

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

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS
ENTENDIMENTOS DA SUPREMA CORTE ACERCA DA EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA**

ISABELLA SALGUEIRO MARTINS

RIO DE JANEIRO

2022

ISABELLA SALGUEIRO MARTINS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS
ENTENDIMENTOS DA SUPREMA CORTE ACERCA DA EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA**

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. Antonio
Eduardo Ramires Santoro**

RIO DE JANEIRO

2022

ISABELLA SALGUEIRO MARTINS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS
ENTENDIMENTOS DA SUPREMA CORTE ACERCA DA EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA**

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. Antonio
Eduardo Ramires Santoro**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

AGRADECIMENTOS

Não há o que explique o que acontece depois que a Nacional passa por nós. Lá encontrei meu lar, me senti em casa como nunca havia me sentido. Vivi os momentos mais lindos e mais difíceis de toda a minha trajetória. Conheci pessoas, descobri amores e vivi muitas histórias. Me entreguei de corpo e alma, e cumpri com sucesso, diga-se de passagem, a promessa de viver esses cinco anos da maneira mais intensa possível.

Despeço-me com o mesmo encanto que entrei na FND, ingênua sem imaginar que aquele prédio mudaria a minha vida. Por onde quer que eu vá, carrego uma eterna gratidão por ter feito parte da Nacional, um sentimento que para vida eu vou levar.

Primeiramente, agradeço, aos meus familiares, em especial, meus pais Antônia e Francisco, e meu irmão Rafael, por terem proporcionado tudo para que eu pudesse entrar na faculdade dos meus sonhos, e por terem me apoiado em todos os momentos. Amo-lhes!

Agradeço também aos grandes amigos que fiz lá dentro, em especial, ao “Clube do Vinho” que me acompanhou e me proporcionou momentos inesquecíveis ao longo desses anos.

Além disso, agradeço a todo corpo docente da Faculdade Nacional de Direito, que possibilitou a melhor educação superior que eu poderia receber.

Agradeço à Isabella, que teve coragem e correu atrás do seu sonho de entrar na Nacional. Obrigada por ter se entregado de corpo e alma nessa faculdade, valeu cada esforço!

Por fim, agradeço à Nacional pelos momentos e memórias que jamais serão esquecidos.

“Ando com fome de coisas sólidas e com ânsia de viver só o essencial. Pessoalmente, penso que chega um momento na vida da gente, em que o único dever é lutar ferozmente por introduzir, no tempo de cada dia, o máximo de "eternidade".”

(Guimarães Rosa)

RESUMO

Pretende o presente trabalho discutir acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, em razão da clara afronta ao princípio da presunção de inocência, previsto na Carta Magna. Desse modo, será realizada uma análise do referido princípio, sua origem histórica no Brasil e no mundo, e os desdobramentos que ele provoca no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, serão analisadas as modalidades de prisão previstas na legislação penal, e por fim, serão examinados os entendimentos da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena. Principalmente, com enfoque em quatro momentos distintos: o primeiro posicionamento após a promulgação da Constituição de 1988, em 2009 onde a Suprema Corte passou a proibir a execução provisória, em 2016 onde o STF entendeu que era possível a execução antes do trânsito em julgado, e por fim, em 2019, quando ocorreu os julgamentos das ADCs que confirmaram a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, restringindo a execução antecipada da pena.

Palavras-chave: presunção inocência; não culpabilidade; execução provisória da pena; prisão.

ABSTRACT

The present work intends to discuss about the unconstitutionality of the provisional execution of the sentence, due to the clear affront to the principle of the presumption of innocence, provided for in the Magna Carta. In this way, an analysis of the aforementioned principle will be carried out, its historical origin in Brazil and in the world, and the consequences that it causes in the Brazilian legal system. Then, the modalities of imprisonment provided for in criminal law will be analyzed, and finally, the Supreme Court's understandings regarding the provisional execution of the sentence will be examined. Mainly, focusing on four different moments: the first position after the enactment of the 1988 Constitution, in 2009 where the Supreme Court began to prohibit provisional execution, in 2016 where the STF understood that execution before the final judgment was possible, and finally, in 2019, when the judgments of the ADCs took place that confirmed the constitutionality of article 283 of the Code of Criminal Procedure, restricting the early execution of the sentence.

Keywords: presumption of innocence; no culpability; provisional execution of the sentence, prison.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... | 12 |
| 1.1 Considerações iniciais acerca do princípio da presunção de inocência.. | 12 |
| 1.2 Origem histórica | 14 |
| 1.3 Introdução do postulado no sistema jurídico brasileiro..... | 19 |
| 1.4 Desdobramentos do princípio da presunção de inocência..... | 20 |
| 1.5 Relação entre o princípio da presunção de inocência e as prisões provisórias | 22 |
| 2. MODALIDADES DE PRISÃO | 25 |
| 2.1 Considerações iniciais | 25 |
| 2.2 Modalidades de prisão no ordenamento jurídico brasileiro..... | 26 |
| 2.3 Prisão decorrente de Pronúncia | 27 |
| 2.4 Prisão de sentença condenatória recorrível | 28 |
| 2.5 Prisão Civil | 29 |
| 2.6 Prisão em Flagrante | 31 |
| 2.7 Prisão Preventiva | 33 |
| 2.8 Prisão Temporária..... | 34 |
| 2.9 Prisão Penal | 36 |
| 3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA | 37 |
| 3.1 Considerações iniciais | 37 |
| 3.2 Execução da pena e o trânsito em julgado..... | 38 |
| 3.3 Momento de construção do Código Processual Penal de 1941 | 39 |
| 3.4 Aspectos da presunção de inocência e da prisão antes da Constituição de 1988 | 41 |

| | | |
|------|---|----|
| 3.5 | A execução antecipada da pena diante da introdução do princípio presunção de inocência | 42 |
| 3.6 | O afastamento da vigência dos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal em 2008 | 44 |
| 3.7 | A proibição da Execução Provisória da Pena em 2009 | 46 |
| 3.8 | Revogação do artigo 393 do CPP pela Lei 12.403 de 2011 | 48 |
| 3.9 | Reconhecimento do STF pela Execução Provisória da Pena antes do trânsito em julgado em 2016 | 49 |
| 3.10 | Julgamento das ADC's 43, 44 e 54 no ano de 2019 | 56 |
| | CONCLUSÃO | 60 |
| | REFERÊNCIAS | 62 |

INTRODUÇÃO

Talvez seja a liberdade o bem mais precioso do ser humano. Não só uma necessidade, mas também um direito. Desse modo, propõe-se a Carta Magna a coibir e repelir tentativas de violação a esse direito fundamental.

É entorno desse direito que a presente dissertação cria seu campo de análise. Diante do instituto da execução provisória da pena, temos uma indevida antecipação do cumprimento da pena, resultando em um acautelamento impróprio, fato esse que representa uma clara afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, pretende-se demonstrar a inconstitucionalidade do referido instituto, por meio do estudo dos diversos entendimentos proclamados ao longo das últimas décadas pela Suprema Corte.

Mais do que isso, busca-se analisar resquícios de autoritarismo presente nesse e em outros institutos e dispositivos criados em períodos não tão democráticos, que infelizmente, ainda permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. Fato esse que gera uma insegurança muito forte ao Estado Democrático de Direito.¹

Assim, o debate ora em testilha é uma questão que provoca muitas controvérsias e discussões no meio jurídico, pois diz respeito a constitucionalidade da execução antecipada da pena antes do definitivo trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Instituto esse que vai claramente de encontro com o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.²

Busca o presente estudo, analisar sob a ótica do princípio da não culpabilidade, como a execução provisória da pena se apresenta como uma afronta a Carta Magna. Abordar-se-á como os entendimentos do Supremo Tribunal Federal tendendo pela possibilidade de execução provisória da pena, acabam por mitigar o princípio citado.

¹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 138.

² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 52.

Desse modo, a primeira parte do desenvolvimento do tema discorrerá, inicialmente, ao exame do princípio da presunção de inocência e suas repercussões. Será realizado uma investigação acerca de suas origens, sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no primeiro capítulo, haverá uma análise dos desdobramentos do referido princípio, e será demonstrado de que forma ele repercute no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se, portanto, fazer uma leitura do princípio junto a ideias democráticas, em virtude de se tratar de um direito fundamental, de suma importância para o exercício da dignidade humana.

O segundo capítulo abordará a prisão, seu conceito, sua base legal, as espécies permitidas pela legislação penal e suas repercussões no ordenamento jurídico. Cabe a esse ponto expor as modalidades existentes de prisão no nosso país, de modo a observar que a execução antecipada da pena não encontra respaldo legal para atuar como espécie de prisão.³ Ato contínuo, irá demonstrar também como a prisão não ofende o princípio da não culpabilidade, em face do equilíbrio entre as normas constitucionais.

Por fim, o terceiro capítulo analisará a execução provisória da pena, buscando realizar e delinear um histórico-temporal acerca dos entendimentos da Suprema Corte sobre o referido instituto, que vem sendo bastante alterado nas últimas décadas.

Neste aspecto, ressalta-se um perigoso paradoxo existente diante da permissão da execução antecipada da pena. Ademais, expor-se-á o risco a inaplicação do princípio da presunção de inocência, diante da utilização desse instituto no processo criminal.

Por fim, na conclusão, pretende-se demonstrar que a execução da prisão automática em razão de acórdão penal condenatório é uma afronta a preceitos constitucionais, em especial, ao princípio da não culpabilidade.

Em síntese, através da elucidação do princípio da presunção de inocência e das espécies de prisão, será constatado que a execução antecipada da pena não seria possível no ordenamento jurídico pátrio, em face de sua cristalina inconstitucionalidade.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 53

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em congruência com o exposto anteriormente, o presente estudo tem como propósito abordar a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena sob a ótica do postulado da presunção de inocência.

Dessa forma, ao longo do primeiro capítulo será analisado o referido princípio, suas origens históricas, sua introdução e difusão no sistema jurídico pátrio. Com o intuito de demonstrar de que modo o princípio da não culpabilidade se desdobra e repercute no processo penal brasileiro.

1.1 Considerações iniciais acerca do princípio da presunção de inocência

Aparece o princípio da presunção de inocência como um dos pilares do sistema garantista, modelo defendido pelo jurista Luigi Ferrajoli⁴, em sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*⁵, desempenhando assim um importante papel no estado democrático de direito. Visto que atua na luta de garantias e direitos individuais do cidadão, e ainda na limitação do poder de punir do Estado.

Esse postulado se mostra intrínseco ao que se propõe o modelo democrático, conforme afirma Ferrajoli “fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”⁶. Representando o papel tão fundamental que esse princípio desempenha no ordenamento jurídico.

Também é denominado como princípio da não culpabilidade, o que na prática não afeta em nada, conforme reitera o Professor Gustavo Henrique Badaró:

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

⁴ Luigi Ferrajoli é uma das principais figuras quando se fala do garantismo penal, autor de diversas obras, engajou-se ativamente na defesa das garantias individuais, frente ao poder punitivo estatal

⁵ FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006

⁶ Ibidem, p.441.

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.

7

Assim sendo, esse postulado traduz a ideia de que a posição de inocência do indivíduo se mantém até o trânsito em julgado da sentença condenatória, momento o qual se permite atribuir de fato a culpa ao sujeito, que deve então cumprir a pena aplicada. Assim, a pessoa não pode sofrer penalidades, sanções e restrições na esfera jurídica antes da decisão condenatória transitada em julgada.

