



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FACE À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS ALTERNÂNCIAS DE ENTENDIMENTO DO STF

Petronilho Lima Carneiro

Graduado pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, Advogado.

Resumo – A possibilidade de prisão do acusado antes da ocorrência do trânsito em julgado é tema controverso no ambiente jurídico-acadêmico, notadamente pelo fato de que, se, para alguns, tal ocorrência feriria o princípio de não-culpabilidade por afronta ao texto normativo constitucional, para outros, o início da execução da pena seria plenamente válido, funcionando como elemento indispensável à garantia da efetividade da Lei Penal. A tônica da discussão do tema reside, sobretudo, no alcance da aplicabilidade da presunção de inocência, sua abrangência e limites. Diante desse contexto, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira tem sofrido diversas alternâncias de entendimento, ora entendendo como possível a prisão em segunda instância, ora imputando inconstitucionalidade a tal prática. Fato é que, a partir do advento da CRFB/88, o tema ainda não é pacífico; dessa forma, gerando muita expectativa toda vez em que é revisitado pelo STF.

Palavras-chave – Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Entendimentos do STF. Constitucionalidade. Trânsito em julgado. Não-culpabilidade

Sumário – Introdução. 1. O princípio da presunção de inocência: abrangência e limites. 2. A (in)constitucionalidade da prisão antes da ocorrência do trânsito em julgado. 3. Evolução histórica da jurisprudência do STF acerca da execução provisória da pena a partir da CRFB/1988. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende discutir a constitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de processo judicial. Visa-se demonstrar a postura da Suprema Corte brasileira no enfrentamento dessa questão nos últimos anos, bem como evidenciar os impactos jurídicos e sociais causados por sua constante mudança de entendimento acerca do tema, sobretudo, em casos de grande evidência.

Para embasar essa problemática o trabalho traz calorosas divergências doutrinárias em que o princípio da presunção de inocência, por um lado, se impõe como direito fundamental à dignidade da pessoa humana, e por outro, é confrontado pela pretensão punitiva do Estado.

O tema denota extrema relevância jurídica em virtude do apelo que possui todas as vezes em que é objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. O placar das decisões dos ministros do STF a respeito do tema, comumente “estrito”, traz a sensação de insegurança



jurídica diante de possível mudança de entendimento em decisões futuras, o que impede que o tema se torne pacífico e sedimentado na jurisprudência nacional.

O primeiro capítulo busca analisar amplamente o princípio da presunção de inocência e estabelecer os seus limites, trazendo à tona o seguinte questionamento: até que ponto o esgotamento das instâncias recursais e a impossibilidade de prisão senão após o trânsito em julgado, se revela legítimo exercício de direito à ampla defesa?

Adiante, o segundo capítulo versa sobre as constantes mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema e os consequentes impactos jurídicos e sociais causados.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa se dedica a expor argumentos favoráveis e contra o início da execução da pena, antes da ocorrência de trânsito em julgado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende chegar a uma conclusão sobre o conflito em questão, utilizando-se de dados a partir de pesquisa bibliográfica de material publicado, composto de livros e material disponibilizado na internet.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ABRANGÊNCIA E LIMITES

O estado de inocência tem por base solidificada nos postulados jurídicos, filosóficos, doutrinários e políticos do Iluminismo e se revela importantíssima conquista histórica dos cidadãos em sua constante luta contra os abusos do Estado. O marco legal de seu surgimento advém da previsão expressa do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

Mais tarde, outra conquista legislativa no sentido de reconhecimento do princípio da não-culpabilidade ganhou notoriedade na Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, como reação aos abusos cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas cometidos durante o período da Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto de pós-guerra, como resposta as barbáries cometidas pouco tempo antes, e a partir de uma necessidade mundial de afirmação dos direitos fundamentais do ser



humano, a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, trouxe em seu texto, especificamente no artigo 11 uma importante exposição sobre o direito de inocência do indivíduo perante o Estado.

Estabelece esse dispositivo que todo ser humano acusado de crime, sem exceção, possui direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento no qual lhe tenham assegurado todas as garantias necessárias à sua defesa.

A partir de então, movimentos legislativos em diversas partes do mundo testemunharam o fortalecimento do postulado da presunção de inocência, que também se mostrou presente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, art. 8º, item 2, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 678/92), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 592/92.

