

# A DISCUSSÃO ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA\*

**ALONÇO, Ramon**

Faculdade Santa Lúcia  
ramon.alonco112@gmail.com

**BONATTI, Vinícius**

Faculdade Santa Lúcia  
Vinicius-bonatti@outlook.com

## RESUMO

*O presente trabalho busca analisar, à luz do princípio da presunção da inocência e dos mais recentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema, se seria possível dar início à execução provisória da pena privativa de liberdade antes de ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para fins de esclarecer a presente questão objeto do artigo, é importante destacar que a pesquisa pretende analisar o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, bem como estudar quais são os fundamentos utilizados para sustentar ou rechaçar a (im)possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *execução provisória; princípio da presunção da inocência; trânsito em julgado; jurisprudência.*

---

\*Este artigo é parte integrante do Trabalho de Conclusão de Curso defendido em setembro de 2019, pelo aluno Vinícius Bonatti, como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Santa Lúcia, sob a orientação do Prof. MSc. Ramon Alonço.

## INTRODUÇÃO

Ultimamente, após os julgamentos dos *Habeas Corpus* nº 84.078, 126.292 e 152.752, do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246 e do mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o debate acerca da (im)possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado se acirrou entre os juristas, os estudantes de Direito e a sociedade civil organizada.

O debate em questão surgiu principalmente pelo fato de que, de um lado, o princípio da presunção da inocência insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, garante que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Por sua vez, é importante destacar que, em razão da literalidade do texto constitucional, alguns acusados (com elevado poder financeiro) começaram a abusar do direito de defesa interpondo recursos com a finalidade nitidamente protelatória, gerando assim uma sensação de impunidade e insegurança na sociedade, afrontando, inclusive, um dos principais objetivos da República, que, segundo o artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988, é constituir uma sociedade justa.

Desta forma, visando elucidar a questão acerca da (im)possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o presente trabalho pretende analisar as principais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1988 até os dias atuais, para fins de entender a evolução jurisprudencial da Corte Constitucional acerca da matéria, e qual seria o seu atual posicionamento a respeito. Além disso, objetiva-se estudar ainda os principais fundamentos utilizados pela doutrina para sustentar a possibilidade ou impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como apresentar o conceito e as modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não há dúvidas de que a liberdade seja um dos direitos mais importantes garantidos ao ser humano. Todavia, como nenhum direito é absoluto, em algumas situações a liberdade do indivíduo poderá ser cerceada por meio da prisão. Desta forma, pretende-se abordar neste tópico as hipóteses em que a liberdade de locomoção do indivíduo poderá ser cerceada pelo ordenamento jurídico brasileiro, dando destaque a duas modalidades de prisão: a processual e a penal.

Inicialmente, cumpre salientar que a prisão pode ser definida como a privação da liberdade de ir e vir do indivíduo que cometeu uma infração penal. Vale destacar ainda que a privação da liberdade pode se dar em virtude da prisão em flagrante delito, por determinação escrita e fundamentada do Poder Judiciário, ou, ainda, no curso da investigação criminal (CAPEZ, 2013).

Nesse sentido, o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988, estabelece que, *in verbis*:

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:

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

É importante frisar que a legislação infraconstitucional também trata a respeito das hipóteses em que a liberdade de locomoção do indivíduo poderá ser limitada. Dessa maneira, o artigo 283, do Código de Processo Penal de 1941, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, assevera ainda que, *in verbis*:

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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Assim, o direito à liberdade não pode ser confundido com o direito de fazer aquilo que bem entender, mas sim fazer tudo o que a lei não proíbe. Não obstante, apesar do Direito à liberdade constar no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, sem os limites impostos pela lei, a liberdade sem controle nos conduziria ao caos e a desordem. (TOURINHO FILHO, 2013a).