Evidentemente, o referido princípio acaba por atuar como uma ferramenta de verdadeira limitação contra autoritarismos, sendo esse princípio fundamental para resguardar o Estado Democrático de Direito⁸, posto que assegura uma das maiores garantias do indivíduo: sua liberdade.

Acerca do tema vejamos o que Aury Lopes Júnior ensina:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). É fruto da evolução civilizatória do processo penal. Parafraseando GOLDSCHMIDT, se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles.⁹

Consagra-se o princípio da não culpabilidade através do artigo 5º, LXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁰

Isto posto, pondera-se de forma que a liberdade do sujeito é resguardada, e ele é presumido inocente até o momento onde não houver mais chances de alteração da respectiva

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 3ª ed, ver. Atual e amp: São Paulo, RT. p.56.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 47

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 29. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

decisão judicial. Rompendo assim, com a lógica de períodos autoritários, marcados pelo sistema inquisitorial, onde uma das principais características do processo criminal era o ônus probatório recair sobre o acusado, diferentemente do que ocorre atualmente, onde prevalece a regra de que cabe a acusação o ônus da prova

1.2 Origem histórica

O estado natural do ser humano é de inocência, de ser livre para ir e vir quando bem entender, assim entendendo o pensamento iluminista. Partindo desse pressuposto, cria-se ao entorno do Estado Democrático de Direito, o postulado da não culpabilidade, que corrobora para a defesa desse estado natural do indivíduo durante a persecução penal. Parte o referido princípio do pressuposto de que é necessário todo o trâmite processual penal adequado e oportuno, para que assim se possa considerar algum sujeito de fato culpado.

Assim, para aprofundar o presente estudo, torna-se fundamental debruçar sobre a contextualização histórica que deu origem ao princípio da não culpabilidade, para compreender suas nuances sociais e formas de difusão no mundo jurídico.

A presunção de inocência atualmente é compreendida como o princípio chave do processo penal, e, mais do que isso, como princípio chave de todo o sistema penal, conforme afirma o professor Jordi Fenoli¹¹. No entanto, conduziu-se a longos e duros passos a luta para implementação desse princípio nos ordenamentos jurídicos mundiais.

Em sua obra *Dos delitos e das penas*, um dos maiores iluministas penais da história Cesare Beccaria já afirmava que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”¹².

¹¹ FENOLI, Jordi Nieva. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. In: InDret. Barcelona, v. 01, p. 1-23, jan. 2016. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305701> Acesso em: 18 nov. 2022

¹² BECCARIA, César. *Dos Delitos e das Penas*. Editora Ridendo Castigat Mores. 1764. Pág. 22

À vista disso, foi no século XVIII, também conhecido por “Séculos das Luzes”¹³, que o preceito da presunção de inocência ergueu-se, como influência direta dos ideais iluministas, com a finalidade de pôr fim a era autoritária, marcada pela falta de garantias e direitos individuais, onde a vontade do monarca e das dinastias prevalecia sob a do povo.

Nesse lamentável cenário o que se imperava era a regra da culpabilidade, invertendo por completo a presunção de inocência, visto que diante de mínimos indícios já era imposto ao sujeito o status de culpa, e se as provas restassem insuficientes ainda assim o réu era condenado por suposição. Notoriamente uma característica de períodos autoritários, onde a ampla defesa e o contraditório eram praticamente inexistentes, de tal forma que a persecução penal se baseava em elementos frágeis e muitas vezes insuficientes.

Conforme declara Ferrajoli “Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média.”¹⁴

Assim, o regime inquisitório, vigente no sistema penal da época, era marcado pela reunião das funções de acusação, defesa e julgamento num mesmo ponto de partida, fator que claramente enfraquece o trâmite processual, ocasionando graves riscos ao resultado final do processo. Desse modo o réu acabava sendo mero objeto do processo penal, e não sujeito de direitos como vemos hoje.

Esse cenário, todavia, teve uma alteração significativa diante de diversos movimentos que surgiram no final do século XVIII, mais precisamente o Iluminismo, a Revolução Francesa e a Guerra das Treze Colônias.

O movimento iluminista, marcado por ideais libertários, almejava o fim do absolutismo. Diversos pensadores da época, como Voltaire, Adam Smith e Jean- Jacques Rousseau teciam profundas críticas ao sistema, que era marcado por um autoritarismo desmedido, que sucumbia direitos e garantias da população. Dessa forma, houve uma luta direta pela limitação do poder

¹³ Século marcado pelo surgimento do movimento iluminista, que representou a difusão da razão, por meio da filosofia racionalista, rompendo com ideais teológicos.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 441.

do monarca, seja pela criação parlamentos ou de constituições, que estabelecesse limites ao poder real, e criasse direitos fundamentais a população. Sendo a valorização da razão, uma forte ferramenta para garantir o progresso da sociedade, e não mais os ideais teológicos que guiavam o meio comunitário.

Essa crise do absolutismo que reinava na Europa teve como uma das referências a Revolução Francesa, que pôs fim aos privilégios da aristocracia, estabelecendo preceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. Definitivamente foi um marco na história da humanidade, que viu o surgimento do sistema republicano pautado pela representatividade popular. Assim, iniciou-se o movimento pela universalização das garantias individuais.

Nesse cenário, nasce a semente do postulado da não culpabilidade: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁵, documento que surgiu após a queda da Bastilha e que buscou estabelecer direitos individuais e coletivos dos homens. Com a defesa dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, esse documento representa a difusão de direitos e garantias necessárias até hoje, sendo uma base do sistema democrático ocidental.

Dessa forma, a primeira aparição da presunção de inocência como citação, se deu no artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), na França em 1789, *in verbis*:

Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.¹⁶

É considerada a primeira positivação expressa do referido princípio, apresentando-se como medida de segurança em favor do corpo social ante o arbítrio estatal enquanto detentor do monopólio jurisdicional penal.

Desse modo, num contexto secular autoritarista fez-se fundamental a insurgência de movimentos que buscassem a autonomia dos sujeitos e a defesa de direitos e garantias

¹⁵ Documento culminante da Revolução Francesa de 1789, que definiu direitos individuais e coletivos.

¹⁶ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: https://abres.org.br/wp-content/uploads/2019/11/declaracao_dos_direitos_do_homem_e_do_cidadao_de_26_08_1789.pdf

individuais. E foi justamente nesse período que o mundo presenciou diversos acontecimentos que corroboraram para o estabelecimento do que temos hoje no Estado Democrático de Direito.

Infelizmente, conforme afirma Ferrajoli, em sua Obra *Direito e Razão*, “O princípio da presunção de inocência foi objeto de um ataque concêntrico do final do século XIX em diante, em sintonia com o regresso autoritário da cultura penalista lembrada com frequência”, retrocedendo e se reaproximando do estado de culpabilidade.¹⁷ Nesse cenário, marcado pelo crescimento dos regimes totalitários no século XIX, ocorreu um distanciamento da aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, que foi friamente atacado pelas ditaduras da época.

Em consequência do esvaziamento desse postulado, após a 2ª Guerra Mundial fez-se fundamental o retorno e a reafirmação do princípio da não culpabilidade nos sistemas jurídicos mundiais. Conforme afirma Piovesan¹⁸, o período pós Segunda Guerra implementou a internacionalização dos direitos fundamentais. Uma das formas se deu com a criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, que estabeleceu em seu artigo 11º que:

Art. 11. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹⁹ tratou de retomar e difundir os ideais de direitos humanos básicos que todo cidadão precisa ter garantido, trazendo assim, garantias fundamentais para a preservação de direitos deixados de lado nas décadas anteriores, em razão da ideologia propagada pelos regimes autoritários. Nesse sentido, afirma Freitas:

A regra correu o mundo, após ser inserida na Declaração Universal de Direitos Humanos, das Nações Unidas (Paris, 1948), onde está consignado que “toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, e em juízo público, no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa” (art. 11,1). No mesmo teor, vieram as especificações da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Roma, 1950); do Pacto

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.442.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

¹⁹ Documento pós 2ª Guerra que buscou delinear os direitos básicos do ser humano, buscando a promoção da dignidade humana.

Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966); e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969). Sem olvidar que é afirmada em diversas Cartas Políticas do mundo e, agora, o Texto nacional também a incorporou entre os direitos e garantias individuais e coletivas.²⁰

Em suma, é notório a presença do referido postulado em diversos instrumentos normativos internacionais²¹, diretamente relacionados a proteção da pessoa humana, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, entre outros diplomas estrangeiros.²² Sendo substancial sua importância no estabelecimento de garantias e direitos individuais no decorrer do processo criminal. Conforme bem pontua Walter Júnior:

Como se vê, os textos internacionais, ao tempo em que consagram a presunção de inocência como cláusula fundamental na arquitetura de todo e qualquer sistema normativo, estabelecem um marco normativo em que essa garantia resta flexibilizada; a saber: enquanto não houver, conforme o devido processo legal, a declaração da culpa, que só pode e há de ser feito por um órgão julgador. O tratamento normativo conferido pelas declarações internacionais, mais do que ser uma escolha política para fins de delimitação do alcance ou limite da garantia, obedece a um imperativo lógico. Ora, ao julgar o processo, o juiz ou o júri, necessariamente, tem de fazer um juízo que implica em absolver, reconhecendo ou não inocência, que é presumida, ou em condenar, reconhecendo a culpabilidade, que precisa ser provada. Portanto, a decisão que condena alguém pela prática do crime, seja no Brasil ou onde quer que seja, emite uma declaração de culpa. Em outras palavras, a despeito da presunção de inocência, com suporte nas provas constantes dos autos, com a condenação se considera a pessoa culpada. O juiz não pode condenar quem quer que seja, considerando-o inocente. O juiz só pode condenar se considerar o acusado culpado. Em síntese, o juiz, ao condenar, faz juízo de culpabilidade.²³

²⁰ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

²¹ PINTO, FELIPE MARTINS. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte. Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 44.

²² Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966, artigo 14 §2); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º).

²³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2ª ed. rev. e atual. Natal, OWL, 2015. p. 384.

1.3 Introdução do postulado no sistema jurídico brasileiro

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, afirma o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal²⁴. São com esses dizeres que a Carta Magna traduz e estabelece no ordenamento jurídico pátrio o princípio da presunção de inocência, que finalmente ganha o status de norma constitucional.²⁵

As constituições anteriores do Brasil não divulgaram expressamente o princípio da não culpabilidade.²⁶ De modo que sua primeira aparição expressa tenha sido no período de redemocratização política do país, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. De fato, após longos e duros anos de ditadura militar no país, houve uma forte necessidade de criar um novo instrumento jurídico, capaz de impor limites ao poder estatal, de forma a evitar o retorno do autoritarismo, prezando assim pela ampliação dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido sustenta Eugêni Pacelli em sua Obra “Regimes constitucionais da liberdade provisória”:

Embora se possa sustentar que nossas Constituições anteriores, ainda que não o abrigando, autorizavam a aplicação do princípio como decorrência do sistema de garantias processuais, o fato é que somente o texto de 1988, com a sua inclusão expressa, põe a descoberto o verdadeiro conteúdo ideológico da reforma então instaurada, como a reclamar a instituição de um novo modelo de processo penal, no qual houvesse de despontar, em destaque, o estado ou a situação de inocência do jurisdicionado criminal.²⁷

Esse princípio traduz a ideia de que é necessário passar por todo o trâmite processual, para que ao final, com o devido trânsito em julgado da decisão condenatória, possa considerar o acusado de fato culpado. Dessa maneira, o referido princípio funciona como cláusula pétrea pela ordem constitucional, representando uma importante garantia para o desenvolvimento de um processo criminal justo e efetivo.

²⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 29. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 47

²⁶ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019,. p.139.

²⁷ OLIVEIRA, Eugêni Pacelli. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23.

Sendo de extrema importância durante o processo de retomada da democracia em meados dos anos 80, onde após longos e duros anos de ditadura militar, fez-se imperativo a instituição de uma Nova Constituição, que abrangesse os novos ideais progressistas e democráticos.

1.4 Desdobramentos do princípio da presunção de inocência

O princípio da não culpabilidade conforme dito anteriormente, traduz o pensamento de que o estado de inocência tem de ser assegurado até o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal. Dessa forma, inúmeras são as repercussões que o referido princípio provoca dentro do sistema jurídico brasileiro. Temos diversas decorrências, como a imposição da carga probatória à acusação, que em regra tem o ônus de prova. Tem-se também a necessidade e obrigatoriedade de que a constatação da autoria da infração e a devida aplicação da pena sejam determinadas apenas ao fim do processual criminal, após passar por todos os procedimentos previstos pela legislação penal, consagrando o direito de ampla defesa do acusado.²⁸

Em sua obra, Aury Lopes Jr traz o conceito abordado por Vegas Torres²⁹ acerca do princípio da presunção de inocência, afirma que Vegas aponta três manifestações do referido princípio: a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal; b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual); c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.³⁰

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 48

²⁹ VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, p. 35 e s

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.107

Nesse sentido, durante a instrução processual, temos que o ônus probatório, em regra, recai sobre a acusação. Dado que o estado natural dos indivíduos é a inocência, diante da alegação de uma infração penal capaz de pôr esse estado em crise, nasce para a acusação o dever de provar a responsabilidade do acusado. A respeito disso, dispõe o Código de Processo Penal, na primeira parte do artigo 156, que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer³¹. E como a alegação inicial é aquela resultante da denúncia, onde há o apontamento da autoria e da materialidade do fato, compete ao órgão acusatório o ônus de comprovar a existência do delito.

Dessa forma, o referido princípio cria no processo criminal um mecanismo que prioriza a ideia de que o estado natural é o de inocência, em razão disso, ao acusar alguém e imputar a esse indivíduo o status de culpa, nada mais natural do que recair ao acusador o encargo de demonstrar a efetiva responsabilidade do suspeito.

Em seguida, o princípio da não culpabilidade atua também durante o momento de valoração da prova realizado pelo magistrado, onde em caso de dúvida, deve o juiz valorar a prova a favor do acusado. Trata-se de um importante princípio do campo criminal, o do *in dubio pro reo*, também conhecido como princípio do favor rei, que traduz a ideia de que na dúvida a interpretação deve ser dada em favor do acusado, pois não é dele o ônus de provar que não praticou o crime. De modo a prevalecer a garantia da liberdade do sujeito sobre a pretensão punitiva estatal. Acabando sendo uma extensão do próprio princípio da presunção de inocência.

Por fim, durante o trâmite processual, é importante analisar o paradigma de tratamento do imputado, de modo a evitar a criação de estereótipos sobre o acusado previamente à sentença final.³² Sobretudo no alcance da análise da real necessidade da prisão processual, a fim de que ela seja decretada somente quando realmente necessária e fundamental, seja para resguardar a sociedade ou para prevalência de um andamento processual adequado.

Ainda sobre os desdobramentos do referido postulado no processo criminal, o Promotor de Justiça Renato Brasileiro em seu manual, também defende a divisão do respectivo princípio em duas regras: inicialmente como parâmetro probatório, cenário onde diante de alguma dúvida sobre os fatos, deve o magistrado ir no sentido da absolvição do acusado. Em seguida, o

³¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 49

princípio atua também como regra de tratamento, de tal modo que a prisão deveria operar como exceção no processo penal, devendo ser decretada apenas quando houvesse de fato o preenchimento dos requisitos legais.³³

1.5 Relação entre o Princípio da Presunção de Inocência e as prisões provisórias

Logo após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, muito se questionou acerca da legalidade da prisão em um momento anterior ao trânsito em julgado de decisão condenatória, em razão do estabelecimento do princípio da não culpabilidade no sistema jurídico brasileiro.

Inicialmente, muitos alegaram que o art. 5º, LVII, da Constituição Cidadã, teria revogado o instituto da prisão cautelar, inviabilizando, portanto, determinadas modalidades de prisão. Ocorre, que esse entendimento foi rechaçado com diversos argumentos.³⁴ Um deles se funda no fato de que a própria Carta Magna prevê a decretação das medidas cautelares em seu livro. Desse modo, fazendo uma leitura por meio do princípio da unidade, cabe interpretar esse conflito como inexistente, pois dentro da Constituição as normas devem ser regidas em harmonia, não havendo grau de hierarquia entre elas.

Nesse sentido, ensina Canotilho:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.³⁵

³³ Ibidem.p.48

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 49

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** cit., p. 226-227

Logo, diante da incidência de dispositivos constitucionais, como o inciso LXI do artigo 5º da Constituição, que determina como uma das medidas cautelares a prisão em flagrante, temos a possibilidade de prisão provisória em plena consonância com o princípio da não culpabilidade. É fundamental ressaltar que mesmo diante do referido postulado, ainda resta possível a decretação da prisão provisória do acusado, bastando o preenchimento dos requisitos legais. Dessa forma, a consagração do princípio da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro não afasta a constitucionalidade das modalidades de prisões provisórias.

O referido princípio não é absoluto, assim entendeu o Ministro Joaquim Barbosa na ação de Habeas Corpus nº 84.078, afirmou o jurista que: “o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da prisão temporária”.³⁶

Ora, em primeiro lugar é necessário ressaltar que a decretação das diversas modalidades de prisões cautelares existentes não representa uma antecipação da pena ou da execução penal. Sua fundamentação se dá principalmente em razão do risco que o acusado representa para a sociedade. E é essa ponderação que deve ser feita para determinar a prisão cautelar de alguém que ainda não é considerado culpado.

A Suprema Corte inclusive já se manifestou nesse sentido, reconhecendo e declarando que as prisões cautelares não sobrepõem de inconstitucionalidade. O Ministro Celso de Mello em seu voto no Habeas Corpus nº 126.292 teceu a seguinte fala:

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular.³⁷

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078/MG. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1143.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 21 de novembro de 2022

Desse modo, caso o magistrado avalie e entenda pela cautela necessária de encarceramento do indivíduo, deve-se apreciar o pedido, sendo vital a sua devida fundamentação em legítimas e concretas razões jurídicas.

É preciso buscar um equilíbrio ente o princípio da não culpabilidade e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender tanto ao acusado, quanto a sociedade, sendo plenamente possível conciliar os dois. Há necessidade real de análise e ponderação de dois fatores cruciais: a liberdade do indivíduo e a segurança do meio social, de modo a assegurar a integridade da atuação jurisdicional.

Dessa forma, resta claro que o postulado busca evitar a estigmatização de culpabilidade prematura do acusado. No entanto, resta equivocado o pensamento de que a possibilidade das prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico estaria de encontro com o princípio constitucional.

Ora, apesar da Carta Magna afirmar em seu artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, conforme exposto acima, não se pode dizer que esse dispositivo comprometeu o instituto da prisão cautelar.

2. MODALIDADES DE PRISÃO

Prosseguindo com o estudo, analisar-se-á, no segundo capítulo, as modalidades de prisão existentes no sistema jurídico brasileiro. No tocante, as espécies: extrapenal, penal e cautelar³⁸, serão estudadas separadamente, perfazendo uma análise de seus requisitos e aplicação no processo criminal.

Destarte, busca-se demonstrar que a execução provisória da pena, tema do próximo capítulo, não se encontra como uma categoria de prisão prevista na legislação processual penal.

2.1 Considerações iniciais

O Estado assume o papel de gerir conflitos que surgem na sociedade, possuindo legitimidade para atuar e decidir acerca dos confrontos que apareçam, assim, o jus puniendi representa o poder dever de punição do Estado.

O jus puniendi desdobra-se em dois contornos: direito objetivo, representado pelas próprias normas penais criadas e postas pelo Estado, e o direito subjetivo, que surge diante do desrespeito do cidadão as leis impostas, sobrevindo assim o poder dever estatal de puni-lo.

Surge dessa forma, a responsabilidade do Estado gerenciar o trâmite do processo criminal, e nesse ínterim nasce a necessidade em muitos casos, de aprisionamento do suspeito para assegurar o devido trâmite processual penal e também sua fase anterior de investigações. É sobre isso que o presente capítulo pretende tratar: modalidades de prisão no sistema jurídico pátrio.

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8^aed. Salvador: JusPodium. 2020. p. 963.

2.2 Modalidades de prisão no ordenamento jurídico brasileiro

“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”, são com esses dizeres que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXI, institui a possibilidade de prisão no sistema legal brasileiro.

Em vista disso, o ordenamento jurídico pátrio contemplava as seguintes espécies de prisão: a) civil; b) provisória, cujas subespécies se dividem em flagrante, preventiva e temporária; c) decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado.³⁹ Foram extintas as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível com a reforma processual de 2008⁴⁰. Nucci esclarece que:

Duas das alterações mais impactantes promovidas pelas Leis nº. 11.689/08 e 11.719/08 dizem respeito à prisão provisória e ao uso de algemas. As prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de sentença de pronúncia ganharam novos contornos, em conformidade ao entendimento doutrinário e jurisprudencial e em sintonia com os parâmetros constitucionais.⁴¹

Torna-se evidente, portanto, que o art. 283 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de prisões, é claro e objetivo ao estabelecer as situações que permitem a devida prisão. Não sendo a execução provisória uma das modalidades previstas.⁴²

Desse modo, para melhor entendimento acerca da temática, faz-se necessário adentrar em cada categoria de prisão, a fim de perceber que a execução antecipada da pena não se encontra em nenhuma delas, portanto, não possui base legal para atuar.

³⁹ Para mais informações ler o artigo: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/324/Prisao>

⁴⁰ A reforma processual penal de 2008 visou reforçar e fortalecer o sistema processual acusatório, atribuindo mais garantias ao acusado, visando uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 237

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 53.

2.3 Prisão decorrente de Pronúncia

Pronúncia é o primeiro momento do procedimento do júri, cuja função é processar e julgar casos relacionados a crimes dolosos contra a vida. Nessa etapa, o magistrado faz uma análise onde decide a respeito da existência ou não dos indícios do delito, para então submeter ou não o caso para julgamento no tribunal do júri.

Ensina Renato Brasileiro, em seu manual:

A pronúncia encerra um juízo de admissibilidade da acusação de crime doloso contra a vida, permitindo o julgamento pelo Tribunal do Júri apenas quando houver alguma viabilidade de haver a condenação do acusado. Sobre ela, o art. 413, caput, do CPP, dispõe que, estando convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, deve o juiz sumariante pronunciar o acusado fundamentadamente. Há um mero juízo de prelibação, por meio do qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem qualquer valoração acerca do mérito. Julga-se admissível o *ius accusationis*. Restringe-se à verificação da presença do *fumus boni iuris*, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência.⁴³

A prisão fruto da pronúncia tinha sua base legal tipificada no artigo 408 do Código de Processo Penal, em particular no parágrafo 1º, sendo uma das espécies de prisão cautelar, *in verbis*:

Art. 408: “Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.”

1º: “Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomenda-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura”

Essa espécie de prisão era decretada pelo juiz ao final da primeira fase do Tribunal do Júri, caso entendesse que o acusado fosse perigoso e oferecesse risco para o devido andamento processual.