Beccaria¹, inspirado pelo movimento iluminista, em 1764, afirmava que um homem não poderia ser considerado culpado antes da sentença do juiz. Além disso, a sociedade apenas lhe poderia retirar a proteção Estatal depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Nesse sentido, não se pode aplicar uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.

Para Pacelli², a Constituição brasileira não só presume a inocência do acusado, mas a afirma como valor a ser protegido por toda a persecução penal.

Nas lições de Fábio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos³, todavia, tal princípio não possui terminologia adequada, atribuindo melhor denominação como princípio da não-culpabilidade, uma vez que a Magna Carta, segundo eles, não presume a inocência, e

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 37.

² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 497.

³ BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. *Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.



sim declara que ninguém será considerado culpado, antes de sentença condenatória transitada em julgado.

O princípio do estado de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88, o qual dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Tratado como cláusula pétrea pelo legislador Constituinte Originário de acordo com o art. 60 §4º, inciso IV da CF, desdobra-se em três aspectos importantes: (I) instrução (o ônus da prova incumbe à acusação); (II) valoração (em benefício do acusado - *in dubio pro reo*); (III) excepcionalidade da prisão⁴.

O texto normativo da Carta Constitucional de 1988 evidencia caráter extremamente protetivo aos direitos de liberdade e inocência do ser humano, não só os reconhecendo recorrentemente em diversos dispositivos, como também, lhes conferindo status de direitos fundamentais.

Neste sentido, merecem destaques uma série de garantias esposadas no art. 5º da CRFB/88 conferidas ao ser humano como desdobramentos do postulado da presunção de inocência, como por exemplo os mandamentos de que ninguém será privado de liberdade ou seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV) e que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII).

A Carta Maior ainda prevê que 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 (inciso LXI), além de esclarecer que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inciso LXV) e que ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVI);

A conjugação sistemática de todos esses dispositivos que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, denota que a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória⁵, sendo inegável que o legislador previu como regra a preponderância da inocência do indivíduo em detrimento da possibilidade de restrição de sua liberdade.

Há de se ressaltar, entretanto, que esse princípio, assim como todos os demais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluto, e a sua essência implica especificamente na

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 94.

⁵ CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. São Paulo, 2015. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-05022016-090727/pt-br.php>>. Acesso em: 01 mai. 2021.



necessidade de comprovação da culpa na forma da lei. Desse modo, pertinente é a constatação de que em nenhum dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, há previsão expressa da exigência de que a inocência somente possa ser afastada por meio do trânsito em julgado.

A presunção de inocência requer, na verdade, em caso de condenação, que essa tenha sido alcançada com o estrito respeito ao sistema acusatório, ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o princípio traz em si uma presunção e não uma certeza.

Gilmar Mendes⁶ esclarece que, apesar de a Constituição estabelecer que ninguém deverá ser considerado culpado, não há uma delimitação precisa do que seria esse tratamento, o que, em sua reflexão, dependeria de uma atuação do legislador. Ele aponta igualmente que, a previsão constitucional não impede um tratamento tanto mais gravoso quanto mais afirmada a culpa do acusado, ressaltando que o regulamento legal opera nesse sentido.

Embora a literalidade da redação constitucional adotada aqui no Brasil possa levar à conclusão de que a execução provisória da pena estaria vedada, impende-se destacar que a interpretação meramente literal reduz a efetividade do sistema, atravanca o seu funcionamento operacional e impede a efetividade de outros princípios. Portanto, é salutar que se privilegie uma interpretação sistemática.

Dentro de um cenário de um processo penal acusatório, portanto, não se mostra absurdo defender que após a imputação de responsabilidade penal por meio de um devido processo legal desenvolvido com a observância das garantias (constitucionais) do sistema acusatório, permita-se a execução da pena imposta e revista no segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento.

Destarte, há que se ponderar se há razoabilidade na preservação quase que absoluta do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, em sacrifício de tantos outros, igualmente reconhecidos pela Lei Maior de 1988, como o da efetividade de Lei Penal, bem como todo o sistema de a estrutura de órgãos de persecução penal previsto em seu texto, que tem a finalidade correccional de seus órgãos prejudicada em homenagem ao prestígio exacerbado de um postulado.

Nesse sentido, corrobora as lições de Bitencourt⁷, que ensina a necessidade da correção do argumento de que a execução provisória da pena importe em um “jogar no lixo” dos “direitos assegurados a todo cidadão brasileiro que responde a um processo criminal”.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 457.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.



