CF/1988; o artigo 35<sup>72</sup> da Lei nº 6.398/1976 e os artigos 393, I<sup>73</sup>, e 594 do CPP. Ou seja, houve uma completa subversão dos referidos artigos da Constituição Federal, que tratam sobre a presunção de inocência e os casos autorizadores da prisão. Além disso, o STJ buscou amparo na Lei de Drogas, que reiterava a previsão do já exposto artigo 594 do CPP, para determinar que o réu condenado por tráfico de drogas não poderia apelar sem se submeter à prisão. Por fim, o STJ sustentou seu posicionamento no artigo 393 do CPP, que previa que a sentença condenatória recorrível tinha o efeito de autorizar a prisão do réu, nas infrações inafiançáveis, e, também, naquelas afiançáveis enquanto ele não prestasse a fiança.

Apenas em 20/06/2008, pelo artigo 3º da Lei nº 11.719/2008<sup>74</sup>, o artigo 594 do CPP foi revogado para, finalmente, deixar de prever a prisão provisória de forma compulsória para que houvesse a possibilidade de recurso. Esse foi o primeiro avanço para que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível deixasse de ser banalizada e considerada como regra em nosso ordenamento jurídico.

Posteriormente, houve o julgamento do HC 84.078/MG do Supremo Tribunal Federal, considerado um divisor de águas no debate sobre a presunção de inocência e o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Naquela altura, o Superior Tribunal de Justiça havia denegado a ordem do Habeas Corpus impetrado pelo paciente anteriormente. Em seguida, já em 2009, o STF julgou o HC 84.078 para, enfim, firmar a tese de que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória violava a garantia constitucional da presunção de inocência. Esse foi um dos julgamentos mais importantes sobre a presunção de inocência da história brasileira, porque, além de estabelecer uma mudança de paradigma, o voto do Relator Eros Grau é amplamente lembrado e citado pela comunidade

---

<sup>72</sup> Art. 35. O réu condenado por infração dos artigos 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão.

<sup>73</sup> Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

<sup>74</sup> Lei nº 11.719 de 20 de Junho de 2008: Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.

Art. 3o Ficam revogados os arts. 43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

jurídica. Ainda que posteriormente o STF tenha alterado o seu entendimento sobre o tema antes de retomar o firmado no HC 84.078, podemos dizer que os argumentos que sustentam a inconstitucionalidade da prisão provisória já haviam sido apresentados no voto do Ministro Eros Grau e dos demais ministros que seguiram sua posição nesse julgamento histórico.

Por fim, a Lei nº 12.403/2011 revogou uma série de artigos do Código de Processo Penal, dentre eles, o artigo 393, que ainda previa o efeito de prisão logo após a sentença penal recorrível, que era incompatível com a garantia fundamental da presunção de inocência e com o entendimento jurisprudencial firmado à época.



### 3 ANÁLISE DAS SUCESSIVAS DECISÕES DO STF A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, é a instituição crucial para a definição do entendimento que temos hoje sobre a presunção de inocência e seus reflexos na execução penal. Para compreender a tese vigente sobre o assunto, é fundamental que analisemos a evolução histórica das principais decisões do STF e como elas foram determinantes para que rechaçar a possibilidade de prisão para execução penal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

#### 3.1 Habeas Corpus 84.078/MG

Omar Coelho Vitor foi denunciado pelo crime de homicídio (artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, ambos do CP), condenado pelo Tribunal do Júri por homicídio privilegiado a três anos e seis meses de reclusão. Posteriormente, o MP recorreu e conseguiu que, após novo júri, o réu fosse condenado a sete anos e seis meses de reclusão em regime fechado. A defesa de Omar interpôs recursos extraordinário e especial. O recurso especial foi admitido pelo Presidente do Tribunal do Estado. Antes mesmo da admissão, o Ministério Público requereu a prisão preventiva do réu, alegando que Omar estaria vendendo em leilão seu rebanho e máquinas de equipamento de leite (ele era produtor de leite na cidade) e que isso seria demonstração de seu intento de se evadir para furtar-se à aplicação da pena. O juízo acolheu os argumentos do *parquet* e decretou a prisão preventiva.

O paciente impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, sustentando a inexistência de base empírica para a manutenção da prisão preventiva com fundamento na garantia da aplicação da lei penal (segundo a defesa, a venda dos bens do paciente ocorreu com o objetivo de mudar de ramo, conforme documentos comprobatórios juntados para expor os gastos referentes ao exercício da nova atividade a ser exercida), alegando, ainda, que a execução antecipada da sentença condenatória deveria ser afastada em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Denegada a ordem pelo STJ, foi impetrado o HC 84.078/MG perante o Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar. O Relator, Ministro Eros Grau, considerou que o exercício de nova atividade afastava o fundamento da

prisão preventiva, de modo que a manutenção do encarceramento do paciente ganhava “contorno de execução antecipada da pena”. A execução da pena, seja ela restritiva de direitos, seja privativa de liberdade (ainda mais grave), antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, afrontaria a presunção de inocência. Fundamentou que, uma vez que o Supremo já interpretava que a pena restritiva de direitos não poderia ser executada sem o trânsito em julgado, à luz do texto constitucional que prevê a presunção de inocência<sup>75 76 77</sup>, com mais razão, a pena restritiva de liberdade também não comportaria execução antecipada (a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória só poderia ser decretada quando tivesse natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, temporária ou preventiva). Sustentou que a ampla defesa engloba todos as fases processuais, inclusive em fase recursal de natureza extraordinária. Este é o trecho do voto que sustenta a importância do respeito ao que a Constituição assegura no aspecto da presunção de inocência:

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

Por fim, o Ministro Eros Grau reiterou que a execução de sentença penal antes do trânsito em julgado é incompatível com o artigo 5º, LVII, da CF/1988, destacando que, antes do trânsito

<sup>75</sup> AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs. (STF, HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 09/06/2006)

<sup>76</sup> HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida. (STF, HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/05/2006)

<sup>77</sup> 'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente. (STF, HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004)

em julgado, ou existe prisão cautelar ou a antecipação do cumprimento da pena, sendo esta última inadmissível em nosso ordenamento jurídico, por violar gravemente uma regra e garantia constitucional. A antecipação da execução penal não pode ser aceita ou justificada em prol da conveniência dos magistrados em detrimento do processo penal. Destacou que esse entendimento deve ser excepcionado apenas nos casos específicos em que o réu recorre, com recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questões preclusas, arguindo nulidades inexistentes que inventou e sem indicar prejuízo algum; esses casos, ao seu ver, configuram um grande desrespeito ao Judiciário, apenas para buscar evitar a execução, com recursos incabíveis. Ao fim de seu voto, enfatizou que a corte que “*vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade*”, tecendo uma crítica sutil sobre o direito à propriedade por vezes ser considerado com maior importância que a liberdade. Em conclusão, o Relator votou pela concessão da ordem para determinar que o paciente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em contraponto, o Ministro Menezes Direito defendeu que a condenação confirmada em segundo grau deveria ser suficiente para a prisão em casos de recurso especial e extraordinário, porque esses recursos são desprovidos de efeitos suspensivos. Levantou que, apesar de ser uma questão controversa e muito questionada nos últimos tempos, “*a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitiu historicamente o recolhimento à prisão do acusado condenado à pena privativa de liberdade por decisão*”. Estabeleceu um paralelo entre a prisão cautelar e a prisão para execução da pena antecipada:

“É comum que se diga que a prisão cautelar não se choca com o princípio da inocência constante do já mencionado inciso LVII porque tem em vista a garantia da persecução criminal, sendo a prisão cautelar um meio de assegurar o bom resultado do processo. Nessa linha, admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (e é inevitável fazê-lo após o que dispôs o constituinte dos oitenta) e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão. Admite-se a violação do que se entende por um “princípio da inviolabilidade da liberdade antes do trânsito em julgado” com base em um juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, mas não se admite esse cenário com base em uma cognição plena e exaustiva realizada nas instâncias ordinárias.”