É importante destacar que, existem quatro espécies de prisão no ordenamento jurídico pátrio, sendo elas: a penal, a processual, a civil e a

administrativa. No entanto, para alcançar os objetivos do presente trabalho será dado destaque à espécie de prisão penal, que é aquela que resulta de sentença penal condenatória transitada em julgado, e; à espécie de prisão processual, que é aquela decretada para fins de garantir a persecução penal e possui os pressupostos da prisão cautelar para ser decretada (GRECO FILHO, 2013).

No que tange à prisão penal, revela notar que sua finalidade é reprimir a infração penal que ocorreu. Cabe destacar ainda que essa modalidade de prisão se compatibiliza com o princípio da presunção da inocência, pois, o cumprimento da pena nesses casos só poderia ser feito após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo o acusado aguardar em liberdade o deslinde do processo para somente após o trânsito em julgado ser recolhido ao cárcere (ISHIDA, 2013).

Com relação à prisão processual, Capez (2013) destaca que esta modalidade possui três finalidades principais, quais sejam: impedir a que o acusado continue praticando infrações penais; assegurar que a investigação criminal seja efetiva; e, garantir que o processo penal e a execução criminal ocorram normalmente.

Desta maneira, é importante destacar que o artigo 283 do Código de Processo Penal de 1941, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, estabelece um rol taxativo em que a liberdade de locomoção poderá ser cerceada. Assim, a liberdade de locomoção do indivíduo só poderá ser cerceada por meio da prisão em flagrante, temporária ou preventiva, que são espécies de prisões cautelares decretadas no curso do processo ou na fase investigatória e, também, por meio da prisão penal, que só poderá ser executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LIMA, 2016).

Por fim, podemos concluir que no ordenamento jurídico brasileiro a liberdade de locomoção poderá ser cerceada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, em virtude da decretação da prisão penal, que é aquela decorrente da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, ou em razão da prisão processual (prisão cautelar), que é a espécie de prisão que pode ser decretada no curso da investigação ou do processo, e possui a finalidade de garantir a efetividade da investigação criminal, assegurar a eficácia do processo de conhecimento e de execução e, impedir que o indivíduo continue praticando crimes. Vale destacar ainda que, existem cinco espécies de prisão processual que podem ser decretadas, são elas: a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, a decorrente da sentença de pronúncia e, a decorrente da sentença penal condenatória recorrível (GRECO FILHO, 2013).

### **3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O SEU ATUAL ENTENDIMENTO A RESPEITO DA MATÉRIA**

O objetivo deste tópico é analisar a evolução histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade ou impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e o seu atual entendimento acerca da matéria. É importante destacar que o marco inicial da análise jurisprudencial será a data da inauguração da nova ordem constitucional que se deu em 1988, e o marco final será a data da última decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que acabou pacificando o tema e trazendo segurança jurídica a respeito da matéria, tendo em vista que, a decisão proferida produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante com relação aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário.

Antes de tratar a respeito do histórico da jurisprudência do Supremo e seu atual entendimento acerca da possibilidade ou impossibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, é importante salientar que, em regra, quando for proferida uma sentença penal condenatória em primeiro grau de jurisdição, desta decisão, o acusado poderá interpor recurso de apelação ao Tribunal competente. Não obstante, quando for proferido o acórdão pelo Tribunal competente e estiverem os preenchidos os pressupostos recursais extrínsecos e intrínsecos, é possível que o réu apresente recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal e/ou recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça (LIMA, 2016).

Desta maneira, tendo em vista que o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, estabelece que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1988), e, o efetivo trânsito em julgado se dá somente após o esgotamento da via recursal, onde a sentença se tornará imutável, questiona-se se seria possível dar início a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Adentrando na análise jurisprudencial da Corte Constitucional brasileira, vale ressaltar que, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade ou impossibilidade de execução provisória da pena se deu em 1991, ou seja, três anos após a inauguração da nova ordem constitucional (LENZA, 2019).