Sendo assim, impõe-se necessária a instituição de limites ao princípio da presunção de inocência, relativizando-o, sob pena de tornar ineficaz o próprio sistema processual penal como instrumento hábil à punição Estatal.

2. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ANTES DA OCORRÊNCIA DO TRÂNSITO EM JUGADO

A discussão acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena provoca no meio jurídico um verdadeiro campo de batalha.

Para doutrinadores como os eminentes Nestor Távora e Afrânio Silva⁸ não pode ocorrer a prisão antes do trânsito de sentença penal condenatória pelo fato de que ninguém pode ser considerado culpado. Acrescentam que a admissão da execução da pena em momento anterior ao da formação da coisa julgada, fundamentada em eficiência do sistema penal e ou em confirmação de condenação em outro tribunal, afronta não só a CRFB/88, como também colide no art. 283, do CPP.

No mesmo sentido Aury Lopes⁹ consigna que a execução provisória da pena nada mais é do que a antecipação do tratamento de culpado ao réu durante a persecução criminal. Salienta ainda que a fase recursal é fase processual, motivo pelo qual a presunção de inocência não pode ser afastada enquanto houver possibilidade recursal, do contrário, se atribui ao réu condição análoga a de culpado.

Acerca do tema, José Afonso da Silva¹⁰ preleciona que o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado afronta a ordem normativa constitucional, de modo que é inadmissível o órgão guardião da Constituição emitir decisão que permita tal fato, tendo em vista o tamanho grau de confronto com a CRFB/88.

O Ministro Marco Aurélio¹¹ em seu voto no julgamento do habeas corpus nº 126.292, exemplifica em sua análise do caso concreto, sua preocupação com a execução provisória da pena, consubstanciada no caso de uma pessoa inocente ser levada a cárcere e posteriormente venha a ser posta em liberdade. Nesse caso, não mais seria possível devolver a liberdade ao indivíduo que lhe foi tirada precocemente.

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 70.

⁹ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 15.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Parecer Jurídico, anexado ao HC 152.752*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 out. 2021.

Na mesma ocasião se posicionou o Ministro Celso de Melo¹² de sentido de afirmar que a presunção de inocência não vai se esgotando ao passo que os recursos defensivos são utilizados. É dizer, o marco temporal para a desconsideração do princípio da não culpabilidade é o trânsito em julgado, não havendo, portanto, um esvaziamento paulatino da presunção de inocência.

Como demonstração da importância do princípio positivado no art. 5º, LVII da CRFB, José Afonso da Silva¹³ aduz que nem mesmo o poder constituinte derivado poderia alterar essa norma, uma vez que tal norma goza de caráter absoluto, eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Noutro giro, tem-se a favor da tese que pugna pela constitucionalidade da execução provisória da pena o fato de que a prisão ocorrida após acórdão proferido em segunda instância, atende plenamente ao art. 5º LVI que prevê a necessidade de ordem escrita e fundamentada por autoridade competente para a sua ocorrência.

Nesse sentido, O Ministro Luís Roberto Barroso¹⁴ em seu voto no habeas corpus nº 126.292, aduz que o pressuposto para a execução da pena não é o trânsito e julgado de decisão, mas sim a ordem fundamentada de autoridade judicial competente.

Desse modo, tem-se que, após o exaurimento acerca do conteúdo fático e probatório de determinado caso em concreto, havendo sucessivas condenações em diferentes instâncias à luz do duplo grau de jurisdição, poderia ser iniciada a execução da pena caso haja o esgotamento dos recursos em sede de segunda instância.

Esse raciocínio decorre da lógica sistemática recursal tanto do Recurso Especial, quanto do Recurso Extraordinário, por possuírem apenas efeito devolutivo, sem contar no fato de poder discutir matéria de fato e de provas.

Além disso, ressalta-se que a própria função dos Tribunais Superiores, que é de uniformização jurisprudencial, justifica a constitucionalidade da execução provisória da pena, uma vez que esses não devem fazer as vezes de uma instância ordinária. Prova cabal dessa lógica, é a necessidade prévia de repercussão geral da matéria para que o tribunal superior avalie o caso concreto, o que evidencia que esses tribunais não se prestam ao julgamento de matérias de *inter partes*, mas de interesse da coletividade.