Ou seja, o Ministro Menezes Direito argumentou que, em razão de ter havido cognição plena e exaustiva, seria razoável a “flexibilização” da presunção de inocência e justificável a prisão após sentença condenatória não transitada em julgado. Para sustentar que essa

flexibilização não caracterizaria violação da garantia constitucional, o voto recorreu a Dworkin e Alexy para caracterizar a presunção de inocência não como regra sujeita a uma lógica de “tudo ou nada”, mas sim como princípio passível de ponderação; sustenta que, em se tratando de princípio, não ocorre sua violação, porém apenas uma tomada de posição diante de situações concretas. Buscou estabelecer uma simetria entre a prisão cautelar e a prisão de antecipação da execução penal, dizendo que *“se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é.”*. Argumentou que a privação de liberdade nesses casos é justificada pelo duplo caráter de retribuição e prevenção da sanção penal, amparando-se em um argumento em prol de uma “garantia social” e proteção da sociedade e do Estado. O voto do Ministro Menezes Direito foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, com fundamentação similar.

Outros Ministros que acompanharam o voto do Relator endossaram os argumentos deste, somando-lhes outros para rechaçar aqueles ventilados pela divergência. Com destaque, o fundamento trazido pelo Ministro Celso de Mello, no sentido de que a prisão cautelar não se confunde com a prisão penal para execução da pena. A finalidade da prisão penal é a sanção, enquanto a prisão cautelar não sanciona, apenas garante a aplicação do processo penal (função exclusivamente processual, sem a finalidade de punir antecipadamente o réu)<sup>78</sup>:

- A privação cautelar da liberdade individual - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) - não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes.

- A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.

- A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.

---

<sup>78</sup> O voto do Ministro Celso de Mello refere um acórdão do STF, de sua relatoria, que consagra a orientação de que a prisão preventiva não se presta a punir antecipadamente o réu:

"A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal."

(RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

- A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.

- A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

- O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'. Medida cautelar deferida."

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 15/10/2008)

No julgamento HC 84.078/MG, finalizado em 05 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal concluiu, nos termos do voto do Relator, Ministro Eros Grau, acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado violava a garantia constitucional da presunção de inocência, razão pela qual não deveria ser aceita em nosso ordenamento jurídico ou autorizada pela Jurisprudência do Supremo.

### **3.2 Habeas Corpus 126.292/SP**

Marcio Rodrigues Dantas impetrou habeas corpus contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do STJ, que indeferiu o pedido liminar. O paciente foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (artigo 157, 2º, I e II, do CP), com direito de recorrer em liberdade; o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso interposto pela defesa e determinou a expedição de mandado de prisão. Em seguida, a defesa impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (HC 313.021/SP), cuja liminar foi indeferida pelo Presidente, Ministro Francisco Falcão.<sup>79</sup> Contra a decisão do STJ, o réu impetrou, então, habeas corpus perante o Supremo

<sup>79</sup> "As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial

Tribunal Federal (HC 126.292/SP), visando a recorrer em liberdade. Alegou a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal que ensejaria a superação da Súmula 691<sup>80</sup> do STF, que o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a imediata prisão do paciente sem qualquer motivação acerca da necessidade de prisão preventiva, que a prisão foi determinada “*após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo*” e sem que houvesse o trânsito em julgado de sentença condenatória. Portanto, a expedição do mandado de prisão constituiria execução provisória da pena, em confronto com o entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC 84.078/MG.

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou, em plenário, o HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. A Corte alterou o entendimento firmado em 2009 e estabeleceu em sua jurisprudência o entendimento de que a execução antecipada da pena após condenação criminal em segunda instância não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Relator inaugurou seu voto propondo a construção de um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, no que diz respeito ao atendimento de valores não só relacionados ao acusado, mas também à sociedade. Ele sustentou que o princípio da presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente de julgamento de recurso especial ou extraordinário, uma vez que esses recursos não possuem efeito suspensivo – e mencionou diversos julgados do STF nesse

---

(v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator”.

<sup>80</sup> Súmula 691/STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

sentido.<sup>81</sup> O Ministro Teori Zavascki referiu as Súmulas 716<sup>82</sup> e 717<sup>83</sup> do próprio STF, aprovadas em 24 de setembro de 2003, que dispõem sobre a possibilidade da execução provisória de sentença condenatória, destacando que esse era o entendimento vigente até o julgamento, em 2009, do HC 84.078/MG.

O Relator defendeu que, após o julgamento da apelação (quando ele entende que houve a concretização da garantia do duplo grau de jurisdição), com a condenação confirmada, a presunção de inocência seria substituída por um juízo de culpa, que é pressuposto para a condenação. Portanto, ele entendeu que seria *“inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”*. Acrescentou, com fundamento no artigo 637 do CPP<sup>84</sup> e o artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990<sup>85</sup>, que se deve negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários. Prosseguiu, citando uma frase da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005): *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”*. Nessa comparação com outros países, o voto trouxe um estudo que trata sobre a presunção de inocência na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e

---

<sup>81</sup> HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

O próprio Ministro Relator destacou a ementa dos dois últimos:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃOCONFIGURAÇÃO 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. (...) 3. Habeas corpus denegado.”

“(…) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA.”

<sup>82</sup> Súmula 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

<sup>83</sup> Súmula 717: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.”

<sup>84</sup> Art. 637. 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>85</sup> Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.

...

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Argentina, para concluir que, em todos eles, não há efeito suspensivo nesses casos e que a execução penal pode ser iniciada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Outro argumento trazido pelo voto é que os recursos de natureza extraordinária não possuem a finalidade de examinar a justiça ou injustiça de sentenças e acórdãos nos casos concretos, mas sim questões de repercussão geral que tratem sobre questões constitucionais que transpassam o interesse subjetivo da parte, de modo que as circunstâncias do caso concreto não seriam relevantes. Destacou que as hipóteses de êxito do recorrente são raras e que, na maioria dos casos, os requisitos de admissibilidade estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004 sequer são preenchidos, por ausência de repercussão geral de ordem jurídica, econômica, política e social. Diante disso, o Relator reiterou a necessidade de se buscar a efetividade de jurisdição penal, harmonizando-a com o princípio da presunção de inocência e, portanto, defendeu a retomada da jurisprudência anterior a 2009 para atribuir apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinários e para que admitir o início imediato do cumprimento da pena, inclusive com restrição de liberdade, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. Admitiu a possibilidade de ocorrência de equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias (e também nas extraordinárias), no entanto, diz que, nessas “eventualidades”, *“sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena”*; tais mecanismos seriam medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial, que ele considerou serem instrumentos adequados e eficazes para não deixar o réu desamparado, viabilizando o controle de excessos e injustiças em juízos condenatórios recorridos. Por fim, após votar pela denegação da ordem de habeas corpus, com revogação da liminar, o Ministro Teori Zavascki propôs a seguinte tese: *“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.”*

Em idêntico sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso concordou com os argumentos expostos pelo Relator e aprofundou os fundamentos jurídicos em defesa da possibilidade de execução da condenação penal após a decisão em segundo grau. Inicialmente, argumentou que o pressuposto para a decretação da prisão no Brasil é a ordem escrita e fundamentada da



autoridade judiciária competente, nos termos de artigo 5, LXI, da CF/1988<sup>86</sup>, e não o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso. Reiterou que a presunção de inocência é um princípio não absoluto que pode e deve ser ponderado com outros valores constitucionais. Defendeu que, após a condenação em segundo grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública. Alegou a existência do uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer e que a razoável duração do processo é um dever do Estado e exigência da sociedade, de modo que normas constitucionais devem produzir o melhor resultado possível para a sociedade. Por fim, propôs a busca do equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, da diminuição da seletividade do sistema criminal e da quebra do paradigma de impunidade.

