



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

GEILTON JOSÉ DE ALMEIDA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A  
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

BACHARELADO  
EM  
DIREITO

CARATINGA – MG  
2018

GEILTON JOSÉ DE ALMEIDA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A  
CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Professor Almir Fraga Lugon.

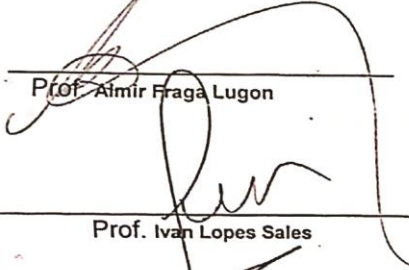
CARATINGA – MG  
CURSO DE DIREITO  
2018

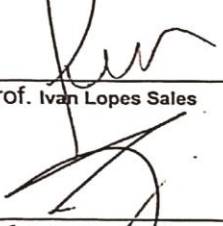
TERMO DE APROVAÇÃO

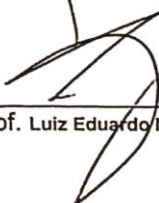
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A  
inconstitucionalidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, elaborado  
pelo aluno Geilton José de Almeida foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e  
aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da  
obtenção do título de

Geilton José de Almeida BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga de \_\_\_\_\_ 20\_\_

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Almir Fraga Lugon

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Ivan Lopes Sales

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Luiz Eduardo Moura

## DEDICATÓRIA

Dedico esta, a toda minha família e amigos pelo imensurável apoio oferecido durante esta caminhada.

## **AGRADECIMENTO**

A Deus pela dádiva da vida e a oportunidade de poder realizar este sonho. Aos meus pais José João e Marina pelo amor incondicional, ao apoio oferecido e por me apontarem o melhor caminho. Aos meus irmãos pelo companheirismo e incentivo durante toda a caminhada. Também aos meus tios e tias, minha avó, sobrinhos, primos e cunhados por estarem sempre torcendo por mim. Aos meus amigos que me apoiaram e compartilharam momentos de alegrias e me apoiaram nas dificuldades. A todos os meus amigos de turma que durante esses anos tive a alegria de partilhar momentos inesquecíveis e únicos. Aos professores que tornaram esta caminhada menos árdua e ensinaram sabiamente o caminho da justiça e em especial a meu orientador professor Almir Fraga Lugon. Ser-lhes-ei eternamente grato.

A esperança tem duas filhas lindas: a indignação e a coragem. A indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las.

Santo Agostinho

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES</b> .....	<b>10</b>
<b>I.I – Conceito de Princípio</b> .....	<b>10</b>
<b>I.II – Da Supremacia Hierárquica da Constituição Federal</b> .....	<b><a href="#">13</a></b>
<b>I.III – Do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade</b> .....	<b><a href="#">13</a></b>
<b>I.IV – Princípio da Legalidade</b> .....	<b><a href="#">13</a></b>
<b>CAPÍTULO II – PRISÕES CAUTELARES</b> .....	<b><a href="#">14</a></b>
<b>II.I – Espécies de Prisões Cautelares</b> .....	<b><a href="#">13</a></b>
<b>II.II – Requisitos</b> .....	<b><a href="#">13</a></b>
<b>II.III – Princípio da Necessidade de Fundamentação</b> .....	<b><a href="#">13</a></b>
<b>CAPÍTULO III – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido. <a href="#">23</a></b>
<b>III.I – Execução Provisória da Pena</b> .....	<b>23</b>
<b>III.II – Da Possibilidade da Execução Provisória da Pena</b> .....	<b>23</b>
<b>III.III – Da Inconstitucionalidade da Execução Provisória Pena</b> .....	<b><a href="#">25</a></b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>28</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>Erro! Indicador não definido. <a href="#">30</a></b>

## RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 traz de forma expressa em seu artigo 5º inciso LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O código de Processo Penal após a reforma da Lei 12.403 de 2011 estabeleceu no artigo 283 que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” Acontece que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP reconheceu que: “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.” Esta decisão foi o paradigma para mudança de entendimento da Corte Constitucional em autorizar a prisão após a condenação em segunda instância. Diante deste cenário, criou-se uma discussão acerca da mencionada decisão, se viola ou não o disposto na norma constitucional. Assim, o presente trabalho abordará a presunção de inocência, as espécies de prisões cautelares e a execução provisória da pena.

**Palavras-chave:** Presunção de Inocência; Execução provisória da pena e Trânsito em Julgado.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, seus desdobramentos concretos e o diálogo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o Ordenamento Jurídico – Doutrina e Jurisprudência, bem como com documentos internacionais.