Na ocasião, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 68.726-DF, reconheceu a possibilidade de dar início à execução provisória da pena privativa de liberdade desde que esta fosse confirmada em segundo grau de jurisdição, *in verbis*:

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)

Não obstante, vale destacar que no ano de 2007 o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento exposto no julgamento do *Habeas Corpus* nº 68.726-DF. Nesse sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.675/PR, entendeu que seria possível executar provisoriamente a pena privativa de liberdade sem que tivesse ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, haja vista que os recursos extraordinário e especial teriam efeito meramente devolutivo, ou seja, não suspendiam o acórdão condenatório anterior, *in verbis*:

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

pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, *reformatio in pejus* pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente “o benefício de apelar” em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2007, STF, HC: 91675/PR)

No entanto, cumpre ressaltar que, no ano de 2009, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da (im)possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado foi alterada radicalmente. Deste modo, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078-MG, a Suprema Corte passou a entender que, se o acusado interpusse recurso especial e/ou extraordinário, não seria possível realizar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Assim, a prisão do acusado na pendência de recurso especial e/ou extraordinário só seria possível se fosse fundamentada em uma das hipóteses de prisão cautelar (OLIVEIRA, 2014).

Nesse sentido, como foi dito, no ano de 2009, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, entendeu que seria inconstitucional a execução antecipada da pena, tendo em vista que a prisão antes do trânsito em julgado só seria possível se decretada a título cautelar, *in verbis*:

*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 à 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 1.988, 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. BRASIL (STF, HC: 84078/MG, 2010)

No mesmo sentido, Lima (2016) afirma que, no ano de 2009 a Suprema Corte brasileira alterou o seu posicionamento acerca da possibilidade ou impossibilidade de execução provisória da pena, passando a adotar entendimento no sentido de que não seria mais possível realizar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ficando ressalvada a possibilidade de o réu ser preso cautelarmente caso estivessem preenchidos os requisitos autorizadores da prisão cautelar previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal de 1941.

Contudo, é importante observar ainda que, no ano de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292 e da medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal alterou novamente o entendimento acerca da (im)possibilidade de execução provisória da pena, passando a prever que não viola o princípio da presunção da inocência a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segunda instância, mesmo que o réu tenha interposto recurso especial ou extraordinário (RAMOS, 2018).

Não obstante, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n° 964.246, confirmou a jurisprudência consolidada no *Habeas Corpus* n° 126.292 e nas medidas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43 e 44, para fins de confirmar que a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em segunda instância não afronta o princípio constitucional da presunção da inocência, ainda que fosse cabível recurso especial ou extraordinário, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber. (BRASIL, 2016, STF, ARE nº 964.246/SP).

Além disso, Lenza (2019) afirma que, recentemente, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, entendeu que a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, não afronta o princípio da presunção da inocência, mesmo que ainda seja cabível a interposição de recurso especial e extraordinário pelo acusado.

Cumprido destacar que, até o julgamento do presente *Habeas Corpus* nº 152.752, nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal teve eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante com relação aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário, o que acarretou insegurança jurídica nas decisões proferidas, tendo em vista que, como não existia a obrigatoriedade de seguir um entendimento, em diversas ocasiões, os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, de forma monocrática, concediam medida liminar em sede de *Habeas Corpus* visando impedir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Nesse sentido, vejamos a fundamentação tecida pelo Ministro Marco Aurélio na decisão monocrática proferida em sede de medida cautelar no *Habeas Corpus* nº 175.036, *in verbis*:

2. Não se pode potencializar o decidido, pelo Pleno, no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da pena.

O Tribunal, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal,

segundo a qual “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”.