Ao final do julgamento, os votos do Relator, Ministro Teori Zavascki, e do Ministro Roberto Barroso pela denegação da ordem foram acompanhados pelos Ministros Gilmar Mendes (que mudou o entendimento adotado no HC 84.078), Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Edson Fachin. Foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A fundamentação exposta pelos votos vencidos merece destaque. A Ministra Rosa Weber decidiu no sentido de preservar o princípio da segurança jurídica, buscando a manutenção da jurisprudência do Supremo sobre o tema, sob justificativa de que a mera alteração dos integrantes da Corte não deveria ensejar revisão da jurisprudência nesses casos. Citou e reiterou os fundamentos apresentados pelo Ministro Eros Grau proferido no HC 84.078, destacando a incompatibilidade da execução antecipada da pena com a presunção de inocência e defendendo que o melhor caminho para solucionar questões pragmáticas apresentadas pelos Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso não passa pela alteração da compreensão sobre o texto constitucional.

O Ministro Marco Aurélio manteve o seu entendimento no sentido de preservar a garantia constitucional da presunção de inocência e criticou o posicionamento do Relator e dos que o acompanharam, afirmando que se trata de um esvaziamento do modelo garantista decorrente da Constituição; apontou que, assim como o tempo é precioso para o Estado-acusador, também o é para o acusado, que fica preso e que, caso absolvido, não terá esse tempo devolvido.

---

<sup>86</sup> Art. 5, LXI da CF/1988. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

O Ministro Celso de Mello afirmou que *“a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.”* Destacou que a presunção de inocência tem prevalecido no contexto das sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica para o respeito da dignidade humana, sendo (a presunção de inocência) parte fundamental de regimes democráticos. Sustentou que, nos termos da Constituição, independentemente da gravidade do crime, ninguém deve ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, reiterando os fundamentos do voto do Ministro Eros Grau no HC 84.078/MG, reafirmou a tese de que *“a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente.”*

O Ministro Ricardo Lewandowski também manteve sua posição no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, afirmando ser incapaz de ultrapassar a taxatividade do artigo 5º, LVII, da CF/1988, no sentido de que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Reiterou o entendimento do voto do Ministro Eros Grau para reforçar que nenhum argumento de natureza prática, como o aumento do número de recursos ou alguns mais amplos como a efetividade da justiça, pode ser evocado para ultrapassar e justificar a violação da presunção de inocência:

“Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar).

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque o texto doutrinário deles ainda sobrevive - dos recursos extraordinários com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.”

Lewandowski manifestou grande perplexidade com a alteração de entendimento do STF, especialmente após os julgamentos da ADPF 347 e do RE 592.581, nos quais a Corte assentou que o sistema penitenciário está absolutamente falido, em um *“estado de coisas inconstitucional”*, enquanto o novo entendimento promoveria a entrada de mais pessoas nesse sistema prisional falido. Mencionou historiadores e sociólogos para criticar que a propriedade tem um valor que se sobrepõe ao valor da liberdade em nosso ordenamento jurídico, sendo isso

visto em como os crimes contra a propriedade possuem penas imensas enquanto aqueles que afetam a liberdade de um sujeito possuem penas menores.

### **3.3 ARE 964.246 (Repercussão Geral)**

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 964.246). O Relator, Ministro Teori Zavascki, votou pela reafirmação de jurisprudência para permitir a execução da pena antes do trânsito em julgado. O tribunal pleno, por meio eletrônico, em julgamento concluído em 10 de novembro de 2016, fixou a tese (Tema 925) de que *“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”*.

Em ação penal, o réu foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, além de treze dias multa pela prática do crime de roubo majorado (artigo 157, § 2º, I e II, do CP). O Tribunal do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu e determinou a expedição imediata de mandado de prisão para dar início a execução penal. O réu interpôs, então, Recurso Extraordinário, em que alegou ofensa ao artigo 5º, LVII, da CF/1988 e reivindicou o direito de não ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; sustentou que, apesar de não haver efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, a inocência deveria ser presumida até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em razão da garantia fundamental supracitada. O recurso, contudo, não foi admitido, o que ensejou a interposição de agravo contra a decisão de inadmissão.

O Supremo Tribunal Federal reputou constitucional a questão, por unanimidade, reconhecendo a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada. Era notória e urgente a necessidade de novo julgamento sobre o tema, uma vez que o julgamento do HC 126.292/SP não tinha efeito vinculante, e, por isso, gerou uma série de entendimentos divergentes, com os ministros do Supremo decidindo de forma monocrática em sentidos diversos sobre o mesmo assunto.

No mérito, por maioria, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria. O Relator, Ministro Teori Zavascki, reiterou seu voto do julgamento do HC 126.292/SP, entendendo pela reafirmação da jurisprudência no sentido de

que a execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência. Os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso também mantiveram o posicionamento anterior e acompanharam o voto do Relator. Foram vencidos os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que entenderam não se tratar de reafirmação de jurisprudência. Enquanto os três primeiros mantiveram o entendimento firmado no julgamento do início de 2016, o Ministro Dias Toffoli alterou seu entendimento; não obstante o seu voto não estar disponível, tem-se notícia de que o Ministro considerou necessária à execução da pena não o trânsito em julgado, mas o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>87</sup>. A Ministra Rosa Weber não se manifestou.

Tendo em vista o intervalo de apenas nove meses entre o julgamento do HC 126.292/SP e o do ARE 964.246, sem alteração na composição do Tribunal, houve, de um modo geral, reiteração dos fundamentos adotados nos votos daquele. As diferenças se resumem à ausência de manifestação da Ministra Rosa Weber e à mudança de entendimento do Ministro Dias Toffoli.

### **3.4 Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54**

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, prevista no artigo 102, I, a<sup>88</sup> da CF/1988 tem a função de averiguar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, podendo ser proposta ao STF pelos legitimados dispostos no artigo 103<sup>89</sup> da CF/1988. No caso em questão, as ações declaratórias aqui analisadas foram ajuizadas em relação ao artigo 283<sup>90</sup> do CPP, que estabelece a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para

<sup>87</sup> A notícia consta da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no HC 146.818.

<sup>88</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

<sup>89</sup> 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 Assembléia 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.

<sup>90</sup> 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.

que haja a prisão para execução da pena. As ADC 43, 44 e 54 foram propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional, pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil.

Na ADC 43, o Partido Ecológico Nacional (PEN) (que, posteriormente, teve seu nome alterado para Partido Patriota), alegou a existência de controvérsia constitucional sobre a validade do artigo 283 do CPP após o julgamento do HC 126.292, que estabeleceu na jurisprudência o entendimento de que a execução da pena antes do trânsito em julgado não comprometia a presunção de inocência e, portanto, encontrava espaço em nosso ordenamento jurídico. O PEN indicou a necessidade de alteração no entendimento sobre a execução provisória da pena, a fim de declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP e de alterar a jurisprudência formada no HC 126.292 e reafirmada no ARE 964.246, para que se voltasse a considerar que a prisão para execução penal só pode ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos da fundamentação do voto do Ministro Eros Grau no HC 84.078. Na ADC 44, o Conselho Federal da OAB atentou para os efeitos do HC 126.292, que apesar de não ter efeito vinculante, estaria sendo aplicada pelos tribunais no entendimento sobre a possibilidade de execução antecipada da pena, ainda que não só o artigo 5º, LVII, da CF/1988 (presunção de inocência) como também o artigo 283 do CPP disponham em sentido contrário. Na ADC 54, o Partido Comunista do Brasil reiterou o pedido de declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, para que essa decisão tenha efeito vinculante, a fim de que os tribunais não possam se esquivar de cumprir e preservar a garantia da presunção de inocência, que estaria sendo violada na medida em que a execução da pena antes do trânsito estivesse sendo realizada.