Contudo, a Lei 11.689 de 09 de junho de 2008 revogou o dispositivo⁴⁴, por entender que essa espécie de prisão feria o postulado da não culpabilidade, uma vez que permitia a prisão do réu antes do devido trânsito em julgado da decisão criminal que o condenou. Essa modalidade de prisão deu espaço para a prisão preventiva, que atualmente atua nas situações acima descritas.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. p. 1468.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 237.

2.4 Prisão de sentença condenatória recorrível

A prisão derivada de sentença criminal condenatória recorrível era uma das modalidades de custódia cautelar prevista no estatuto processual penal do país. Encontrava fundamento nos artigos 393, inciso I e 594 do CPP, que possuíam a seguinte redação:

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;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

Era então uma sentença sujeita a recurso, mas que permitia a prisão do acusado, conforme explica Kato.⁴⁵ Dessa forma, a decretação da prisão era um efeito automático e necessário da decisão condenatória. Independentemente do preenchimento dos requisitos legais, atuando como uma verdadeira execução antecipada da pena. Muito se discutiu acerca da compatibilidade dessa espécie de prisão com o artigo 5º, inc. LVII da Carta Constitucional, no entanto, os Tribunais Superiores consagraram que não era incompatível a prisão de sentença condenatória recorrível com o dispositivo constitucional.

Por sorte, a Lei nº 11.719 de 2008, revogou o artigo 594, e a Lei nº 12.403, de 2011 revogou o artigo 393, ocasionando a perda de espaço dessa categoria de prisão no ordenamento jurídico brasileiro. Requerendo do magistrado, a partir de então, que fundamentasse a respectiva prisão em alguma das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP, ainda que o acusado se encontrasse acautelado. Caso o juiz omitisse a respeito da manutenção ou não da prisão, seria cabível embargos de declaração, a fim de sanar a questão.

⁴⁵ Kato, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.135.

2.5 Prisão Civil

Essa espécie de prisão se divide em prisão civil do devedor e prisão do depositário infiel. A primeira é decretada com a finalidade de compelir o devedor a cumprir determinada obrigação. A Carta Magna permite a prisão do depositário infiel em seu artigo 5º, LXVII “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”⁴⁶. Enquanto a prisão por dívida decorre de legislação infraconstitucional.

Ocorre que o Pacto de São José da Costa Rica⁴⁷, incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 678 em novembro de 1992, afirma em seu artigo 7º, § 7º, que “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Desse modo, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos permitiu apenas a prisão do devedor de alimentos, coibindo a prisão do depositário infiel.⁴⁸

Divergências surgiram acerca da conformidade de prisão do depositário infiel, entendendo a Suprema Corte, inicialmente, que a prisão era constitucional, posto que havia previsão na Constituição, e que a Carta Magna estava acima dos tratados internacionais, resultando numa proibição de restrição do seu conteúdo.

Contudo, o Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP⁴⁹ tratou da internalização dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com a seguinte ementa:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos

⁴⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 29. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

⁴⁷ Também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), os países membros da Organização dos Estados Americanos assinaram o pacto, se tornando um dos pilares da proteção dos direitos humanos.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 964

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 466.343-1/SP. Tribunal Pleno. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 19 nov. 2022.

Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Decidiu a Suprema Corte, por alterar o seu entendimento acerca do status normativo de tratados internacionais de direitos humanos, concedendo-lhes status normativo supralegal. Desse modo, estão acima da legislação infraconstitucional, de forma que em caso de conflitos, devem ser observados os dizeres do respectivo tratado.

Assim, com a ratificação do Brasil na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a prisão civil de depositário infiel não será mais permitida, uma vez que a questão tinha base legal infraconstitucional, e o tratado que passou a ter status supralegal invalidou essa modalidade de prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, o plenário do Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 25, com o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.⁵⁰

A prisão civil do devedor de alimentos, entretanto, continua a vigor no sistema judicial pátrio, sendo de maneira excepcional, como última opção. Contudo, ela se restringe aos alimentos de origem de família, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Assim, para admitir a prisão, só é cabível relativo aos três últimos meses anteriores a propositura da ação. Conforme prevê a Súmula nº 309 do STJ “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo” e também o § 7º do artigo 528 do Código de Processo Civil, que possui a seguinte redação: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

É importante ressaltar que o caráter dessa modalidade de prisão não é punitivo, mas apenas coercitiva, a fim de coagir o devedor a cumprir com sua respectiva obrigação. Pode o magistrado de ofício decretar a prisão do devedor, ou seja, independe de requerimento da parte

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº25. 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1268> Acesso em 20 de nov de 2020.

credora, conforme subentendido por meio do § 3º do artigo 528 do CPC “Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”.

2.6 Prisão em Flagrante

Para Mirabete, “flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’”⁵¹ É, portanto, uma medida cautelar que restringe o direito de ir e vir do sujeito. Resulta do fator surpresa no tempo de cometimento da infração penal, ou logo após ter cometido o delito.

Sua divisão é delimitada a partir do momento de aprisionamento do indivíduo, possuindo assim nove espécies: a) próprio; b) impróprio; c) presumido; d) obrigatório; e) facultativo; f) provocado; g) esperado; h) prorrogado.; i) forjado. Trataremos a seguir de cada modalidade especificamente.

O flagrante próprio tem previsão legal no art. 302, I e II do Código Processual Penal, in verbis:⁵²

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;

Nessa espécie de flagrante, também chamado de propriamente dito, o sujeito é surpreendido enquanto comete o delito, ou logo após ter cometido o crime.

Em seguida, temos o flagrante impróprio ou irreal, disposto no inciso III do art. 302 do CPP, que afirma “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”⁵³. O legislador deixou indeterminado o tempo que esse “logo após” representa, não sendo correto afirmar que existiria um prazo de 24 horas entre o momento do crime e a prisão em flagrante.

⁵¹ Código de Processo Penal interpretado, cit., 5. ed., 1997, p. 383

⁵² BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 723

O flagrante presumido está previsto no inciso IV do art. 302 do CPP, onde diz que “IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”. Essa espécie engloba um período de tempo maior que a modalidade anterior, e chama atenção para essa presunção de autoria descrita no dispositivo.

Temos ainda o flagrante obrigatório, previsto na segunda parte do artigo 301, “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, impõe a autoridade policial a obrigação de realizar a respectiva prisão, não possuindo discricionariedade para decidir acerca da questão. Assim, nas hipóteses previstas no artigo 302 no CPP (flagrante próprio, impróprio e presumido) o agente público é obrigado a prender o suspeito.

Em contrapartida, o flagrante facultativo institui a autoridade pública discricionariedade para decidir se efetua ou não a prisão em flagrante, a partir de um exame de conveniência e oportunidade. Abrange as modalidades dispostas no artigo 302 do CPP, e possui previsão legal na primeira parte do artigo 301 do Código Processual Penal.

Temos ainda o flagrante provocado, que corresponde a uma provocação realizada por autoridade policial visando a prática do delito pelo suspeito. É, no entanto, crime impossível consoante com o delimitado no artigo 17 do Código Penal “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. Dessa forma, trata-se de um tipo de flagrante ilegal, devendo a prisão ser relaxada caso constatada, além de ser um fato atípico.

Em contrapartida, se tratando de flagrante esperado, situação na qual a autoridade policial ou terceiro apenas aguarda o momento de cometimento do crime, sem atuar ou induzir na prática do delito, o ordenamento jurídico atribui legalidade a essa modalidade. Em razão de que o crime não foi desenhado artificialmente, não se trata de fato atípico ou crime impossível, podendo a prisão ser mantida.

Ainda nesse viés, há a prisão em flagrante retardada, que consiste em esperar o momento ideal para de fato prender o sujeito. A doutrina afirma que esse tipo de flagrante só é visto no crime organizado.

Por fim, tem-se o flagrante forjado, situação na qual a autoridade policial cria provas de um crime inexistente. Nesse caso, não há crime, e o policial deverá responder por crime de autoridade, em razão de forjar uma infração criminal.

2.7 Prisão Preventiva

Sendo essa a mais conhecida das modalidades, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, e está prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal, que determina a possibilidade dessa modalidade de prisão tanto na fase investigativa, quanto durante o processo penal. Sua função é garantir e assegurar a ordem pública, preservando a instrução criminal, evitando que o acusado atrapalhe de alguma forma, o curso das investigações. Tendo, portanto, um caráter excepcional, por conseguinte, devendo ser respeitado os pressupostos legais para o seu estabelecimento.⁵⁴

Ela é decretada por juiz, necessitando assim de autorização judicial. Contudo, o juiz precisa ser provocado para conceder essa medida, não cabendo ao magistrado a decretação “ex officio” dessa prisão. É preciso haver requerimento do Ministério Público, querelante ou representação da autoridade policial. Essa característica, no entanto, veio somente por intermédio da Lei 13.964.2019, também conhecida como Pacote Anticrime, que vedou a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva sem a devida provocação do órgão acusatório, da autoridade policial, do assistente ou querelante.

Essa alteração foi confirmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu Habeas Corpus a um homem preso em flagrante sob acusação de tráfico de drogas. O STJ considerou ilegal a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem prévia solicitação das partes legitimadas. O relator do recurso, o ministro Sebastião Reis Júnior defendeu que o Pacote Anticrime ao suprimir a expressão “de ofício” presente tanto no o artigo 282, parágrafo 2º, quanto no artigo 311, ambos do CPP proibiram a decretação da prisão preventiva sem a devida provocação dos legitimados.

⁵⁴ Para mais informações: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/732091517/entenda-quais-sao-os-requisitos-para-a-prisao-preventiva>

Os pressupostos dessa modalidade estão previstos no art. 312 do CPP, sendo eles: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a aplicação da lei penal. Assim, deve-se preencher pelo menos um dos requisitos expostos para decretação da prisão preventiva⁵⁵, que precisa devidamente fundamentada.

Importante se afigura, as características da prisão preventiva, tendo como principal o caráter excepcional de sua decretação. Só deve ser ela expedida diante de clara ineficácia das demais medidas cautelares.

Assim, cumpre a prisão preventiva a função de zelar pela ordem pública, quando houver risco e perigo no estado de liberdade do imputado. Conforme se extrai do artigo 312 do CPP⁵⁶, essa espécie de prisão funciona como ferramenta para assegurar a aplicação da legislação penal. Sendo ela imposta diante de elementos concretos de autoria do fato.

2.8 Prisão Temporária

A Lei Especial nº 7.960 de 1989 instituiu no sistema jurídico brasileiro a figura da prisão temporária, delimitando seu conteúdo e restringindo suas hipóteses de cabimento e requisitos para sua devida decretação. Indo além, tal dispositivo expõe os procedimentos adotados em momentos anteriores e posteriores a prisão temporária.⁵⁷

O artigo primeiro da referida lei expõe as hipóteses de cabimento dessa modalidade de prisão, sendo permitida somente quando for imprescindível para as devidas investigações criminais ou nas situações em que o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Sendo essa espécie de prisão somente autorizada nos casos de cometimento das infrações penais do inciso III. A doutrina majoritária entende que basta a presença do inciso I ou II, em conjunto com o inciso III.

Dessa forma, é notório que o principal objetivo da prisão provisória é assegurar o êxito da investigação policial, sendo somente decretada nesse momento pré processual.

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 763.