Além do exposto, pesa a favor da defesa da constitucionalidade da execução provisória da pena o seguinte, uma vez existindo a possibilidade de um indivíduo ser preso cautelarmente,

¹² BRASIL, op. cit., nota 18.

¹³ SILVA, op. cit, p. 9.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 out. 2021.



sem que haja sentença penal condenatória, estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, não haveria motivo que justificasse a vedação da prisão em segunda instância, já que nesse momento, os fatos e as provas já teriam sido apreciados pela primeira instância e confirmados por um tribunal.

Noutras palavras, de um lado tem-se a permissão para prender alguém antes mesmo do regular desencadeamento do processo de primeiro grau, enquanto, por outro lado, não se pode realizar o recolhimento do indivíduo no caso de os fatos e as provas, duplamente avaliadas pelo judiciário, condenarem o réu.

Além disso, defende-se que a impossibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado acaba por beneficiar o réu que, por meio do intrincado e completo sistema jurisdicional recursal adotado no Brasil, acaba tendo a sua conduta alcançada pelo instituto da prescrição da pretensão punitiva estatal, se furtando muitas vezes do cumprimento de pena de crime hediondo indubitavelmente por ele cometido.

Se de um lado tem-se o princípio da presunção de inocência como norma Constitucional impositiva, do outro, deve ser sopesado o interesse Constitucional na efetividade da Lei Penal no sentido de regular as condutas sociais. Nesse sentido, ambos os valores possuem escopo constitucional de modo que devem procurar, conjuntamente, a sua coexistência.

Toda a sistemática penal não pode ser completamente esvaziada em homenagem a um princípio que, assim como todos os outros, não é absoluto. Frise-se que a aplicação efetiva da pena cumpre papel inestimável na sociedade, colaborando com a sensação de paz, prevenindo delitos e desestimulando a sua prática.

Portanto, a quem entende constitucional a execução provisória da pena, impende destacar a necessidade de ponderação entre tais valores axiológicos, de modo a se identificar substancial redução de valor à presunção de inocência ao passo em que a persecução criminal se desencadeia e as condenações ocorrem em diferentes graus de jurisdição.

Nesse diapasão, acerca dos institutos recursais tem-se que o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não possuem o condão de revisitar provas e fatos, de modo que se possam rever as condenações. Ao contrário, tais institutos se dirigem a causas já decididas em única ou última instância, conforme se extrai do art. 102, III e 105, III da CRFB/88.

Sustenta-se, ainda, que considerar inconstitucional a execução provisória, seria autêntica transformação dos tribunais superiores em instâncias ordinárias, uma vez que um condenado em segunda instância, ciente da possibilidade e da necessidade de recorrer da decisão para não ser preso, fatalmente irá se valer dos recursos de todas as formas, inclusive de maneira protelatória, para tentar alcançar a prescrição da pretensão punitiva.



É fato a predominância doutrinária no sentido de atribuir caráter inconstitucional ao início da execução da pena antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, por força normativa da CRFB/88, todavia, diante dos argumentos expostos, demonstra-se o quão o tema desperta pontos de vista distintos.

Não por acaso é assunto provocador de constantes mudanças de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA CRFB/1988

A temática foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal pouco tempo após a promulgação da Constituição Cidadã vigente, mais precisamente no ano de 1991.¹⁵ Nessa ocasião, por meio do julgamento do habeas corpus nº 68.726-DF, o STF firmou entendimento no sentido de reconhecer a possibilidade de ser iniciada à execução provisória da pena logo após a confirmação, em segundo grau, da sentença condenatória do juízo de piso¹⁶, *in verbs*:

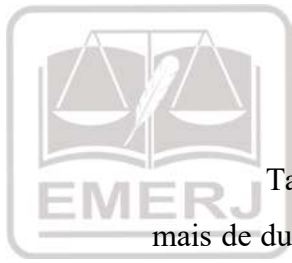
HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. não conflita com o art. 5, inciso lvii, da constituição. de acordo com o par.2 do art. 27. da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelará em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (BRASIL, 1992, STF, HC: 68726/DF).

Nesse diapasão, o cenário do Judiciário à época era de plena aplicação da execução provisória porquanto houvesse pendência de interposição de recurso defensivo de apelação. Isso ocorria, sobretudo, em virtude de expressa autorização de condenação antecipada por parte do art. 637 do Código de Processo Penal, que prevê em sua redação a ausência de efeito suspensivo em relação aos Recursos Especial e Extraordinário.