Em razão de essas três ações compartilharem o mesmo objeto – a necessidade de declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP –, houve julgamento conjunto, em plenário, já no final de 2019 (começou em outubro e terminou em novembro), sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. O resultado da votação foi a alteração do entendimento firmado no HC 126.292 para finalmente afastar a possibilidade de prisão provisória, mediante declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP e determinação de que a prisão pena só pode ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ao final do julgamento, a maioria dos Ministros votou de forma contrária a prisão em segunda instância para finalmente firmar o atual entendimento do STF. O Relator, Ministro Marco Aurélio, votou em sentido contrário à execução antecipada da pena e foi acompanhado pelos Ministros

Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Destaca-se a mudança do voto do Ministro Gilmar Mendes em relação àquele apresentado no julgamento do HC 126.292.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, manteve, de forma coerente com todas as suas manifestações anteriores sobre o tema, o posicionamento no sentido de não permitir a execução penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ele levantou o quão estranho é ter que declarar a constitucionalidade de um artigo que reproduz o texto da Constituição. Reiterou que as distinções que os favoráveis à prisão provisória fazem sobre situações de inocência e de não culpa não merecem prosperar – e, para isso, refere o entendimento de Badaró<sup>91</sup>:

“Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.”

Por fim, Marco Aurélio julgou procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias e determinou a suspensão da execução provisória da pena imposta por decisões que não tenham transitado em julgado, a fim de que fosse mantida a prisão apenas daqueles réus que são adequadamente enquadráveis no artigo 312 do CPP (presos em flagrante, presos cautelarmente e presos com sentença penal condenatória transitada em julgado).

Em seguida ao Relator e no mesmo dia, o Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência para votar pela improcedência das ações declaratórias de constitucionalidade, de modo a conferir ao artigo 283 do CPP interpretação no sentido de admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após condenação em segunda instância, sem que isso implique desrespeito ao princípio da presunção de inocência. Trouxe o argumento da segurança jurídica e o argumento do direito comparado. Sustentou que, se o devido processo legal, ampla defesa e contraditório foram respeitados ao longo do processo,

---

<sup>91</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.

então a execução da pena deve ser autorizada, caso contrário, haveria a atribuição de *“eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justiça ou conformidade funcional”*.

Os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia seguiram o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, reiterando partes de sua fundamentação e reforçando o posicionamento que já tiveram anteriormente nos julgamentos sobre o assunto, em especial no HC 126.292. Mencionaram que a prisão em execução da pena só não deve ocorrer se o recurso interposto tiver efeito suspensivo, o que não é a regra para os recursos especial e extraordinário. Reiteraram os argumentos sobre a possibilidade de prisão imediata em diversos outros países, prisão que não é proibida pelos Tratados de que o Brasil é signatário.

Os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli acompanharam o Relator Marco Aurélio, que já tinha votado em idêntico sentido no HC 84.078/MG e no HC 126.292/SP sobre o tema. Celso de Mello e Lewandowski também votaram nesse sentido em ambos os julgados anteriores. Rosa Weber havia votado no mesmo sentido no último. Pode-se dizer que o voto do Ministro Gilmar Mendes foi a “surpresa” desse julgamento, uma vez que ele havia votado nesse sentido no HC 84.078/MG acompanhando o voto do Ministro Eros Grau, porém, no julgamento do HC 126.292/SP ele mudou seu entendimento para entender que a prisão antecipada era compatível com a presunção de inocência. No julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade, ele (Gilmar) retornou ao entendimento adotado originalmente para decidir contra a prisão após julgamento em segunda instância; votou pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP, ressaltando em sua fundamentação, que após a decisão do STF sobre a possibilidade da prisão antecipada, houve um “desvirtuamento” dos Tribunais que passaram a tratar a prisão como fosse obrigatória, imperativa, sem análise adequada para a individualização dos casos: *“Decidiu-se que a execução da pena era possível, mas não imperativa. De fato, na própria ementa (do julgamento de 2016), estabeleceu-se que a execução era uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade”*.

Em conclusão, por maioria dos votos, decidiu-se pela declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, em conformidade com a garantia constitucional da presunção de inocência. Com isso, surte o efeito de que todos os indivíduos cumprindo pena provisória por

sentença não transitada em julgado deveriam ser soltos, a menos que suas prisões atendessem aos requisitos de cautelaridade do artigo 283 do CPP.

### 3.5 Ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.735 e 6.783

Pouco tempo após o julgamento das ADC, no dia 24 de dezembro de 2019, a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrimes”) introduziu algumas alterações no Código de Processo Penal e no Código Penal brasileiros. O artigo 492, I, “e”, do CPP foi alterado para passar a ter a seguinte redação:

“Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”

Além disso, foram introduzidos os parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º, também no artigo 492 do CPP, sobre os casos do Tribunal do Júri:

“§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação;”

“§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.”

“§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo;”

“§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia;”

Dessa forma, ficou estabelecida a execução provisória da pena após imediatamente após a sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, nos casos que a pena seja maior ou igual a quinze anos de reclusão. Além disso, firmou a disposição legal de que a apelação contra decisão do Júri nesses casos não tem efeito suspensivo.



Como resposta às alterações supracitadas trazidas pela Lei nº 13.964/2019, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram diretas de inconstitucionalidade, respectivamente, de número 6.735 e 6.783.

Na ADI 6.735, a ABRACRIM alegou que as alterações do artigo 492 são inconstitucionais, na medida em que autorizam a prisão automática imediatamente após decisão do Tribunal do Júri, ainda em primeiro grau, em afronta direta à garantia constitucional da presunção de inocência. Argumentou que a declaração de inconstitucionalidade é fundamental para a preservação da ordem constitucional e segurança jurídica para que não se crie uma aleatoriedade de decisões dos tribunais estaduais e federais, além dos juízos de primeiro grau. Ressaltou que, caso não seja declarada a inconstitucionalidade, os tribunais deverão enfrentar essa matéria por meio de arguição de incidente de inconstitucionalidade, por não estarem autorizados a deixar de aplicar uma lei presumidamente válida. Reiterou que tais modificações contrariam a Constituição em matéria de presunção de inocência com entendimento já ratificado pela decisão do Supremo nas ADC 43, 44 e 54. Mencionou o parecer emitido por Lenio Streck a pedido do Conselho Federal da OAB, no item 6:

"A "Lei Anticrime" tenta criar uma diferença artificial e totalmente inconstitucional entre decisões do Tribunal do Júri e do juiz togado de primeira instância ao assim proceder. O princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da Constituição), que regeu — como não poderia deixar de ser — o julgamento das ADCs 43, 44 e 54 no STF, não deixa de ser aplicado ao julgamento do Tribunal do Júri simplesmente porque o respectivo procedimento seja diferente ou porque haja mais "juízes" na tomada de decisão. Como princípio, a presunção da inocência é norma. Vale. E é norma constitucional"

Trouxe ainda as peculiaridades do Júri que tornam as alterações em tela ainda mais nocivas, citando, novamente, o parecer de Lenio Streck (itens 7 e 8):

"Além disso, decisão do Júri é decisão de primeira instância e atécnica. Imagine a incoerência: decisão de juiz togado deve aguardar o trânsito em julgado para que possa ser executada, conforme posicionamento do próprio STF, mas decisão dos jurados, baseada em sua íntima convicção, não precisa (grifamos). Se não bastasse a violação ao duplo grau de jurisdição (Convenção Americana de Direitos Humanos), há também contrariedade à garantia de fundamentação das decisões judiciais, conforme artigo 93, X, da Constituição. Uma decisão tomada por íntima convicção não pode ter consequências mais graves do que uma decisão tomada por um juiz togado ou tribunal, em que se exige ampla fundamentação. Isso é absolutamente contrário ao sistema normativo brasileiro. O júri decide como quer e não tem accountability. Sua decisão poderá passar a valer de imediato, mesmo que absurda e sem nenhuma conexão com a prova dos autos."

A ABRACRIM destacou que, no último julgamento do STF sobre o tema, o plenário firmou tese em sentido contrário à antecipação do cumprimento de pena, que abrange todos os tipos de crime, não fazendo distinções ou ressalvas sobre casos do Tribunal do Júri – cujas condenações raramente são inferiores a quinze anos, em razão de a pena-base ser de doze anos de reclusão. Argumentou que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não os desobriga de obedecer ao princípio do duplo grau de jurisdição, havendo, portanto, a apreciação do segundo grau em casos de recurso; estabelecer a execução da pena antes disso seria uma grave violação constitucional. Destacou que o STF adota o princípio da vedação ao retrocesso, e, ainda nessa lógica, a fala de José Roberto Machado<sup>92</sup> sobre os direitos humanos:

“As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos”

Por fim, alegou a constitucionalidade da proteção de bens jurídicos personalíssimos, a imprescindibilidade do *animus defendendi* e a legitimidade da ABRACRIM para propor ação declaratória de inconstitucionalidade, na condição de “entidade de classe de âmbito nacional”, em conformidade com o artigo 102, I, “a”, e no artigo 103, IX, ambos da CF/1988, além do artigo 2º, IX, da Lei nº 9.868/1999. Considerou que se trata da hipótese de medida cautelar de urgência em razão da gravidade das inconstitucionalidades apontadas.