O tema escolhido para o presente trabalho monográfico é: “Execução provisória da pena após a condenação em segunda instância”, tendo como marco teórico de pesquisa os dizeres de José Afonso da Silva:

O princípio ou garantia da presunção de inocência tem a extensão que lhe deu o inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, qual seja, *até o trânsito em julgado da sentença condenatória*. A execução da pena antes disso viola gravemente a Constituição num dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é um direito individual fundamental. “O momento do qual uma decisão torna-se imodificável é o trânsito em julgado, que se opera quando o conteúdo daquilo que foi decidido fica ao abrigo de qualquer impugnação através de recurso, daí a sua conseqüente imutabilidade”. Dá-se aí a *preclusão máxima* com a *coisa julgada*, antes da qual, por força do princípio da presunção de inocência, não se pode executar a pena nem definitiva nem provisoriamente, sobre pena de infringência à Constituição.<sup>1</sup>

O problema de pesquisa surge, pois, o Poder Constituinte Originário consagrou no inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988 a presunção de inocência, eis o teor do texto: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Acontece que o Supremo Tribunal Federal, teve uma primeira interpretação no HC 68.726/RJ, cujo relator foi o ministro Néri da Silveira, em que admitiram ser possível a prisão após a condenação em segunda instância, sendo este superado pelo HC 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau. Não obstante, a matéria voltou a ser discutida no HC 126.292/SP, onde os Ministros entenderam ser possível a execução provisória da pena pendente o trânsito em julgado, decidindo que:

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.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da, **Parecer Jurídico**, anexado ao HC 152.752, p 25 e 26, Supremo Tribunal Federal.

<sup>2</sup> STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016, p 28.

Esta decisão foi o paradigma para mudança de entendimento da Corte Constitucional em autorizar a prisão após a condenação em segunda instância. Diante deste cenário, criou-se uma discussão acerca da mencionada decisão, se viola ou não o disposto na norma Constitucional.

No primeiro capítulo será feito uma análise dos princípios constitucionais basilares: um estudo sobre o conceito de princípio, da supremacia hierárquica da Constituição, do princípio da presunção de não culpabilidade e sobre o princípio da legalidade.

Já no segundo capítulo o estudo será sobre as prisões cautelares: espécies de prisões cautelares, requisitos e o princípio da necessidade de fundamentação das decisões que decretam as prisões cautelares.

O terceiro capítulo é destinado a análise da execução provisória da pena, sua possibilidade de existência no ordenamento jurídico brasileiro. Também será feito um estudo sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

O objetivo geral será a análise da norma Constitucional insculpida no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, analisando também sua abrangência, aplicação, natureza e eficácia. Os objetivos específicos serão a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, as posições doutrinárias e a presunção de inocência com outras normas constitucionais.

O problema de pesquisa tem-se a seguinte pergunta: A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância viola a norma constitucional insculpida no art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

A hipótese é que:

Sim. A execução provisória da pena após a condenação em segunda instância viola a norma constitucional insculpida no art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES

### I.1 – Conceito de Princípio

Princípio para o Dicionário Aurélio Eletrônico, significa: o primeiro impulso dado a uma coisa; origem; o que constitui a matéria; o que entra na composição de algo; regras ou conhecimentos fundamentais e mais gerais.

Princípio é começo, o que inaugura algo, valores que são observados pelas pessoas. No dicionário jurídico encontramos a seguinte definição de princípio:

Princípio é um pressuposto lógico imprescindível da norma legislativa e constitui o espírito da legislação, mesmo quando não expresso em seu corpo. Sua existência é de suma importância para o preenchimento das lacunas da lei.<sup>3</sup>

Celso Antônio Bandeira de Melo define princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>4</sup>

Assim, para Melo, princípio é aquilo que dá sustentação a todo um sistema, se multiplicando através de diferentes normas, servindo de racionalidade do sistema normativo. Através dos princípios pode se buscar uma interpretação mais extensiva das normas, podendo até criar novas normas, é o que se extrai do art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Desse modo, o juiz quando se deparar com uma situação em que a lei não trata do caso concreto, ele não poderá se esquivar de decidir, deve buscar uma solução através da analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Portanto, o juiz criará uma espécie de “norma” para decidir o caso concreto.

Ronald Dworkin diferencia os princípios das regras através de dois critérios. O primeiro é que as regras se diferenciam dos princípios através de um ponto de vista lógico em razão da solução por elas oferecida, pois as regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada (“all-or-nothing-fashion”), ou a regra é aplicada na sua inteireza, ou ela não é aplicada. Já os princípios, não possuem a mesma característica das

---

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1007/Principio>, acesso em 06 de novembro de 2018.

<sup>4</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p 882.

regras, pois não estabelecem claramente os supostos de fato cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação, nem as consequências jurídicas que devem surgir a partir de sua aplicação, ou seja, os princípios não determinam por completo uma decisão, apenas servem de razões que contribuem a favor de uma decisão ou outra.

Para Dworkin, o segundo critério é o de que os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso (*dimension of weight*)<sup>5</sup>. Esse critério é definido pela importância ou pelo peso relativo que um princípio tem em relação a outro princípio quando os dois colidem em um caso concreto.