⁵⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

⁵⁷ Para mais informações ler em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-in-constitucionalidade-da-prisao-temporaria/>

Conforme aduz Vicente Greco Filho, em seu manual:

As hipóteses, portanto, de prisão temporária devem ser interpretadas como de situações de cabimento e de presunções de necessidade da privação da liberdade, as quais, contudo, jamais serão presunções absolutas. Cabe, pois, sempre, a visão das hipóteses legais, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública, a necessidade para a instrução criminal ou a garantia de execução da pena. Dentro das hipóteses legais, essas hipóteses são presumidas, mas a prisão não se decretará nem se manterá se demonstrado que não existem. A figura de prisão provisória tem por finalidade reduzir os requisitos da preventiva, facilitando a prisão em determinadas situações, mas não pode, dentro de um sistema de garantias constitucionais do direito de liberdade, desvincular-se da necessidade de sua decretação.⁵⁸

O Superior Tribunal Federal já consolidou entendimento de que não é suficiente a alegação genérica como justificativa para decretação da prisão temporária, ou seja, mera suposição de que o indivíduo irá comprometer ou atrapalhar a investigação criminal. É indispensável a presença de elementos efetivos e plausíveis que comprove a real necessidade dessa prisão para assegurar a eficácia da investigação policial. Faz-se necessário também a comprovação de indícios capazes de justificar a prisão, baseados em elementos concretos de autoria do fato, e não mera alegação.

Entende ainda, a Suprema Corte que o mero fato de o sujeito não possuir residência fixa não é fundamento que justifique a respectiva prisão. Posto que seria uma clara violação da isonomia material, haja vista que pessoas de baixa renda estariam completamente vulneráveis nessa situação, não sendo possível atribuir a falta de residência fixa ao risco de obstruções nas investigações. Conforme afirma Greco Filho:

Essas hipóteses parecem ser puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito. Todavia assim não podem ser interpretadas. Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las entre si e combiná-las com as hipóteses de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação. Por exemplo, não teria cabimento que toda vez que o indiciado não tivesse residência fixa ou que não fornecesse elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade a prisão fosse automaticamente decretada. Pode ser decretada, mas sê-lo-á se for imprescindível às investigações do inquérito ou necessária à ordem pública ou à aplicação da lei penal.

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, forçoso relembrar que diante do princípio da presunção, a prisão é medida excepcional, devendo ser a ultima ratio, ou seja, a ultima opção frente a outras opções de medidas cautelares previstas na lei.

Deve o magistrado decretar a prisão temporária apenas quando há requerimento do Ministério Público, ou diante de representação da autoridade policial. Sendo vedado a decretação “ex officio” pelo juiz, que deve aguardar provocação dos legitimados.

Em relação ao prazo dessa modalidade de prisão, estipula a lei que será de no máximo cinco dias, sendo prorrogável por mais cinco dias, se necessário. A exceção a essa regra, está no crime hediondo ou equiparado, que pode chegar ao prazo de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias. Decorrido o prazo deve o preso ser posto em liberdade, sob pena de abuso de poder da autoridade.

Torna-se evidente, portanto, que a finalidade da prisão temporária auxiliar no decurso da investigação policial, de forma a afastar importunações que o estado de liberdade do sujeito pode causar nas investigações.

2.9 Prisão Penal

Resulta de sentença penal condenatória transitada em julgada, essa modalidade de prisão, também chamada de prisão pena, é aplicada após o trâmite do devido processo criminal. Desse modo, a partir do trânsito em julgado nasce para o Estado o encargo de fazer valer a pretensão executória.

Assim, conforme afirma Renato Brasileiro “A prisão penal, prisão-pena ou carcer ad poenam, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impôs o cumprimento de pena privativa de liberdade (STF, ADC’s 43, 44 e 54). Só pode ser aplicada após um devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade”.⁵⁹

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. p. 97

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

É possível observar nas últimas décadas diversas alterações jurisprudenciais a respeito da execução antecipada da pena no sistema jurídico brasileiro. Sendo o Supremo Tribunal Federal o protagonista, deliberando acerca do tema em quatro grandes momentos: i) após a promulgação da Carta Constitucional de 1988; ii) em 2009, quando o STF proibiu a execução provisória da pena; iii) em 2016, diante do reconhecimento da execução antes do trânsito em julgado; iv) em 2019, quando ocorreu os julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que confirmaram a constitucionalidade do artigo 283 do Código Processual Penal, restringindo a execução provisória da pena.

À vista disso, será abordado no atual capítulo o debate acerca da execução antecipada da pena, ponto central do presente trabalho. Esse capítulo tratará do referido instituto, seus aspectos legais, legislação em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, atual entendimento dos tribunais superiores acerca da questão, e dos prejuízos e consequências que podem ser vistos diante da permissão da execução provisória da pena.

Há de se verificar, a inconstitucionalidade desse instituto, que claramente vai de encontro com princípios e dizeres constitucionais, em especial, o da não culpabilidade. Por conseguinte, será demonstrado como a execução antecipada da pena repercute negativamente na seara dos direitos individuais desses acusados.

3.1 Considerações iniciais

Executar provisoriamente uma pena significa restringir a liberdade daquele sujeito condenado por sentença criminal, enquanto ainda não houve o devido trânsito em julgado da decisão⁶⁰. Na lição de Mirabete, “A execução penal, em sentido amplo, é a concretização do mandamento contido na sentença criminal, ou seja, o conjunto dos atos judiciais ou administrativos por meio dos quais se faz efetiva a sentença”.⁶¹

⁶⁰ MESSA, Ana Flávia. **Prisão e liberdade**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 87.

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 289

Desse modo, a execução provisória se apresenta como antecipação do cumprimento da pena, contudo, não possui base legal, pois conforme visto no capítulo anterior, o sistema jurídico pátrio não delimitou a execução provisória da pena como uma espécie de prisão. Sendo então um instituto arbitrário, baseado no encarceramento automático a partir de uma sentença ou acórdão penal condenatório, mesmo diante de recurso extraordinário ou especial pendente.

Nesse sentido, entendem os autores Fernandes, Gomes filho e Grinover:

Não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito.⁶²

Esse polêmico instituto sempre gera grandes debates acerca de sua possibilidade ou não dentro do sistema judicial brasileiro, e ao decorrer do presente capítulo será demonstrado as diversas alterações da Suprema Corte a respeito da aplicação ou não do respectivo instituto.

3.2 Execução da pena e o trânsito em julgado

Trânsito em julgado é o momento que determinada decisão, seja sentença ou acórdão, converte-se em definitiva, não havendo mais como modificar o julgamento. Assim, inicia-se a execução da pena após o devido trânsito em julgado da sentença criminal, segundo estabelece o artigo 5^a, LVII da Carta Constitucional e artigo 283 do Código de Processual Penal. Em vista disso, a prisão do réu em momento anterior ao trânsito em julgado é classificada como prisão cautelar, e para ser decretada precisa preencher os pressupostos legais previstos na legislação infraconstitucional, em especial nos artigos 312 e 313 do CPP.

Dessa forma, conforme já exposto nos capítulos anteriores, a execução antecipada da pena não possui base legal, pois não representa uma modalidade de prisão cautelar, visto que o ordenamento jurídico não a incluiu no rol. Ao passo que também não atua como uma prisão pena, posto que falta o requisito do trânsito em julgado. Por essas razões, admitir a execução antecipada da pena é reconhecer a culpa do cidadão antes do devido trânsito em julgado. Assim,

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

por óbvio, esse instituto não deve ser aplicado no nosso sistema jurídico, posto que desrespeita o que há de ser mais íntegro no sistema: a Constituição.

Por isso, o cumprimento da pena só deve ter início com o devido esgotamento de todas as vias recursais, e conseqüentemente com o trânsito em julgado da decisão condenatória final. Contudo, entendimentos diversos foram se alastrando no sistema penal, causando divergências e inseguranças acerca do tema. Faz-se necessário então, averiguar a aplicação ou não do respectivo instituto nas últimas décadas.

3.3 Momento de construção do Código Processual Penal de 1941

Para entender as contradições da execução antecipada da pena frente a diversos dispositivos legais e constitucionais, faz-se necessário abordar o contexto que a legislação processual penal se desenvolveu no país. Conforme, afirmam Santoro e Tavares, na obra *Lawfare Brasileiro*, o Código de Processo Penal é uma lei de inspiração fascista.⁶³

Inicialmente, é primordial ressaltar que o Código de Processo Penal brasileiro nascido no ano de 1941, carrega raízes do autoritarismo e inegáveis matrizes inquisitórias. Dado que, foi durante o Estado Novo⁶⁴, também chamado de Terceira República Brasileira, que essa legislação nasceu, numa época submetida a ditadura do então presidente Getúlio Vargas.⁶⁵

A ditadura do Estado Novo foi estabelecida em 1937 e perdurou até 1945, sendo marcada pelo autoritarismo exacerbado e enorme centralização do poder nas mãos no executivo, que inclusive reduziu os poderes do Legislativo e Judiciário, a fim de facilitar a perpetuação da ditadura no país. Junto a isso, para legitimar o governo e seus ideais antidemocráticos, Vargas outorgou uma nova Constituição, no ano de 1937, apelidada de “Polaca”,⁶⁶ em razão de sua

⁶³ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 138.

⁶⁴ Ditadura instaurada no Brasil pelo Presidente Getúlio Vargas, que perdurou por oito anos. Sendo marcada pelo autoritarismo exacerbado, anticomunismo e nacionalismo extremo.

⁶⁵ Para mais informações ler: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/719478261/as-raizes-do-autoritarismo-no-codigo-de-processo-penal-de-1941>.

⁶⁶ Inspirada na Constituição Polonesa de 1921, a “Polaca” teve em suas bases ideais fascistas que marcaram a época, em razão dos regimes autoritários existentes na Europa.

forte inspiração nas constituições do regime fascista italiano e da Polônia que vigoravam na época.

Como sequela, em 1941 houve a promulgação do atual diploma processual penal, que diante do contexto social, político e ideológico da época teve uma base diretamente ligada a convicções autoritárias, sendo inspirado no Código Rocco da Itália (1930)⁶⁷. Sendo importadas e replicadas no nosso ordenamento diversas convicções autoritárias, fato esse que representa hoje um alto risco perante aos ideais pregados no estado democrático de direito que preservamos e defendemos.

Com efeito, podemos afirmar, portanto, que as normas criadas durante esse período têm como grande característica a restrição aos direitos fundamentais do cidadão. Desse modo, diferente do cenário que vivemos hoje, onde a processo penal é tido como mecanismo de limitação do poder estatal, na época de criação do Código de Processo Penal tinha justamente o efeito contrário, buscava-se dar poderes ilimitados ao governante, para que ele pudesse atuar irrestritamente, tudo isso em detrimento de direitos e garantias individuais.

Logo, por uma breve leitura do Código Processual Penal é possível perceber dispositivos que sob a égide autoritária, disfarçam um punitivismo exacerbado que claramente vai de encontro aos mandamentos constitucionais presentes. Não podendo conceber que no atual estado democrático de direito, vigore normas reguladoras de um campo tão sensível como o direito criminal, completamente dotadas de traços antidemocráticos.

Face a isso, cria-se a dura tarefa de conciliar a nova ordem constitucional instaurada no país, com leis penais que trazem dispositivos com alta carga inquisitorial. Sendo notório, contudo, um movimento após a retomada da democracia com a promulgação da Constituição de 1988, que paulatinamente vem conseguindo alterar e revogar diversos dispositivos inconstitucionais, que não mais se justificam frente ao estado democrático de direito.

⁶⁷ O Código Rocco da Itália de 1930 instituído durante a ditadura fascista de Mussolini, e tinha como um dos principais fundamentos uma forte força estatal de punição frente ao indivíduo, sendo o Processo Penal um mero instrumento do Estado para exteriorizar seu poder.