Na ADI 6.783, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs a alegação direta de inconstitucionalidade, também com pedido cautelar, em relação aos mesmos artigos que a ABRACRIM e com argumentos bastante similares. Apontou a ocorrência de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência e a Tratados Internacionais de Direitos Humanos como o Pacto São José da Costa Rica. Destacou que, ao ferir a presunção de inocência, a ampla defesa também é violada, porque a execução penal antecipada restringe o direito de defesa, geando desequilíbrio entre a pretensão do Estado de aplicar a pena e o direito do acusado de se defender dessa pretensão. Amparou-se no julgamento do HC 84.078/MG e no julgamento das últimas ADC. Reiterou ainda o efeito vinculante (§ 2º do

---

<sup>92</sup> MACHADO, José Roberto. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. EBEJI Conhecimento Jurídico, nov. 2014. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>> acesso em: 14 set. 2021.

artigo 102 da CF/1988) e eficácia *erga omnes* das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF e que, ainda que o poder legislativo não fique impedido de editar leis e emendas em sentido diverso ao da decisão do STF, é fundamental que a Corte Constitucional volte a atuar para expurgar do ordenamento normais inconstitucionais. A OAB defendeu que as alterações normativas violaram o princípio da isonomia e da proporcionalidade (artigo 5º, caput, CF/1988) ao criar uma diferença artificial entre decisões do Tribunal do Júri e aquelas proferidas pelo juiz de primeira instância, sendo que a decisão do Júri é também de primeira instância, porém, atécnica. Argumentou que há a violação da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, disposto no Pacto de São José da Costa Rica. Reiterou a inexistência de excepcionalidade da execução penal de sentença proferida pelo Tribunal do Júri na CF/1988. Destacou que o argumento sobre o “esgotamento” da facticidade na decisão do Júri não merece prosperar, uma vez que a sentença condenatória pode ser objeto de recurso por nulidade e manifesta contrariedade à prova dos autos. Alegou que há desrespeito à coerência, unidade e completude do ordenamento jurídico brasileiro (artigos 282 e 313, § 2º do CPP). Por fim, entendeu que há o preenchimento dos requisitos dos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.868/1999 para a concessão da medida cautelar, sendo o *fumus boni iuris* pela violação à previsão constitucional de presunção de inocência e o *periculum in mora* pela urgência em razão do quadro de pandemia no Brasil e falência do sistema prisional brasileiro que expõe os presos a perigos à saúde na prisão.

Nessas ADI ajuizadas pela ABACRIM e pelo CFOAB para contestar a constitucionalidade das alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019 sobre a prisão antecipada nos casos do Tribunal do Júri, o Procurador Geral da República, Augusto Aras, manifestou-se, em pareceres, no sentido de que as condenações pelo Júri devem ser sempre imediatas, independentemente de o réu ter sido sentenciado a quinze anos de prisão ou mais (nos termos da alteração em questão). O Procurador entendeu que deveria ser declarada a procedência parcial do pedido nos seguintes termos<sup>93</sup>:

“opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pela procedência parcial do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do art. 492, I, “e”, do CPP, na redação dada pela Lei 13.964/2019, tão somente para afastar a limitação de quinze anos de reclusão como pressuposto para a possibilidade de cumprimento imediato das penas privativas de liberdade impostas pelo Tribunal do Júri.”

---

<sup>93</sup> Parecer do Procurador sobre a ADI 6.735, proferido no dia 28 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-adi-6731-execucao-pena.pdf>> acesso em: 14 set 2021.

O procurador sustentou em seus pareceres a constitucionalidade do imediato cumprimento da pena aplicada pelo Tribunal do Júri, entendendo que o Júri é soberano e os tribunais não podem substituir decisão por aquela proferida. Argumentou que o Brasil tem altas taxas de homicídios e que o entendimento firmado pelo STF no julgamento das ADC “*resultaria em severo prejuízo à eficácia e à credibilidade do sistema penal, bem como contra o direito fundamental à segurança pública*”. Referiu a ausência de cópia da norma impugnada por ambas e a ilegitimidade ativa da ABRACRIM. O julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ainda não teve início, porém, a discussão levantada por elas é crucial pela importância do assunto e para a compreensão dos efeitos das ADC no debate público e a resistência encontrada no legislativo no sentido de alterar normas para haver exceções à tese firmada pelo STF.

### **3.6 Recurso Extraordinário 1.235.340/SC**

O RE 1.235.340 foi interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina após a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negar o imediato cumprimento da pena de um sujeito condenado pelo Tribunal do Júri a vinte e seis anos de prisão pelo crime de feminicídio duplamente qualificado. Este foi o entendimento da Sexta Turma do STJ:

“a negativa do direito de recorrer em liberdade somente fundada na premissa de que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser executada prontamente, sem qualquer elemento do caso concreto para justificar a custódia cautelar, não transitada em julgado ou não confirmada a condenação por Colegiado de segundo grau, torna a prisão ilegal.”

O Procurador Geral da República, Augusto Aras, em Memorial sobre o RE 1.235.340, entendeu pela constitucionalidade do imediato cumprimento da pena aplicada pelo Tribunal do Júri e requereu o provimento do recurso, bem como reiterou o pedido (por ele formulado no parecer apresentado nas ADI 6.735 e 6.783) para reduzir-se o texto do artigo 492 do CPP, de maneira a afastar a regra que limita a prisão imediata às condenações com pena superior a quinze anos de reclusão.

O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, propôs a seguinte tese: “*A soberania dos veredictos do tribunal do júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada*”. O Ministro Dias Toffoli

acompanhou o voto de Barroso. Gilmar Mendes abriu divergência para negar provimento ao recurso extraordinário e manter a vedação da execução imediata das condenações proferidas pelo Tribunal do Júri; ressaltou que a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos de 312 do CPP, pelo Juiz Presidente, a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados do Tribunal do Júri. O julgamento ainda não foi concluído porque o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos em abril de 2020 e ainda não os devolveu.

O Relator Ministro Luís Roberto Barroso fundamentou sua posição com os argumentos a seguir. Inicialmente, ele argumentou que o direito à vida é um bem jurídico merecedor de proteção (artigo 5º, caput, da CF/1988 e artigo 121 do CP). Com base na soberania do Tribunal do Júri, sustentou que sua decisão não pode ser substituída por pronunciamento de qualquer outro tribunal; mesmo que o Tribunal de Justiça ou um Tribunal Superior possam anular a decisão em alguns casos para determinar a realização de um novo júri, o número de condenações invalidadas é estatisticamente irrelevante. Entendeu que, justamente pela impossibilidade de substituição da decisão de júri por tribunais, não ocorre a violação do princípio da presunção de inocência. Disse que *“viola sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário, que o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima”* e que a situação seria agravada com a procrastinação do trânsito em julgado, com diversos recursos ou até mesmo eventual prescrição. Ressaltou situações excepcionais em que, havendo indícios de nulidade ou condenação manifestamente contrária às provas dos autos, o tribunal pode suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. Por fim, entendeu que a exequibilidade das decisões tomadas pelo Júri não é fundamentada no montante da pena aplicada, mas na soberania dos veredictos, de modo que seria incompatível com a Constituição Federal de 1988 que a execução imediata fosse condicionada ao patamar mínimo de quinze anos de reclusão; por isso, excluiu esse limite da redação do artigo 492 do Código de Processo Penal.