Custódia provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar. A execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à prisão. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do habeas corpus nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétreia – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República. Ao tomar posse neste Tribunal, há 29 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente,

submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. De todo modo, há sinalização de a matéria vir a ser julgada, com a possibilidade, segundo noticiado pela imprensa, de um dos que formaram na corrente majoritária – e o escore foi de 6 a 5 – vir a evoluir. Destaco ter liberado, em 4 de dezembro de 2017, para inserção na pauta dirigida do Pleno, ato situado no campo das atribuições da Presidência, as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, visando o exame de mérito, bem como, em 19 de abril de 2018, a de nº 54 para análise do pedido de medida de urgência. Os processos apenas foram incluídos, pela Presidência, na pauta da Sessão Plenária do dia 10 de abril de 2019, tendo sido, posteriormente, excluídos do calendário de julgamento, sem nova designação de data. Ressalte-se que a última está lastreada em fato novo – a evolução na manifestação do ministro Gilmar Mendes, no exame do habeas corpus nº 152.752, relator o ministro Edson Fachin –, a retratar a revisão da óptica que ensejou escassa maioria.

3. Defiro a liminar, para suspender, até o desfecho da impetração, a execução provisória do título condenatório. Expeçam alvará de soltura a ser implementado com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja preso por motivo diverso do retratado no processo nº 0004559- 75.2014.8.22.0501, da Primeira Vara de Delitos de Tóxicos da Comarca de Porto Velho/RO, considerada a execução açodada, precoce e temporã da pena. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade. (BRASIL, 2019a, STF, HC 175.036 MC)

Toda essa discussão e insegurança jurídica chegou ao fim no julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por seis votos a cinco, no dia 07 de novembro de 2019, que o artigo 283 do Código de Processo Penal de 1941 é Constitucional e, portanto, a liberdade de locomoção do acusado só poderá ser cerceada antes do trânsito em julgado na hipótese de prisão processual (prisão cautelar), ou seja, prisão em flagrante, prisão preventiva ou prisão temporária, *in verbis*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava

improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (BRASIL, 2019b, STF, ADC 54)

Por tudo o que foi dito, pode-se concluir que, após trinta e um anos de discussão acerca da possibilidade ou impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento vinculante no sentido de que não é possível que o acusado seja recolhido ao cárcere antes do efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, antes que haja o esgotamento da via recursal.

#### **4. OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A (IM) POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO.**

O presente tópico tem por objetivo estudar quais foram os principais fundamentos jurídicos utilizados pelos juristas para sustentar a impossibilidade ou possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Inicialmente, é importante observar que, um dos argumentos mais utilizados para justificar a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado é o de que, a jurisprudência que assegurava a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, permitia a interposição de diversos recursos com o nítido caráter protelatório, ou seja, que tinham o objetivo de caracterizar a prescrição da pretensão punitiva ou executória (LIMA, 2016).

Argumenta-se que houve a necessidade de relativizar o princípio da presunção da inocência, tendo em vista que os acusados estavam interpondo recursos meramente protelatórios ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de que se caracterizasse a prescrição da pretensão punitiva ou executória (LENZA, 2019).

Exemplificando a problemática, vale notar que Nunes Junior (2019) assevera que, no ano de 2006, um ex-governador foi condenado a trinta e um anos de prisão por ter praticado cinco crimes diversos, todavia, com o nítido caráter protelatório, interpôs trinta e seis recursos, visando impedir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No mesmo sentido, Lima (2016) assevera que um dos argumentos

utilizados pelos defensores da possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado é o de que, em muitos casos, os acusados acabavam abusando do direito de defesa para fins de impedir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou caracterizar a prescrição da pretensão punitiva e executória.

Além disso, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, o Ministro Luiz Roberto Barroso sustentou que seria possível dar início a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, tendo em vista que a taxa de reversão dos julgamentos realizados pelos tribunais superiores é de pouco mais de um por cento (NOTÍCIAS STF, 2018).

Cumprе ressaltar que, Lenza (2019) aduz ainda que a Lei da Ficha Limpa serviu para dar sustentação à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, tendo em vista que o candidato que for condenado em segunda instância por crimes previstos na referida lei será considerado inelegível antes de ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença que o condenou.