3.4 Aspectos da presunção de inocência e da prisão antes da Constituição de 1988

As constituições antecedentes à de 1988 não trouxeram de maneira expressa o princípio da não culpabilidade.⁶⁸ Eram aplicadas então, as regras previstas no Código de Processo Penal, instituído durante a ditadura da Era Vargas, que conforme dito anteriormente, carregava altos traços do autoritarismo presente na época.

Prevvia o Código Processual Penal cinco modalidades de prisão antes do trânsito em julgado: flagrante, preventiva, como consequência da pronúncia, em casos do Tribunal do Júri e aquelas resultantes de sentença criminal condenatória recorrível. Desse modo, em razão dessa última espécie, havia uma execução automática de prisão, conforme disposto no artigo 393 do CPP⁶⁹:

Artigo 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;
- II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Tamanho o absurdo do funcionamento processual da prisão, que não era necessário nem que o juiz se manifestasse a respeito da prisão, uma vez que se tratava um efeito direto e natural da sentença condenatória. Outra aberração com grande resquício do autoritarismo presente no Código de Processo Penal era a necessidade de recolhimento à prisão como requisito para conseguir interpor o recurso de apelação, conforme disposto no revogado artigo 594 do CPP.

Art. 594. 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 que se livre solto.

O Superior Tribunal de Justiça inclusive elaborou a Súmula 9, onde afirmava que “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”⁷⁰

⁶⁸ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 139

⁶⁹ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 9. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula9.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

3.5 A execução antecipada da pena diante da introdução do princípio presunção de inocência

Foi com a Constituição Cidadã de 1988 que o princípio da não culpabilidade ganhou notoriedade e se consagrou no sistema jurídico brasileiro, ao afirmar no artigo 5º, inciso LVII, que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”.⁷¹

Dessa forma, a primeira manifestação da Suprema Corte acerca da questão se desenvolveu no julgamento da ação de Habeas Corpus nº 68.726, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira. Entendeu o Supremo Tribunal Federal pela relativização do trânsito em julgado da condenação, de modo que a sentença só transita em julgado diante do não cabimento de recursos via ordinária. Contudo, impugnações em caráter extraordinário não obstarão a prisão do sujeito. Assim, nascia nesse período o grande debate acerca do momento que ocorre o trânsito, que conforme afirma o advogado criminalista Dr. José Antônio Paganella Boschi, na obra Fascículos de Ciências Penais, “em face da exigência do pressuposto do trânsito em julgado da sentença para o início do processo executório a questão consiste em determinar, precisamente, o momento em que ocorre esse fenômeno jurídico”.⁷²

Entendia a Suprema Corte que a prisão após condenação em segunda instância se justificava em razão da necessidade de assegurar a aplicação da legislação penal. Assim, tradicionalmente se estabeleceu nos tribunais superiores, o entendimento pela possibilidade de executar a pena antes do trânsito em julgado da sentença criminal. Muito em virtude da regra de que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, conforme expõe o artigo 637 do Código Processual Penal:

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.⁷³

Dessa maneira, se entendia que não possuíam os recursos extraordinário e especial pendentes força para anular o mandado de prisão resultante do improvimento da apelação

⁷¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 29. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

⁷² BOSCHI, José Antonio Paganella. **O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória**. Fascículos de Ciências Penais, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993. p. 26.

⁷³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

criminal. De modo que a execução da pena não poderia se condicionar a decisão terminativa da última instância e nem a mera interposição de algum recurso.

Seguindo essa tendência, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 267, afirmando que a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Assim, era automático o recolhimento à prisão do acusado condenado em acórdão proferido em segunda instância, mesmo diante da interposição dos recursos especial ou extraordinário.⁷⁴

Ainda sobre o tema, afirmam Santoro e Lucero, na obra *Lawfare Brasileiro* que “Esse entendimento implicava em que após a decisão condenatória ou confirmatória da condenação proferida em segunda instância, dar-se-ia início à execução antecipada da pena. Todavia, a execução antecipada da pena não tem natureza de prisão cautelar, portanto é uma prisão sancionatória, o que implica no reconhecimento da culpa antes do trânsito em julgado e colocava em xeque a sua constitucionalidade.”⁷⁵

Em vista disso, prevaleceu desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, até o ano de 2009 o entendimento jurisprudencial que tendia para o cabimento da execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, mesmo diante da não demonstração de requisitos legais que autorizassem a prisão preventiva do sujeito. Conforme jurisprudência a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO ESP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Recursos de natureza extraordinária (RE e REsp), por terem efeito apenas devolutivo, não sustentam a execução provisória da decisão condenatória. Precedentes. Recurso desprovido.⁷⁶

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 50

⁷⁵ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.p. 142.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79972. Relator: Nelson Jobim. São Paulo, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104062/false> >. Acesso em: 24 nov. 2022.

recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. Habeas corpus denegado.⁷⁷

Em contrapartida, inúmeros recursos apresentavam posições e entendimentos diferentes acerca da questão, entendendo que não seria possível executar antecipadamente a pena, em face de sua dissonância com a Carta Constitucional. De acordo com a jurisprudência abaixo:

HABEAS CORPUS” - MEDIDA LIMINAR DENEGADA, PELA PRESIDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE, EM DECISÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADA - INTERPOSIÇÃO, CONTRA REFERIDA DECISÃO, DE “AGRAVO REGIMENTAL” - INADMISSIBILIDADE - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO, MAS DEFERIDA, PARCIALMENTE, A ORDEM DE “HABEAS CORPUS”.⁷⁸

Curiosamente, as decisões monocráticas eram as que tendiam em sua maioria para suspender ou indeferir a execução provisória da pena. Ocorre que não era possível deixar essa incerteza acerca de qual tese o relator iria adotar no caso concreto, era necessária uma interpretação mais unânime acerca desses entendimentos.

3.6 O afastamento da vigência dos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal em 2008

Ainda como marca dos resquícios de autoritarismo presentes no período de construção do Código de Processo Penal, afirmava o artigo 594 do referido diploma que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.⁷⁹

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91675. Relator: Carmen Lúcia. Brasília. 07 de dezembro de 2007. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2091675%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true> >

⁷⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91830. Relator: Celso de Mello. Rio de Janeiro, 01 de abril de 2008. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253852/false> >. Acesso em: 24 nov. 2022.

⁷⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

Assim, o recolhimento à prisão era um pressuposto necessário para que o acusado pudesse interpor o recurso de apelação. Se mostrando claramente uma norma contrária a direitos e garantias individuais. O referido dispositivo é uma ofensa direta ao direito de ampla defesa, uma vez que impõe de maneira arbitrária e automática a prisão de indivíduo em face de sua vontade de apelar. Felizmente, com o advento da Lei 11.719/2008, uma das leis que provocaram a Reforma Processual Penal de 2008⁸⁰, o artigo 594 do Código de Processo Penal foi revogado, não sendo mais a prisão um requisito obrigatório para que o sujeito pudesse apelar.⁸¹

No mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça já tinha editado a súmula 347⁸² afirmando que “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. Tornando-se claro, portanto, a tendência dos tribunais superiores em reduzir do sistema jurídico normas contrárias aos preceitos constitucionais vigentes.

Outro dispositivo autoritário resultado de uma época onde a Carta Constitucional não ponderava acerca do princípio da presunção de inocência, era o artigo 595 do Código de Processo Penal. A norma afirmava que o réu condenado fugir depois de haver apelado, seria declarada deserta a apelação. Desse modo, o direito de defesa do acusado era cerceado, visto que diante de uma fuga, o sujeito se via impossibilitado de interpor recurso de apelação, sendo claramente incompatível com os preceitos constitucionais defendidos pelo ordenamento jurídico brasileiro moderno, uma vez que afrontava o sistema penal garantista e a própria Constituição Federal.

Ocorre que a Suprema Corte diante do julgamento da ação de Habeas Corpus nº 85.369⁸³, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, entendeu pela não recepção pela Constituição Federal do artigo 595 do Código de Processo Penal. Dentre os argumentos, entendeu o STF que o dispositivo contraria diretamente a garantia de ampla defesa, restringindo o direito do indivíduo de apelar, sendo óbvio pela leitura das normas constitucionais, que o indivíduo não pode ter sua liberdade violada para consagrar o direito a recorrer da sentença condenatória.

⁸⁰ Reforma que visou o fortalecimento do sistema acusatório, com reforço das garantias individuais do sujeito, revogando e alterando dispositivos que afrontam preceitos fundamentais básicos.

⁸¹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 141.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 347. Brasília, DF, 29 de abril de 2008.: Súmulas. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/issue/archive>. Acesso em: 17 nov. 2022.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 85.369. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ: 26 mar. 2009.

Essa decisão auxilia na compreensão de como dispositivos incompatíveis foram e vêm sendo revogados pelos tribunais superiores, sendo fundamental esse trabalho construído ao longo das últimas décadas para eliminar os resquícios de autoritarismos de diversas normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

3.7 A proibição da Execução Provisória da Pena em 2009

Apesar das alterações legislativas citadas anteriormente, a execução antecipada da pena ainda era permitida no sistema jurídico pátrio, muito em razão da vigência do artigo 637 do Código de Processo Penal, que não oferecia ao recurso extraordinário o efeito suspensivo, e assim dava margem para a execução provisória da pena logo após acórdão condenatório.

O Superior Tribunal de Justiça inclusive, consolidou esse entendimento em 2002, com a Súmula 267, onde afirmou que “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Levando a crer que foi admitido no sistema jurídico pátrio a execução provisória da pena, de modo a impor a verificação da culpa do acusado antes do devido trânsito em julgado, fato esse que mitiga e anula o princípio da presunção de não culpabilidade.

Em razão dessas circunstâncias, em 2009, o Plenário da Suprema Corte do país ao julgar a ação de Habeas Corpus nº 84.078, com relatoria do Ministro Eros Grau, por maioria de votos (7 a 4), passou a entender pela proibição da execução provisória da pena, alterando a posição dominante acerca do tema até então. A lógica foi invertida, de modo que STF inclinou-se para aceitar que a execução da sentença após o julgamento de acórdão condenatório implica diretamente no direito à ampla defesa do acusado. Segue ementa da decisão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente,

sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5o da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator - -- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (Habeas Corpus nº 84.078-MG, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, STF, por maioria, julgado em 5.2.2009, publicado no DJ em 26.2.2010).

Os seguintes Ministros votaram a favor da proibição da execução provisória da pena, seguindo o relator Ministro Eros Grau; Carlos Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski. Para justificar esse novo entendimento no sentido de ser inconstitucional a execução antecipada da pena foram apontados os seguintes argumentos: a) a Lei de Execução Penal, em seu artigo 105, expõe o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória como condição para execução da pena⁸⁴; b) a função da prisão cautelar é meramente processual, não sendo possível utilizá-la para antecipar a pretensão punitiva estatal, e a legislação infraconstitucional não a constitui como modalidade de prisão cautelar; c) o instituto da execução provisória da pena vai de encontro com os padrões democráticos que a Constituição Federal de 1988 propõe a construir.

Em contrapartida, os Ministros Carmem Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Menezes Direito foram contrários à proibição da execução antecipada da pena, empregando os seguintes fundamentos para defender a aplicação do instituto: a) o exame de matéria do fato se exaure nas instâncias ordinárias, não sendo cabível a sua averiguação nos recursos extraordinários; b) proibir a execução provisória da pena resultaria no reconhecimento do efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, de modo que a excepcionalidade desses recursos seria afastada, fragilizando sua aplicação; c) risco de aumentar a interposição de sucessivos e repetidos recursos, único e exclusivamente com o intuito protelatório, visando uma futura prescrição.