O Ministro Dias Toffoli, que acompanhou o voto do Relator no julgamento deste RE, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 havia se posicionamento no sentido contrário à execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No entanto, no caso da RE em questão, entendeu pela possibilidade do cumprimento imediato da pena após decisão do Tribunal do Júri, e explicou que seu entendimento já havia sido exposto no julgamento das ADC. Em seu voto, sua

posição é de que “o princípio constitucional da soberania dos veredictos confere à decisão dos jurados, em tese, um caráter de intangibilidade quanto a seu mérito”. Para sustentar sua posição sobre a soberania do Júri, citou o entendimento de Souza Nucci<sup>94</sup>:

“A soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexistente outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri.”

O último voto proferido até o momento foi o do Ministro Gilmar Mendes, para quem “não se pode admitir que a execução da condenação proferida em primeiro grau (ainda que por Tribunal do Júri) se inicie sem que haja a possibilidade de uma revisão por Tribunal”. Defendeu ainda que o princípio da presunção de inocência não pode ser afastado em hipótese alguma, e, nesse sentido, citou Giulio Illuminati<sup>95</sup>:

“Falar de presunção de inocência do imputado pode parecer anacrônico em um momento no qual a criminalidade e o terrorismo – preocupantes manifestações degenerativas do equilíbrio da sociedade – colocaram no centro das atenções o problema da ordem pública e da repressão à criminalidade”

Essa referência é particularmente importante para sustentar seu ponto em oposição à fundamentação do Ministro Barroso sobre a violação dos sentimentos mínimos de justiça e afins. Isso porque, conforme Gilmar Mendes, mesmo nos casos que soe anacrônico, “trata-se de uma opção democrática para assegurar que uma pessoa não possa ser considerada culpada sem o devido transcorrer do processo penal, com a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais”. O fundamento básico do processo penal, sendo esta sua razão de existir, baseia-se na ideia de que a sanção penal só pode ser imposta após a condenação definitiva em obediência às regras do devido processo penal. O Ministro Gilmar Mendes defendeu que não se podem ser aceitos argumentos que recorram ao clamor social, gravidade abstrata do delito e afins; a jurisprudência do Supremo já repele reiteradamente a prisão preventiva fundamentada na gravidade em abstrato do crime, comoção social e indignação da população, e a prisão preventiva só pode se basear na gravidade quando em concreto. Votou no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário e, assim, manter a vedação à imediata

<sup>94</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 2ª ed. São Paulo, RT 2012, p. 387.

<sup>95</sup> (ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d’innocenza dell’imputato. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 1.

da pena imposta pelo Tribunal do Júri, declarando totalmente inconstitucionalidade a nova redação determinada pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 492, I, “e” do CPP. A tese por ele sugerida ao STF é a seguinte:

“A Constituição Federal, em razão da presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito ao recurso ao condenado (art. 8.2.h) vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.”

Após o voto do Ministro Gilmar Mendes e posterior pedido de vista dos autos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o julgamento está suspenso, aguardando a devolução da vista.

#### 4 ANÁLISE CRÍTICA

Desde o julgamento do HC 84.078/MG, em 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia que não era cabível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em 2016, após o julgamento do HC 126.292/SP, o STF mudou seu entendimento e passou a permitir a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória pela segunda instância, sob justificativas como efetividade do sistema penal, valores sociais e direito comparado. No final de 2019, no julgamento das ADC 43, 44 e 54, o Supremo novamente alterou sua orientação, para retomar a tese firmada no HC 84.078 sob relatoria do Ministro Eros Grau.

Independentemente de qual seja a tese adotada atualmente, a mudança de entendimento tantas vezes em um período de dez anos escancara a enorme insegurança jurídica a que estamos submetidos em um assunto tão importante, que impacta a vida de tantas pessoas com consequências nefastas como prisões injustas. Em um período em que os julgamentos são televisionados e existe uma cobertura midiática intensa sobre os casos que interessam mais à população e à comunidade jurídica, o impacto dessas mudanças constantes de posicionamento acaba resultando em algum descrédito a respeito do Supremo Tribunal Federal, o que fortalece discursos antidemocráticos de ataques a instituições. Quando o Supremo altera seu entendimento tantas vezes a respeito de uma questão tão cara como a presunção de inocência, isso gera um nível de flexibilização de princípios ainda maior do que o que os Ministros contrários à prisão provisória defendem com exercícios retóricos. A sociedade brasileira, que, em grande parte, já tem anseios punitivistas, encontra nesse tipo de alteração constante com fundamentação no sentido de que garantias constitucionais como a presunção de inocência devem ser flexibilizadas, o viés de confirmação para pensamentos punitivistas e quase inquisitórios de violação de direitos fundamentais de acusados de crime em prol da “efetividade do sistema penal”, não importando a justiça dessas prisões, mas sim o número, para ser exposto como um símbolo de eficiência do nosso sistema penal.

Uma prisão antes do trânsito em julgado gera um prejuízo imenso ao acusado, pois uma vez que ele seja preso e depois absolvido, a liberdade e o tempo em que ele esteve em privação



de liberdade jamais serão devolvidos, todos os efeitos devastadores de uma prisão injusta ainda o acompanharão. Nesse sentido, Augusto Amaral e Paulo Calleffi<sup>96</sup> prelecionam:

“Ademais, não se pode deixar de lado que a sentença, enquanto passível de recurso, caracteriza-se como um ato substancialmente instável e, por consequência, apresentando conteúdo provisório e plenamente reformável, encontra-se sujeita, ao menos em igual probabilidade, da superveniência de pronunciamento distinto em grau superior. Com efeito, impossibilitar o indivíduo de recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pelo argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos federais, seja pela materialização do duplo grau de jurisdição ou, ainda, pelo fato de a maior parte das irrisignações interpostas não serem acolhidas, é atestar que a atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores (STJ e STF), para além de não resguardar, viola o direito do condenado de ter o reexame específico da sua situação jurídica. É estabelecer, noutro sentido, que sua via recursal é mero rito de passagem, passivo frente à decisão proferida nas instâncias inferiores.”

Os argumentos sobre valores sociais e eficiência são problemáticos, na medida em que tratam a prisão pena como se ela tivesse natureza cautelar, o que não é verdade, uma vez que a prisão pena não se enquadra nas hipóteses de cabimento das prisões cautelares. Utilizar a execução provisória para esse fim significa violar a presunção de inocência. Se não é a hipótese da prisão provisória, então deve-se aguardar o encerramento de todos os recursos contra a sentença condenatória até o momento do trânsito em julgado<sup>97</sup>. Fundamentações genéricas de apelo à proteção da sociedade e “quebra do paradigma de impunidade”, como Barroso defende em seus votos, só servem para sustentar a narrativa punitivista que nada agrega e muito corrói nosso Direito Penal. Não se resolve o problema da impunidade com prisões injustas e precipitadas. Justamente por isso, ceder ao clamor popular por punitivismo com a flexibilização de garantias fundamentais como a presunção de inocência jamais devem ser consideradas, devendo, na verdade, ser rechaçadas a fim de evitar a legitimação de retrocessos em nosso ordenamento jurídico.

Ainda sobre a questão dos valores sociais, é pertinente apontar a situação do Tribunal do Júri após a decisão do Supremo sobre as ADC. É evidente que os crimes para cujo julgamento o Tribunal do Júri é competente (crimes dolosos contra a vida) possuem a particularidade de gerar ainda mais indignação social, clamor por punição e revolta em razão de sua gravidade abstrata. Percebe-se que, em geral, as fundamentações apontadas pela PGR e pelos Ministros

---

<sup>96</sup> AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 3, set-dez 2017, p. 1077.