Assim, não haveria necessidade de espera do trânsito em julgado para da sentença penal condenatória para que um réu fosse levado à prisão.

¹⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 842.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.726/DF*. DJe: 20/11/1992. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>>. Acesso em: 01 jul. 2021.



Tal posicionamento sedimentou-se na jurisprudência da Suprema Corte por um pouco mais de duas décadas desde a inauguração da nova ordem constitucional, até que, em 2009, a partir do julgamento do habeas corpus nº 84.078/MG, houve radical mudança no entendimento da casa.¹⁷

Fixou-se por meio do julgamento do Pleno do STF que haveria inconstitucionalidade no instituto da execução provisória da pena, tese essa construída pelo Ministro e relator do processo Eros Grau¹⁸, enfatizando que o desejo de vingança daqueles que são a favor da execução provisória da pena, os tornam delinquentes.

O Ministro fundamentou seu entendimento na Lei de Execuções Penais que, além de norma tida como mais harmoniosa em relação texto constitucional, também era lei mais nova em detrimento do Código de Processo Penal e seu art. 637.

Ademais, defendera que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória só poderia ser decretada, se fundamentada e diante de uma das hipóteses de prisão cautelar.¹⁹

Por conseguinte, ressaltou em sua tese que o princípio da não-culpabilidade alcançava todas as fases processuais, inclusive recursais de natureza extraordinária, motivo porque não deveria ser afastado em quaisquer graus de jurisdição.

Impende significativa importância trazer à baila a ementa da referida decisão:

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". [...] 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. [...] 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. (HC 84078, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP0104.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. V. Único. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2016, p. 1250.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. DJe: 05/02/2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.534.



Sete anos após a mudança de posicionamento do STF no sentido da impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, em 2016 o tema foi revisitado e atraiu para si os holofotes midiáticos.

A Corte Constitucional brasileira, por meio do julgamento do habeas corpus nº 126.292, cujo paciente foi o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e o relator foi o Ministro Teori Zavascki²⁰, fixou o entendimento anterior, retomando a possibilidade de execução provisória da pena, nos termos da ementa a seguir *in verbs*:

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.

Tal julgamento alterou o entendimento acerca da execução provisória da pena, por sete votos a quatro. Os Ministros Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármem Lúcia e Gilmar Mendes votaram a favor da execução provisória da pena. Em sentido contrário votaram os Ministros Rosa Webber, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

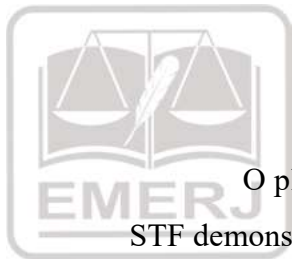
Fato é que em 2019 o tema foi reacendido aos debates no meio jurídico por meio de revisão do tema por parte do STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54²¹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se discutiam a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Como fica evidenciado, o tema é constantemente objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, que ao longo do tempo modificou o seu entendimento por diversas vezes, não tendo conseguido pacificar um posicionamento por um período significativo de tempo.

As recorrentes modificações de entendimento acerca da possibilidade ou não de iniciar-se provisoriamente a execução da pena acaba por acarretar instabilidade jurídica aos operadores do direito, além do fato de aparentar excessiva volatilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 964.246/SP*. DJe: 11/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 01 jul. 2021.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 54*. DJe: 07/11/2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/deciso-es-229725616>. Acesso em: 01 jul. 2021.



O placar ajustado na maioria das vezes em que o assunto é analisado pelo plenário do STF demonstra o equilíbrio de opiniões dos Ministros da casa, não sendo difícil imaginar que a partir de nomeações de próximos Ministros, o tema seja entendido novamente de maneira diversa pela Suprema Corte.

Toda essa conjuntura traz a sensação de que a qualquer momento, a possibilidade de prisão em segunda instância será revisitada, motivo que leva à conclusão que este é um instituto jurídico atualíssimo no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A partir do estudo desenvolvido nota-se o caloroso confronto doutrinário que rodeia a execução provisória da pena de prisão diante do princípio da presunção de inocência, bem como a dificultosa sedimentação de entendimento jurisprudencial acerca do assunto.

Por um lado, majoritariamente é defendido que não se pode olvidar a valoração do referido princípio, já que o próprio ordenamento jurídico pátrio optou por atribuir-lhe status constitucional.