Sendo assim, com base na posição jurisprudencial exposto acima fruto do julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, ficou estabelecido o entendimento correto no sentido de não aplicação da execução provisória da pena, em face de sua inconstitucionalidade. De modo que a execução da pena estava vinculada ao trânsito em julgado da decisão condenatória, e somente poderia se decretar a prisão antes do trânsito em julgado a título cautelar, posição essa que perdurou por alguns anos.

3.8 Revogação do artigo 393 do CPP pela Lei 12.403 de 2011

Afirmava o artigo 393 do Código Processual Penal que:

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;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

⁸⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 143.

Nesse sentido, era um efeito automático da decisão condenatória a prisão do condenado, e não baseado em fatos e circunstâncias do caso concreto que indicasse que o acautelamento do sujeito era realmente necessário para a devida prossecução penal. Desse modo, era deliberante o entendimento da Suprema Corte pela denegação de pretensões de liberdade contra sentenças condenatórias que ainda não transitaram em julgado. Contudo, no ano de 2011, essa redação foi declarada inconstitucional, em razão da entrada em vigor da Lei nº 12.403.

A Lei nº 12.403 também alterou o artigo 283 que afirmava que a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. A nova redação dispunha do seguinte modo: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁸⁵

Assim, a legislação infraconstitucional passou a prever apenas quatro modalidades de prisão: a) prisão cautelar, dividida em prisão em flagrante, temporária e preventiva; b) prisão pena, que exige o devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória para sua decretação. Se adequando assim ao cenário democrático inaugurado pela Carta Magna.

Portanto, constata-se que a prisão antecipada da pena perdeu por completo seu amparo legal.⁸⁶

3.9 Reconhecimento do STF pela Execução Provisória da Pena antes do Trânsito em Julgado em 2016

Perdurou por alguns anos a posição que proibia o início da execução da condenação, a partir do exaurimento das instâncias ordinárias, em razão de sua clara inconstitucionalidade. Contudo, no caótico ano de 2016, muito em face de uma decisão política, a Suprema Corte no julgamento da ação de Habeas Corpus nº 126.292, modificou o entendimento de que não era viável o instituto da execução provisória da pena no sistema jurídico brasileiro. O plenário da

⁸⁵ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 140.

⁸⁶ *Ibid*, p. 144.

Suprema Corte, no dia 17 de fevereiro de 2016, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, teceu controverso entendimento acerca da execução provisória da pena, alterando novamente a opinião acerca da questão, que anteriormente condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

O Supremo Tribunal Federal julgou a ação de Habeas Corpus nº 126.292, cujo paciente foi condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, pelo delito de roubo majorado. Tendo interposto apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento o recurso, expedindo imediatamente mandado de prisão ao condenado, logo após, o acórdão condenatório, mesmo diante da ausência dos requisitos da prisão preventiva. Dessa forma, fez-se necessário a impetração do remédio constitucional para cessar a prisão arbitrária, que é uma afronta o princípio constitucional da não culpabilidade. Visava a defesa a liberdade do acusado enquanto não houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O paciente impetrou o Habeas Corpus 313.021/SP contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar, com a seguinte fundamentação:

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 (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.^a Min.^a 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 Relator⁸⁷.

O paciente alegou neste habeas corpus que a prisão foi decretada anos depois dele ter sido posto em liberdade, de forma que não houvesse motivação para tal ato, visto que não havia o devido preenchimento dos requisitos legais que autorizassem a prisão preventiva, e também não tinha ocorrido ainda o trânsito em julgado que justificasse a prisão pena.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n ° 313.021. Relatora: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 22 dez. 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=43422493&tipo=0&nreg=201403439093&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJedr=&dt=20150202&formato=PDF&salvar=false>

Contudo, o Presidente do Superior Tribunal Federal Ricardo Lewnadowski negou a concessão da ordem, revogando a liminar concedida nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP. A decisão teve a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016).

A vista disso, o julgamento da ação de Habeas Corpus nº 126.292 teve o relator o Ministro Teori Zavascki, com voto vencedor, seguido pelos ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso. Enquanto os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber votaram contra.

Entendeu o STF pela exequibilidade da pena após acórdão condenatório. Sendo fundamental para compreensão da mudança, averiguar brevemente os argumentos que levaram a tal posição.

O relator do Habeas Corpus, Ministro Teori Zavaschi sustentou em seu voto que a presunção de não culpabilidade tem sua atividade dominante até o acórdão proferido pelos tribunais de segunda instância para confirmar a condenação. De modo que a presunção de inocência atua predominantemente no momento de distribuição do ônus da prova, mas tem sua aplicação restringida a partir da sentença penal condenatória de primeiro grau, que já profere ali juízo de culpabilidade.⁸⁸

Assim, durante o julgamento os argumentos favoráveis a execução antecipada da pena pesou no seguinte sentido, em primeiro lugar, afirma-se que o exame de provas e fatos exaurissem nas instâncias ordinárias, onde ocorre inclusive a responsabilização criminal do indivíduo. Desse modo, não seria função dos recursos extraordinários discutir matéria fática

⁸⁸ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

probatória, por conseguinte, ocorreria a preclusão dessas matérias no tribunal de 2º grau, sendo assim, possível executar provisoriamente a pena de prisão.⁸⁹

Aduz também que diversos países ao redor do mundo instituem a execução antecipada da pena após a devida observância do duplo grau de jurisdição, como meio de promover efetivação da função jurisdicional penal.⁹⁰

Utiliza como argumento também o perigo de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado quando se pretende observar o devido trânsito em julgado para decretação da prisão. Aduz que assegurar o princípio da não culpabilidade representaria um risco, pois incentivaria a interposição de recursos protelatórios, comprometendo o devido andamento do processo criminal.

Em contrapartida, sustentaram contra a execução antecipada da pena, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. O fundamento principal desses votos foi baseado no artigo 5ª, LVII da Carta Constitucional, que institui o princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, a execução provisória inconstitucional, uma vez que afronta diretamente essa clausula pétrea estabelecida na Carta Magna.

O Ministro Celso de Mello já inicia seu voto exaltando o princípio da não culpabilidade que segundo o jurista representa uma notável conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.⁹¹ Ressalta ainda que a recusa ao referido princípio não é compatível com o padrão democrático estabelecido pela Constituição Federal, uma vez que ele é um fator de proteção e defesa das liberdades individuais, fatores cruciais para manutenção da supremacia da Constituição no país.

O Ministro compreende que o princípio da presunção de inocência abrange inclusive crimes considerados graves, devendo o sujeito ser tratado durante todo o processo como

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 51

⁹⁰ Ibid.,p. 146.

⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 10 de novembro de 2022

inocente. Assim advertia Rui Barbosa “Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas”.⁹².

Afirma ainda que é inadequado se basear na experiência de países estrangeiros em relação a execução provisória da pena, quando esses Estados não possuem a observância obrigatória da garantia constitucional do trânsito em julgado da sentença criminal. Na Alemanha, por exemplo os recursos aos tribunais superiores relativos a decisões de primeiro grau têm como requisito a prisão do réu para recorrer. Na Argentina, não há necessidade de aguardar o trânsito em julgado, a execução da pena é imediata, após a sentença de primeiro grau. Contudo, em Portugal o condenado em primeiro grau aguarda em liberdade, enquanto houverem recursos pendentes. Assim, não se mostra viável permitir a execução provisória da pena, instituto que claramente vai de encontro com preceitos fundamentais na nossa Constituição, com base no que outros ordenamentos jurídicos atuam.⁹³

Aduz também que o ônus probatório recai sobre o órgão acusatório, que de maneira relacionada, predomina no nosso ordenamento jurídico a presunção de inocência, que afasta do réu o dever de prová-la. Dessa forma, se mostra contrário a execução provisória da pena, por ferir diretamente a Constituição Federal, nas palavras do Ministro Celso de Mello:

Segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado.⁹⁴

⁹² “**Novos Discursos e Conferências**”, p. 75, 1933, Saraiva.

⁹³ OLIVEIRA, Marcelo. Como funciona a prisão em segunda instância em outros países? 17 out 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/17/como-e-a-prisao-em-segunda-instancia-em-outros-paises.htm>

⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 12 de novembro de 2022.

Ainda sobre o tema, o Aury Lopes Jr discorre em seu manual acerca da execução provisória da pena, utilizando os seguintes argumentos contra esse instituto: 1) A decisão proferida no HC 126.292 não possui caráter vinculante, tendo efeito interpartes, logo limita-se apenas ao caso concreto; 2) no ordenamento jurídico brasileiro houve a adoção da culpabilidade normativa, assim, apenas com o devido trânsito em julgado da decisão condenatória é que se pode comprovar legalmente a culpa; 3) em relação aos recursos de caráter extraordinário, ressalta o autor que eles em nada altera o conceito do trânsito em julgado, que continua sendo o marco final do processo; 4) a ausência de efeito suspensivo dos recursos de caráter extraordinário não possui relação de prejudicialidade com o conceito de trânsito em julgado, marco final exigido pela Carta Magna para fim da presunção de inocência; 5) a Suprema Corte não enfrentou a questão da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, logo não poderia simplesmente deixar de aplicar o dispositivo.⁹⁵

Lamentavelmente, restou o entendimento pela Suprema Corte na direção de permitir a execução provisória da pena em razão de acordo penal condenatório.⁹⁶ No entanto, ainda no ano de 2016, como resposta ao julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, o Partido Ecológico Nacional (PEN) inconformado com a mudança de entendimento, propôs a ação declaratória de constitucionalidade nº 43, com o objetivo de que o Supremo Tribunal Federal declarasse a constitucionalidade ao artigo 283 do Código de Processo Penal. Requerendo a concessão de medida cautelar para que houvesse a suspensão das execuções provisórias em curso, e que não fossem deflagradas novas execuções provisórias até o julgamento da ação. Uma vez que, a execução provisória da pena só seria possível mediante a declaração de inconstitucionalidade ao artigo 283 do Código de Processo Penal.⁹⁷

Junto a isso, o Conselho Federal Ordem dos Advogados do Brasil propôs também a ação declaratória de constitucionalidade nº 44, com o mesmo objetivo, e visando a medida cautelar de suspensão da execução antecipada da pena em determinados casos.⁹⁸ Contudo, durante o julgamento das liminares, os Ministros, por maioria, entenderam pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP, ocorre que em contradição, se posicionaram pela possibilidade de execução

⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1348.

⁹⁶ PINTO, Felipe Martins, **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

⁹⁷ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 147

antecipada da pena, indeferindo, portanto, os pedidos, e dando seguimento a execução provisória da pena, sob o fundamento de que as decisões judiciais que não fossem impugnáveis por aqueles recursos dotados de efeito suspensivo deveriam ter eficácia imediata, permitindo dessa forma, a prisão automática. Segue voto do relator Ministro Marco Aurélio:

Posto isso, voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. De consequência, indefiro a cautelar requerida.

Ambas as ADC'S⁹⁹ visavam a eliminação da controvérsia estabelecida com a decisão proferida no Habeas Corpus 126.292, que admitiu a execução antecipada da pena.

As divergências acerca dos entendimentos da execução provisória continuavam a surgir. Em 28 de setembro de 2017, o Ministro Celso de Melo, atuando como relator do Habeas Corpus nº 147. 452. MG entendeu pela suspensão da execução provisória da pena do paciente Ladir Ferreira da Silva. O ministro durante o voto proferiu diversas críticas ao instituto, que ele considera uma afronta clara e direta a Constituição Federal.