<sup>97</sup> AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 3, set-dez 2017, p. 1089.

que se opõem ao entendimento de aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória do Júri para dar início à execução de pena têm em comum esse apelo que o crime contra a vida gera, justamente por ser tratar de um bem jurídico tão caro a todos. É evidente também que manter em nosso ordenamento jurídico como regra a impossibilidade de execução antecipada da pena, porém não para os crimes de competência do Júri, feriria o princípio da isonomia, na medida em que, em casos de crimes como latrocínio e estupro de vulnerável, haverá réus respondendo em liberdade, enquanto aqueles condenados pelo Júri terão a prisão para execução da pena imediatamente decretada. No caso do Tribunal do Júri, existe uma outra questão: o veredito do júri não é absoluto. E não deve ser. Se juízes, que decidem com base em fundamentação jurídica, erram, o que dirá de leigos que decidem com base na “íntima convicção”? Como Lenio Streck<sup>98</sup> leciona, “*Íntima convicção é incompatível com a democracia. Totalmente incompatível. E é incompatível com a democracia sustentar que a decisão dos jurados, por íntima convicção, pode tirar a liberdade de uma pessoa, antes mesmo de o tribunal apreciar a apelação*”. Como o Júri está sujeito tão somente às suas convicções pessoais, considerar a decisão dos jurados como absoluta para determinar a imediata prisão do sujeito significa também a violação da presunção de inocência, como consta do parecer emitido por Streck para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito da ADI 6.783<sup>99</sup>:

“Uma decisão tomada por íntima convicção não pode ter consequências mais graves do que uma decisão tomada por um juiz togado ou tribunal, em que se exige ampla fundamentação. Isso é absolutamente contrário ao sistema normativo brasileiro. O júri decide como quer e não tem *accountability*. Sua decisão poderá passar a valer de imediato, mesmo que absurda e sem nenhuma conexão com a prova dos autos”

Outro argumento invocado pelos defensores da execução provisória da pena é a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário e do recurso especial. Esse argumento, trazido por diversos Ministros e reiterado por Galtieni da Cruz Paulino<sup>100</sup>, escolhe se amparar no artigo 637 do CPP<sup>101</sup>, enquanto ignora o artigo 283 do mesmo Código, bem como a Constituição Federal. É fato que um Código Penal que permite um artigo que nega efeito suspensivo ao

<sup>98</sup> STRECK, Lenio Luiz. Júri: prisão e vedação de apelação para a acusação — a decisão do STF. ConJur, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/streck-juri-prisao-vedacao-apelacao-acusacao>>. Acesso em: 21 set. 2021.

<sup>99</sup> Parecer disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/prisao-automatica-condenacao-juri.pdf>> acesso em: 14 set 2021.

<sup>100</sup> PAULINO, Galtieni da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, 2018, p. 229.

<sup>101</sup> Art. 637. 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.

recurso extraordinário e outro que determina que a execução penal só pode acontecer após o trânsito em julgado deve ser revisto. O Código de Processo Penal é do ano de 1941, anterior à Constituição Federal Brasileira e às discussões sobre a presunção de inocência. O Código já sofreu diversas alterações, como as incorporadas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) e outras por ações diretas de inconstitucionalidade. É fato que o efeito suspensivo deve ser revisto para estar em conformidade com o artigo 283 e principalmente com a Constituição, mas a defesa de que um artigo infraconstitucional isolado deve se sobrepôr a garantias constitucionais é atentar contra a liberdade e dignidade humana dos indivíduos.

Também foi muito utilizado por alguns Ministros o argumento da natureza protelatória dos recursos, o problema da prescrição da pretensão punitiva estatal e prejuízo para a efetividade jurisdicional. O que se ignora nesse argumento é que a prescrição da punibilidade é causada por culpa do próprio Estado, uma vez que os Tribunais Superiores demoram para julgar esses recursos.<sup>102</sup> Ainda na perspectiva de Juarez Cirino dos Santos no mesmo artigo, *“a solução não reside em cancelar direitos ou garantias constitucionais do cidadão, como pretende o voto do relator, mas em melhorar a estrutura e as funções do sistema de justiça criminal.”*

Uma estratégia retórica que muitos Ministros utilizaram no julgamento foi recorrer à estrutura normativa da presunção de inocência para utilizar uma distinção conveniente entre princípio e regra, a fim de caracterizar a presunção de inocência como um princípio que poderia ser flexibilizado, não precisaria ser integralmente aplicado e que poderia variar de caso a caso. Buscam ainda fazer um exercício de criar uma distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade para defender que, sendo o segundo caso, poderia se considerar uma inversão dessa presunção de inocência a depender do momento processual, de modo que após a condenação em primeira instância o réu já não seria presumidamente inocente e menos ainda após confirmação da segunda instância. O problema desse argumento, além da criação de um jogo de palavras para sustentar a violação de uma garantia constitucional, é que, mesmo quando observamos a aplicação prática e suas consequências, elas são absolutamente desastrosas.

---

<sup>102</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. Boletim IBCCrim, v. 27, n. 316, mar. 2019, p. 3-6.

Ora, a possibilidade de início imediato da execução penal após acórdão condenatório existiu entre os anos de 2016 e 2019, após o julgamento do HC 126.292/SP, que firmou a tese de que era possível a prisão provisória em conformidade com a presunção de inocência. Basta analisarmos como esse precedente influenciou as prisões desse período. O que vimos foi o problema de tratar a presunção de inocência como um princípio facilmente flexibilizado para prender indivíduos provisoriamente. O Ministro Gilmar Mendes decidiu alterar seu entendimento, para voltar a defender que a execução da pena só poderia acontecer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por apontar que a decisão de 2016 criou um problema, uma vez que os Tribunais passaram a aplicar esse precedente considerando que a prisão era obrigatória e automática, ao invés de fazer uma análise individualizada dos casos. Esse tipo de decisão gera a completa inversão da presunção de inocência e apenas contribui para a superlotação dos presídios e aumento do número de prisões injustas.

Um fundamento muito utilizado nos julgados é o de direto comparado. Alguns Ministros trazem o argumento de que a prática internacional é no sentido de que o réu deve se recolher a prisão, muitas vezes, após a condenação em primeira instância. Uma das Ministras que trouxe esse posicionamento foi Ellen Grace no julgamento do HC 84.078. Ocorre que a própria traz a refutação a esse argumento em sua fundamentação, ao citar as palavras do Ministro Francisco Rezek em sede de julgamento do HC 71.026:

“Há países onde se pode conviver, sem conseqüências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.”

Ora, nessa citação fica fácil entender o problema de tentar fundamentar uma decisão que afeta os brasileiros com a utilização de parâmetros estrangeiros. As condições de vida e do cárcere no Brasil são muito diferentes daquelas observadas em países europeus, por exemplo, que alguns Ministros frequentemente citam para defender a prisão provisória. As conseqüências de uma prisão injusta no contexto de um país estrangeiro, frequentemente, apesar de ruins, tendem a ser melhores do que aquelas de um preso brasileiro teria que lidar após ser privado da liberdade por uma prisão antecipada em presídios superlotados e em condições insalubres. Portanto, é evidente que é impossível realizar uma comparação justa desprezando

as especificidades dos sistemas jurídicos dos países comparados. Diogo Malan<sup>103</sup> destaca que “*é preciso evitar manifestações de colonialismo cultural jurídico, pois os sistemas processuais penais norte-americano e francês possuem características substancialmente distintas do nosso, que é de inspiração italiana*”. Dessa forma, o autor critica ainda a forma como apenas as “qualidade intrínsecas” do instituto estrangeiro em questão costumam ser analisadas nessas análises de direito comparado, uma vez que o ambiente institucional é ignorado.