Desse modo, ao analisarmos tal postulado no contexto do surgimento dos direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo do tempo pela sociedade, a aplicação de qualquer medida ou instituto jurídico que toque a “soberania” da presunção de inocência, é e sempre será alvo de apontamento de inconstitucionalidade.

Por outro lado, sabe-se que nenhum direito é absoluto, sendo assim, a despeito da relevância inexoravelmente valiosa do postulado da presunção de não-culpabilidade para a sedimentação dos direitos dos povos de todo o mundo, é necessário se fazer a ponderação de interesses e o sopesamento de direitos e princípios diante de cada caso em concreto.

Essa ideia alberga razoabilidade, sobretudo porque em diversos casos, antes mesmo de iniciar-se a instrução processual, já é possível a autoridade competente emanar ordem fundamentada de prisão processual de natureza cautelar, determinando que qualquer pessoa imputável seja recolhida ao sistema prisional e tenha a sua liberdade privada, sem qualquer ventilação de possibilidade de lesão a presunção de inocência.

Por conseguinte, sugere certa desproporcionalidade a possibilidade de um processo em que tenha sido analisada a autoria e materialidade do delito sob o crivo do contraditório e ampla defesa e respeitado o duplo grau de jurisdição, possa-se afirmar absolutamente afronta à ordem constitucional por desrespeito ao princípio da não culpabilidade.

Desse modo, embora não se deva ignorar o princípio que a própria legislação elevou ao patamar de Direito e Garantia Fundamental, o ordenamento também não deveria permitir a utilização do referido princípio, simplesmente como meio protelatório ao devido cumprimento da pena por parte do condenado em primeira e segunda instância, o que reiteradamente é feito pela defesa técnica.

Ademais, uma vez confirmada uma decisão condenatória por meio do duplo grau de jurisdição, assegurando a autoria e materialidade delitiva de um acusado, não se estaria mais discutindo a culpabilidade dele.

Noutras palavras, não se discutiria mais se aquele a quem se imputa a conduta delitiva é ou não é inocente, uma vez que o recurso especial e extraordinário não se presta a tratar sobre essas questões de autoria e materialidade.

Nesse sentido, o uso pleno e infinito do princípio da presunção de inocência sob a justificativa de exercício da ampla defesa ao acusado, em muitos casos, pode acabar configurando, um enfraquecimento da própria sistemática da persecução penal, de modo a inviabilizar a pretensão punitiva do Estado.

Isso porque, o esgotamento das vias recursais por parte da defesa, pode significar, ao fim de um processo, a impunidade de alguém que, comprovadamente cometeu um delito, e que deixou de ser apenado por conta de um esvaziamento de poder do Estado, o que invariavelmente provoca a opinião pública pelo embate entre o rigor da Lei e a busca pela justiça, esta última, muitas vezes desprestigiada diante da sensação de impunidade.

Desse modo, por conta dificultosa tarefa de encontrar mecanismos capazes de assentar a subsistência mútua do instituto da execução provisória da pena e o postulado da presunção de inocência, sem de qualquer modo, ser apontada possível inconstitucionalidade, é que o STF constantemente modifica suas decisões acerca do assunto.

Portanto, acredita-se que as alternâncias de entendimento da Suprema Corte brasileira acerca do objeto da presente pesquisa, está longe do fim, notadamente pela força política e midiática dos casos de grande repercussão, que são costumeiramente exitosos do ponto de vista jurídico ao fazer com que o tema seja revisitado com certa frequência, além do fato que os placares das votações do STF ao tratar do assunto, historicamente ocorrem com pouca diferença de votos, o que sugere a possibilidade factível de mudança de posicionamento jurisprudencial nos próximos anos.



REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 54*. DJe: 07/11/2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/decisooes-229725616>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 964.246/SP*. DJe: 11/11/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.726/DF*. DJe: 20/11/1992. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. DJe: 05/02/2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Julgado em 17.02.2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. São Paulo. 2015. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-05022016-090727/pt-br.php>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. *Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 10 jul. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. de. *Manual de processo penal: V. Único*. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2016.

LOPES Jr. Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



SILVA, José Afonso da. *Parecer Jurídico, anexado ao HC 152.752*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/277543/parecer-do-jurista-jose-afonso-da-silva-contraprisao-de-lula-e-protocolado-no-stf>. Acesso em: 26 out. 2021.

TÁVORA, Nestor, *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.