Outro fundamento utilizado para sustentar a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória foi o de que seria nas instâncias ordinárias que se fixa a responsabilidade criminal do acusado e se examinam os fatos e as provas obtidas. Deste modo, a interposição de recurso especial e/ou extraordinário não faria com que os tribunais superiores examinassem a matéria fática probatória. Assim, como os tribunais superiores não analisam fatos e provas em recurso especial ou extraordinário, haveria a possibilidade de relativização do princípio da presunção da inocência, para que a execução da pena ocorresse logo após a condenação do acusado em segundo grau de jurisdição (LIMA, 2016).

Por fim, os defensores da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado argumentam ainda que, eventualmente, caso a decisão proferida em segundo grau de jurisdição seja teratológica, haveriam instrumentos processuais adequados, como, por exemplo, o *Habeas Corpus* e as medidas cautelares, que serviriam para dar efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, objetivando a suspensão da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado (RAMOS, 2018).

Após realizar uma análise dos principais fundamentos que dão sustentação à possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, estudaremos quais são os principais argumentos utilizados pelos juristas para sustentar a impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Inicialmente, vale ressaltar que Lima (2016) sustenta que a execução

provisória da pena antes do trânsito em julgado afrontaria o princípio constitucional da presunção da inocência, tendo em vista que, o artigo 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, garante que a presunção da inocência perdurará até o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, até o esgotamento da via recursal e a imutabilidade da sentença penal condenatória. Assim, caso a execução provisória da pena seja realizada antes do trânsito em julgado haverá afronta à Constituição Federal de 1988.

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória é obstado pela interposição de recurso especial e/ou extraordinário, ainda que não tenham efeito suspensivo. Desta maneira, não haveria margem interpretativa na Constituição para concluir que o acusado seria presumido inocente somente até a prolação da sentença penal condenatória de segunda instância. Nesse sentido, Lima (2016, p.48) assevera que, *in verbis*:

Não negamos que se deva buscar mais eficiência no sistema processual penal pátrio. Mas, a nosso juízo, essa busca não pode se sobrepor à Constituição Federal, que demanda a formação de coisa julgada para que possa dar início à execução de uma prisão de natureza penal. E só se pode falar em trânsito em julgado quando a decisão se torna imutável, o que, como sabemos, é obstado pela interposição dos recursos extraordinários, ainda que desprovidos de efeito suspensivo. Não há, portanto, margem exegética para que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, seja interpretado no sentido de se concluir que o acusado é presumido inocente (ou não culpável) tão somente até a prolação de acórdão condenatório de 2ª instância.

Além disso, o ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, afirmou que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é tido como condição necessária à execução da pena e, caso haja o cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado, o princípio da presunção da inocência se tornaria letra morta no ordenamento jurídico brasileiro (NOTÍCIAS STF, 2018).

Cumprir observar ainda que, Lima (2016) afirma que a liberdade do réu só poderá ser limitada por meio das prisões cautelares, que são aquelas decretadas no curso do processo ou na fase investigatória, e por meio da prisão penal, que poderá ser executada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não obstante, para dar início ao cumprimento da pena em razão de prisão penal, é necessário que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se dá após o esgotamento da via recursal. Assim, a interposição de qualquer recurso, seja ele ordinário

ou extraordinário, dotado ou não de efeito suspensivo, obstará o início da execução da pena. Desta forma, o fato dos recursos especial e extraordinário se limitarem a analisar questões de direito e não os fatos ocorridos, não é argumento suficiente para sustentar a possibilidade de execução provisória da pena após o segundo grau de jurisdição, isso porque o caráter extraordinário desses recursos não influencia no conceito de trânsito em julgado trazido pelo artigo 283 do Código de Processo Penal.

Vale ressaltar que, além das teses que defendem a possibilidade e a impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, existe ainda uma terceira corrente argumentativa que é defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 152.752.

Nesse sentido, cabe salientar que, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 152.752, o Ministro Gilmar Mendes, abrindo divergência parcial com relação ao voto do relator, entendeu que seria possível realizar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado somente após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, após o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, os tribunais *a quo* passaram a aplicar automaticamente a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, no entanto, algumas decisões proferidas por esses tribunais acabaram sendo reformadas pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual o referido Ministro optou por adotar a tese da possibilidade de execução provisória após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça. (NOTÍCIAS STF, 2018).