Em 2018, o Partido Comunista do Brasil propôs a ação declaratória de constitucionalidade nº 54, com o propósito de obter a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código Processual Penal. E mais, requereu liminarmente a revogação de todas as prisões automáticas decorrentes de acórdão condenatório de 2ª instância, enquanto a ADC não fosse julgada. O Relator Ministro Marco Aurélio, decidiu monocraticamente pelo deferimento da referida liminar. Contudo, o Presidente da Suprema Corte, Ministro Dias Toffoli suspendeu a decisão.

Desse modo, levando em consideração a identidade de objeto, a Suprema Corte no dia 12 de novembro de 2019, realizou um julgamento conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

⁹⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade é uma ação constitucional, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 3/93, cujo objetivo é obter a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

3.10 Julgamento das ADC's 43, 44 e 54 no ano de 2019

Em 2019, Supremo Tribunal Federal decidiu acerca das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, relativas ao artigo 283 do CPP. Vejamos tal artigo: “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”.¹⁰⁰

É nítido que o referido artigo Código de Processo Penal traz em seu texto apenas quatro modalidades de prisão: (1) execução de pena, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (prisão pena); (2) cautelar, que se divide em prisão, preventiva, temporária e flagrante. Dessa forma, o instituto da execução provisória da pena não encontra base legal para operar no ordenamento jurídico brasileiro.

Entendeu, portanto, a Suprema Corte que o dispositivo acima é compatível com os parâmetros constitucionais, e conseqüentemente consagrou o entendimento que não autoriza a prisão para execução antecipada de sentença condenatória recorrível. Uma vez que o artigo 5º, LVII, da Carta Magna, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”, consagra o princípio constitucional da presunção de inocência.¹⁰¹

Na decisão, sustenta o Relator Ministro Marco Aurélio que:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva.

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito

¹⁰⁰ Decreto-Lei nº 3.689/41. Institui o código de processo penal. Legislação Federal e marginalia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

¹⁰¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei no 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Carta da República, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo no julgamento do habeas corpus no 84.078, relator o ministro Eros Grau, encerrado em 5 de fevereiro de 2009, segundo a qual “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento adotado na apreciação do habeas de no 126.292: passados 7 anos, e não apenas 2, reverteu-se a óptica que embasou a reforma do Código de Processo Penal. Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou.

Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania.

Por sinal, o Ministro Marco Aurélio também se mostrou contrário a execução antecipada da pena durante a ação de Habeas Corpus nº 126.292, a qual permitiu a aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Sustentando seu entendimento de maneira brilhante:

Peço vênias para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.¹⁰²

Por conseguinte, proferiu o Ministro no sentido de procedência da ação declaratória, entendendo, portanto, pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, consequentemente, coibindo a aplicação da execução provisória da pena.

Desse modo, a prisão só poderia ser decretada em caso de flagrante ou por ordem judicial fundamentada, conforme prevê o artigo 283 do CPP, não havendo base legal para a aplicação do instituto da execução provisória da pena, posto que não consta como uma das possibilidades elencadas dispositivo processual citado.

Dando continuidade, os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber acompanharam o voto do relator, se posicionando contrários a

¹⁰² Habeas Corpus nº 126.292, STF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13.5.2016, publicado no DJ em 17.5.2016, Página 79.

execução antecipada da pena, por compreender que o referido instituto ofende o princípio constitucional da não culpabilidade.

Em contrapartida, os Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso ficaram derrotados. Eles deram seus votos em sentido favorável a permitir o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Entendendo, portanto, ser constitucional o instituto da execução provisória da pena.¹⁰³

O Ministro Alexandre de Moraes mencionou em seu voto que na história da Suprema Corte, a maioria dos ministros se posicionaram no sentido de permitir a execução provisória da pena. Utilizando também o argumento de que não se poderia permitir que o cumprimento da ordem de prisão dependesse do trânsito em julgado, posto que comprometeria a eficácia jurisdicional, e aumentaria o risco de ocorrência do fenômeno da prescrição punitiva do Estado.

Afirmou a Ministra Carmen Lúcia em seu voto que “A eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade.” Entendendo assim, que era possível a decretação da prisão após acórdão condenatório proferido em grau de apelação.

Também divergindo do relator, o Ministro Edson Fachin votou a favor da prisão em 2ª instância, declarando que essa deveria ser a regra do processo criminal. Conclui pela inconstitucionalidade da interpretação do art. 283 do CPP, no ponto que requer o trânsito em julgado para fins de início da execução penal. Reforçando que a execução provisória da pena é compatível com a Constituição quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Acompanhando os votos divergentes do relator, defendeu o Ministro Luiz Fux pela compatibilidade da execução antecipada da pena com a Carta Constitucional, afirma que “O que a Constituição quer dizer é: até o trânsito em julgado, o réu tem condições de provar sua

¹⁰³ STF suspende julgamento com 4 votos a favor e 3 contra prisão após condenação em 2ª instância <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428003&ori=1>

inocência. À medida que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada. Há uma gradação.” Com esses dizeres, Fux fundamenta seu voto a favor da prisão após condenação em segunda instância. E ainda afirma que o art. 283 do CPP não institui o trânsito em julgado como parâmetro exclusivo para fins de decretação da prisão pena.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por fim, defendeu que a Carta Constitucional não exige o trânsito em julgado para dar início a execução da pena, arguindo que o instituto da execução provisória da pena produziu ao longo dos anos relevantes resultados, provocando uma efetividade na função jurisdicional. O Ministro para fundamentar seu voto, ainda trouxe históricos dos índices de encarceramento, alegando que desde o ano de 2016, quando o STF decidiu pela possibilidade de prisão em razão de acórdão de 2ª instância, os índices carcerários reduziram.¹⁰⁴

Assim, o julgamento das ADC’S atestou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, e por conseguinte, afastou a possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância, pois ainda não restaria a decisão transitada em julgado.

¹⁰⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. P. 148.

CONCLUSÃO

Claramente ainda há muito o que se discutir acerca da execução provisória da pena, instituto esse que ao ser permitido pelos tribunais superiores de atuar no sistema judicial brasileiro se apresenta como uma aberração jurídica, totalmente de encontro aos preceitos estipulados pela Carta Constitucional de 1988.

De certa maneira, ficou demonstrado que impera ainda no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no campo do direito criminal, uma base, infelizmente, ainda muito sólida de ideais autoritários e contrários ao sistema garantista vigente. Há sim uma tendência contemporânea de debates e mudanças desse cenário. Porém, caminham a delicados e lentos passos, que delongam e impedem a promoção de direitos fundamentais ao cidadão.

Assim, o presente trabalho que nasceu de uma análise de que mesmo no atual estado democrático de direito, ainda existe inúmeros dispositivos e entendimentos que vão de encontro com preceitos e garantias fundamentais ao indivíduo, buscou abordar a questão da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, sob a ótica do princípio da presunção de inocência. Posto que, realizar uma análise da execução provisória da pena, requer, antes de mais nada, explorar o princípio da não culpabilidade, que possui ligação direta com o instituto.

À vista disso, a temática deste trabalho buscou analisar detalhadamente três pontos cruciais: o princípio da presunção de inocência, as modalidades de prisão permitidas no ordenamento jurídico brasileiro e o instituto da presunção de inocência. Foi demonstrado assim, como tese central deste trabalho, como a permissão da execução provisória da pena afronta os ideais democráticos defendidos pela Constituição Federal. Uma vez que fere diretamente o princípio constitucional da não culpabilidade, e por ser um instituto que não possui base legal para funcionar, pois conforme exposto anteriormente, o artigo 283¹⁰⁵ do CPP institui apenas 4 modalidades de prisão, não sendo a execução antecipada da pena uma delas.¹⁰⁶

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 144.

Na medida que a legislação infraconstitucional não dispõe acerca dessa espécie de prisão, não tendo, portanto, base legal. E principalmente, pois a Constituição Federal assegura em seu livro o postulado da presunção de inocência, de forma que a execução provisória se mostra um instituto completamente incompatível com o que o referido princípio defende.

Portanto, resta inadmissível que no atual momento de ativismo judicial, os Tribunais Superiores ofereçam uma outra interpretação ao princípio da presunção de inocência, de modo a ignorar a literalidade do dispositivo constitucional, e pôr em risco um dos mais importantes direitos fundamentais: a liberdade.

A presunção de inocência se apresenta como uma cláusula pétrea, sendo posta como garantia individual fundamental. Assim, para que exista o devido trâmite processual, faz-se necessário a presença desse postulado no ordenamento jurídico. Sendo inadmissível seu afastamento, é inconcebível que no estado democrático de direito que habitamos, o Estado prive de liberdade um indivíduo, que não preenche os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, antes do devido trânsito em julgado de decisão condenatória. É um claro retrocesso perante as duras conquistas derivadas da Constituição Federal de 1988, que presencia o fenômeno da mitigação de princípios e normas constitucionais.

Além desse contorno, a presunção de inocência atua como fonte de limitação do poder punitivo estatal, de forma, a evitar abusos e arbitrariedades do poder público, que limitem e reduzam direitos e garantias individuais.¹⁰⁷

Dessa forma, defender o princípio da não culpabilidade e afastar a execução provisória da pena nada mais é do que defender a Constituição e seus dizeres. E tomar posição diversa é algo custoso a nossa democracia. Assim, resta demonstrado que a execução provisória da pena afeta diretamente os pilares democráticos nos quais a Constituição Federal se assenta.

¹⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8ªed. Salvador: JusPodium. 2020. Pág. 47.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 3ª ed, ver. Atual e amp: São Paulo, RT. 2015.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **O trânsito em julgado da sentença criminal condenatória**. Fascículos de Ciências Penais, São Paulo, v. 6, n. 4, p. 25-29, out./dez. 1993.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 29. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 79.972**. Relator: Nelson Jobim. São Paulo, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104062/false> 7>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078/MG**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.2009. DJe de 26.2.2010. p. 1143.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n ° 85.369**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ: 26 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 90.645**. Relator: Marco Aurélio. Pernambuco, 11 de setembro de 2007b. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur4681/false> >. Acesso em: 24 nov. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.830**. Relator: Celso de Mello. Rio de Janeiro, 01 de abril de 2008. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253852/false> >. Acesso em: 24 nov. 2022

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n ° 313.021**. Relatora: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 22 dez. 2014. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=43422493&tipo=0&nreg=201403439093&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150202&formato=PDF&salvar=falso>
e

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula 9**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2005_1_capSumula9.pdf

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº25**. 23 de dezembro de 2009. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1268>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 347**. Brasília, DF, 29 de abril de 2008. In :Súmulas. Brasília, DF, 2008. Disponível em:<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Sml/issue/archive>.

BECCARIA, César. **Dos Delitos e das Penas**. Editora Ridendo Castigat Mores. 1764.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** cit..

_____. **Código de Processo Penal interpretado**, cit., 5. ed., 1997.f

FENOLI, Jordi Nieva. **La razón de ser de la presunción de inocencia**. In: InDret. Barcelona, v.01, p.1-23, jan.2016. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/305701> Acesso em: 18 nov. 2022

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/17/como-e-a-prisao-em-segunda-instancia-em-outros-paises.htm>

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-in-constitucionalidade-da-prisao-temporaria/>

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des) razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**/Aury Lopes Jr.–16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e liberdade**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Novos Discursos e Conferências**, 1933, Saraiva

NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

PINTO, Felipe Martins, **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**, Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2ª ed. rev. e atual. Natal, Owl, 2015.