O entendimento atual do STF que firmou tese contrária a constitucionalidade da execução penal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória encontrou ainda certa resistência e muitas críticas de parte da população, que, influenciada pela mídia sensacionalista sobre o assunto, comprou a narrativa de que essa decisão perpetuaria a “impunidade” em nosso sistema penal. Lenio Streck<sup>104</sup> destaca em seu artigo de opinião como se deu a postura de muitos jornalistas, inclusive de grandes formadores de opinião em canais como a GloboNews e no Jornal Nacional; criou-se uma falsa narrativa de que centenas de milhares de bandidos condenados por crimes graves como estupro, assassinado e afins seriam soltos. O problema disso é que, além de ser *fake news* da pior espécie, influencia pessoas que são leigas sobre Direito. A realidade é que essas pessoas não entendem a distinção entre prisão cautelar e prisão pena, de modo que desconsideram completamente que nos casos mais graves, havendo indícios e o cumprimento dos requisitos da prisão preventiva, já ensejam a prisão preventiva, então as considerações sobre a execução penal não resultariam na soltura desses presos. A ignorância não está presente apenas entre esses cidadãos influenciados pela mídia, ela afeta também o Poder Legislativo. Exemplo disso é a existência de algumas Propostas de Emenda à Constituição, dentre as quais a que se encontra em estágio mais avançado é a PEC 199/2019, logo após a decisão do Supremo no âmbito das ADC, pelo deputado Alex Manente (Cidadania-SP) – que afirmou em entrevista<sup>105</sup> que essa proposta só passará com “pressão popular” e incitou resistência popular às decisões do Supremo – com o intuito de alterar o texto

---

<sup>103</sup> MALAN, Diogo. Prisão preventiva depois da decisão de segundo grau é retrocesso civilizatório. Conjur, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/diogo-malan-prisao-antes-transito-julgado-retrocesso>>. Acesso em: 13 setembro. 2021.

<sup>104</sup> STRECK, Lenio Luiz. Presunção de inocência: o estrago causado pela ignorância jornalística. ConJur, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-03/streck-mentiras-imprensa-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 21 set. 2021.

<sup>105</sup> MATOS, Fábio. Autor da PEC da prisão em 2ª instância afirma que proposta só passa com ‘pressão popular’: ‘Não ficaremos submetidos às vontades de mudança de entendimento do Supremo de acordo com o momento político’, diz o deputado Alex Manente (Cidadania-SP) em entrevista a Oeste. Revista Oeste. 28 de abril de 2021. Disponível em: <<https://revistaoeste.com/politica/autor-da-pec-da-prisao-em-2a-instancia-afirma-que-proposta-so-passa-com-pressao-popular/>> Acesso em: 13/09/2021.

constitucional para que se considere o trânsito em julgado após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância. A PEC 199/2019 tem inspiração, quanto ao conteúdo, na PEC 15/2011 (“PEC Peluso”); esta foi uma proposta de alteração do texto constitucional (artigos 102 e 105 da CF/88) para fazer com que os processos transitassem em julgado após decisão de segunda instância, transformando os Recursos Especial e Extraordinário em ações rescisórias. A diferença entre a “PEC Peluso” e a PEC 199/2019 é que esta foi proposta por um senador enquanto aquela foi proposta por um deputado, porque em termos de conteúdo, trata-se da mesma ideia. Destaca-se que a PEC 15/2011, que foi justificada com base na suposta necessidade de evitar recursos meramente protelatórios, entrou na Ordem do Dia do Senado diversas vezes, mas jamais foi efetivamente votada, sendo arquivada sem apreciação ao final da legislatura que terminou em 2018. É evidente que a pretensão de alteração da garantia constante do inciso LVII do artigo 5º da CF/1988 é inconstitucional, por esbarrar na cláusula pétrea inserida no artigo 60, § 4º, IV, da mesma Constituição.

Penso que o posicionamento mais adequado do STF foi aquele tomado no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG em 2009, com a brilhante fundamentação do Relator Ministro Eros Grau – posicionamento esse que foi finalmente retomado no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 para firmar a tese que melhor se adequa ao nosso ordenamento jurídico e respeita a garantia fundamental da presunção de inocência com a amplitude que lhe deu a Constituição Federal de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência é uma das garantias fundamentais mais importantes presentes em nosso ordenamento jurídico, por tratar sobre a liberdade dos indivíduos. A discussão sobre o assunto ganhou força e invadiu o debate público nos últimos quinze anos, por conta das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e as mudanças de entendimento sobre a execução da pena com fundamento em acórdão recorrível.

Podemos perceber diversos argumentos para a relativização da presunção de inocência a fim de sustentar o retrocesso da prisão para execução penal provisória. No entanto, nenhum deles merece prosperar, na medida em que a Constituição da República é clara e não deixa dúvidas – *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* – sobre a necessidade da manutenção do estado de inocência presumido no momento pré processual e ao longo do processo, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não existe Democracia sem a obediência a preceitos fundamentais e suas garantias constitucionais, por isso, não podemos ceder a anseios punitivistas e antidemocráticos por violações dessas garantias conquistadas com muita luta e suor.

Ao longo desta monografia, foi trabalhado um panorama geral sobre a presunção de inocência e como ela é comportada em nosso ordenamento jurídico. A análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e os seus fundamentos nos permitiu entender como o Judiciário deve e principalmente como não deve lidar com o instituto da prisão. O objetivo central desta monografia foi cumprido ao demonstrar como a execução penal com fundamento em acórdão condenatório recorrível é incompatível com o ordenamento brasileiro e que a prisão provisória é, na verdade, uma grave violação à Constituição da República. Felizmente, foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal decidiu e firmou tese no último julgamento do assunto, sendo, portanto, o entendimento atual.

## REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia**. Revista Ius et Práxis. vol. 11, núm. 1, p. 221-241, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012.

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set-dez 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. São Paulo: Campus Jurídico, 2012, passim.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas** I Cesare Beccaria; I tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018, passim.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**, 3ª edição, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. São Paulo: Atlas.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, para que(m)?** In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Coord. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



CRUZ DE SIQUEIRA, Tatiana Paula. **Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro**, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, 2015, v. 3.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELTRÁN, Jordi Ferrer. **Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr, p. 149-182, passim, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Funções e limites da prisão processual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 64, jan/2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Prisões cautelares, confirmação bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 117/2015, nov-dez/2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência**. Estudos de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. **A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência**. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. Revista dos Tribunais, fev/1998, v. 748.

MACHADO, José Roberto. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. **EBEJI Conhecimento Jurídico**, nov. 2014. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>. Acesso em: 14 set. 2021.

MALAN, Diogo. **Prisão preventiva depois da decisão de segundo grau é retrocesso civilizatório**. Conjur, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/diogo-malan-prisao-antes-transito-julgado-retrocesso>>. Acesso em: 13 set. 2021.

MATOS, Fábio. Autor da PEC da prisão em 2ª instância afirma que proposta só passa com 'pressão popular': 'Não ficaremos submetidos às vontades de mudança de entendimento do Supremo de acordo com o momento político', diz o deputado Alex Manente (Cidadania-SP) em entrevista a Oeste. **Revista Oeste**. 28 de abril de 2021. Disponível em: <<https://revistaoeste.com/politica/autor-da-pec-da-prisao-em-2a-instancia-afirma-que-proposta-so-passa-com-pressao-popular/>> Acesso em: 13 set. 2021.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios constitucionais da coação processual**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PAULINO, Galtieni da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**, Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 207-232 – jul./dez. 2017.

PINHO, Manoel Veridiano Fukuara Rebello. **A presunção de inocência como regra de juízo na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e do tribunal europeu de direitos humanos.** 2015.

PRADO, Geraldo. **O trânsito em julgado da decisão penal condenatória.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 277, dez. 2015.

QUEZADO, Paulo. **Execução Provisória de Sentença Condenatória Recorrível.** Revista Jurídica Da UNI7, vol. 3, p. 135-146, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Lucas Ribeiro. **A falta grave de prática de fato previsto como crime doloso: uma análise a partir da repercussão da presunção de inocência na execução penal. Presunção de Inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau.** Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 86, set/2010.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau.** Boletim IBCCrim, v. 27, n. 316, p. 3-6, mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição em perspectiva histórico-evolutiva**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Júri: prisão e vedação de apelação para a acusação — a decisão do STF**. ConJur, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/streck-juri-prisao-vedacao-apelacao-acusacao>>. Acesso em: 21 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Ministro equivocou-se ao definir presunção de inocência**. Conjur, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso: 21 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Presunção de inocência: o estrago causado pela ignorância jornalística**. ConJur, jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-03/streck-mentiras-imprensa-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 21 set. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Da prisão e da liberdade provisória**. Revista Brasileira de Processo Penal, p, 73-90, vol. 7/1994, jul-set/1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29ed. São Paulo: Saraiva. Vol. I. 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Trotta,