Da mesma maneira, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 152.752, o Ministro Dias Toffoli reafirmou o posicionamento adotado no julgamento da medida cautelar nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, para fins de ratificar que só seria possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado após o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça (NOTÍCIAS STF, 2018).

Cumprе mencionar ainda que, discordando dos posicionamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, Nunes Júnior (2019) afirma que o conflito entre princípios constitucionais deve ser resolvido com base na análise do caso concreto, sopesando cada um dos princípios em conflito, para que, ao final, nenhum deles seja sacrificado.

Destarte, Nunes Júnior (2019) sustenta que a execução provisória da pena só poderia ter início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no entanto, em casos excepcionais, haveria a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, como, por exemplo, quando for verificado que o acusado está interpondo recursos com a nítida finalidade protelatória, buscando impedir o trânsito em julgado da sentença.

Por fim, independente da posição vinculante adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43, 44 e 54, pode-se concluir que nos últimos 31 anos a doutrina e a jurisprudência se debruçaram no estudo da (im)possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e, atualmente, é possível sustentar a existência de, no mínimo, três posicionamentos jurídicos acerca da matéria, sendo que: a) o primeiro defende a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado; b) o segundo argumenta que seria impossível executar provisoriamente a pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; e c) o terceiro posicionamento advoga o entendimento de que só seria possível realizar a execução provisória da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado após o julgamento da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi tratado no presente trabalho, entende-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43, 44 e 54, ao posicionar-se no sentido de que não seria possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não considerou a possibilidade, no caso em concreto, de haver abuso do direito de defesa.

Desta forma, apesar de também entender que o artigo 283, do Código de Processo Penal de 1941 é constitucional, percebe-se que, na referida decisão com efeito vinculante o Supremo Tribunal Federal não levou em consideração a possibilidade, no caso concreto, de haver abuso do direito de defesa com interposição de diversos recursos com a nítida finalidade protelatória, objetivando, em suma, a caracterização da prescrição da pretensão punitiva ou executória e evitar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, conclui-se do presente artigo que afronta o princípio da presunção da inocência dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme prevê o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. No entanto, em casos excepcionais, deve ser assegurada à autoridade judiciária a possibilidade de dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado nos casos em que ocorrer abuso de direito de defesa, ou seja, onde o acusado venha se valer da interposição de vários recursos com o nítido caráter protelatório.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm). Acesso em junho de 2020.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm). Acesso em junho de 2020.
- BRASIL. STF. **ADC 54**. DJe: 07/11/2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decisoes-229725616>. Acesso em junho de 2020. BRASIL, 2019b.
- BRASIL. STF. **HC 68.726/DF**. DJe: 20/11/1992. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>. Acesso em junho de 2020.
- BRASIL. STF. **HC 91.675/PR**. DJe: 07/12/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2528630>. Acesso em junho de 2020.
- BRASIL. STF. **ARE 964.246/SP**. DJe: 11/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em junho de 2020.
- BRASIL. STF. **HC 84.078/MG**. DJe: 05/02/2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em junho de 2020.
- BRASIL. STF. **HC 175.036/RO**. DJe: 16/09/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1026539/false>. Acesso em julho de 2020. BRASIL, 2019a.
- CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 313 p.
- GRECO FILHO, V. **Manual de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 298 p.
- ISHIDA, V. K. **Processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. 212 p.
- LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1259 p.
- LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª ed. Salvador: JusPodivum, 2016. 1250 p.
- NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 851 p.
- OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. 534 p.
- RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 712 p.
- STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula. **Notícias STF**. Brasília, 05 de

abril de 2018. Imprensa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>. Acesso em junho de 2020.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de Processo Penal**. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013a. 650 p.

TOURINHO FILHO, F da C. **Processo Penal**. 35<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. 431 p.