### **I.III – Da Supremacia Hierárquica da Constituição Federal**

A Constituição é o que confere validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico. Para isso ela deve ser hierarquicamente superior, de modo que todas as normas que sejam com ela incompatíveis sejam retiradas do ordenamento.

Segundo José Afonso da Silva, ao traduzir o pensamento de Kelsen, conclui que:

Constituição é, então, considerada *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*. De acordo com o primeiro, *Constituição* significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição *jurídico-positiva*, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.<sup>6</sup>

O poder constituinte é aquele responsável por inaugurar uma nova ordem constitucional, cujo titular é o povo. A teoria do poder constituinte “somente se aplica a Estados que adotam Constituição escrita e rígida, e faz com que ela alicerce o princípio da supremacia constitucional”<sup>7</sup>, como a nossa Constituição Federal de 1988.

---

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p 25 e 26.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, P41.

<sup>7</sup> PAULO, Vicente, 1968 – **Direito Constitucional descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino**. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p 75.

Oswaldo Luiz nos diz que:

de fato, o princípio da supremacia constitucional constitui o alicerce em que se assenta o edifício do moderno Direito Público. Normas constitucionais põem-se acima das demais normas jurídicas (hierarquia) e essa preeminência é que vai constituir superioridade da Constituição.<sup>8</sup>

Por esta razão, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição é possível se questionar a validade dos atos normativos editados, inclusive das emendas à Constituição, visto que devem ser materialmente e formalmente compatíveis com a Carta Magna. Caso não sejam, a própria Constituição rígida dispõe de mecanismos para que possam ser retirados do ordenamento, na Constituição Federal é previsto a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que através de seus legitimados, irão provocar o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a constitucionalidade dos atos normativos.

Paulo Roberto Dantas diz sobre o princípio da supremacia da Constituição, que:

Em razão da maior dificuldade para modificação de suas normas, que não podem ser alteradas pela simples edição de leis infraconstitucionais, a *constituição rígida é considerada a norma suprema do país*, a denominada *lex legum* (a lei das leis), localizada no ápice da pirâmide normativa do Estado, da qual todas as demais leis e atos normativos necessariamente extraem seu fundamento de validade. Aliás, para sermos mais precisos, não só atos normativos, como todos os demais atos do Poder Público (administrativos e jurisdicionais), além dos atos particulares (contratos, por exemplo).<sup>9</sup>

Assim, para Dantas, não só os atos do Poder Público, mas também os atos particulares, como os contratos, todos devem estar em conformidade com o texto da Constituição, sob pena de serem declarados inconstitucionais.

Assim, a Constituição é o fundamento de validade para todas as demais normas jurídicas, que devem ser produzidas em conformidade com o texto da Carta Magna de 1988.

### **I.III – Do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade**

O princípio da presunção de não culpabilidade está previsto de modo expresso no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que diz:

---

<sup>8</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 145.

<sup>9</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, **Direito processual constitucional / Paulo Roberto de Figueiredo Dantas**. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p 78 e 79.

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Carta magna consagrou que todos não se presumem culpados até que tenha ocorrido o trânsito em julgado.

Não há evidências de que o princípio da presunção de não culpabilidade ou princípio da presunção de inocência fosse compreendido nos primórdios, uma vez que vigorava o sistema inquisitivo. Como nos ensina Renato Brasileiro de Lima:

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.<sup>10</sup>

Assim, nesse período não se falava em presunção de não culpabilidade, por ser incompatível com o sistema inquisitivo, uma vez que não havia contraditório.

O princípio em análise começou a surgir no Estado absolutista do século XVIII, sendo um meio de defesa contra as atrocidades realizadas pelo Estado. Nesse período, em 1764, foi escrita a obra do ilustre Cesare Bonesan (o Marquês de Beccaria), que recebeu o nome “Dos Delitos e das Penas”, que nos traz o seguinte ensinamento:

“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”<sup>11</sup>.

Após os ensinamentos de Beccaria, o princípio da presunção de inocência aparece pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trouxe em seu artigo 9º:

Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.<sup>12</sup>

No mesmo sentido caminhou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris no dia 10 de

---

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume único**/Renato Brasileiro de Lima – 4. Ed.; ampl.eatual. – Salvador:Ed.JusPodvm, 2016, p.39.

<sup>11</sup> BECARRIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Maria Fontes, 1997, p. 69.

<sup>12</sup> Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso em 10 de outubro de 2018.

dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela vem estabelecendo pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos.

A presunção de inocência está prevista no artigo 11. 1, que diz:

Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.<sup>13</sup>

O dispositivo deixa claro que aquele esteja sendo acusado, deve ser presumido inocente até que seja realmente provada a sua culpabilidade, com todos os meios de defesa assegurados em um processo público. A Declaração foi criada após a segunda guerra mundial, onde os países perceberam a necessidade de editarem um diploma legal para evitar excessos realizados contra a pessoa humana.

No Brasil a presunção de inocência foi positivada com a Constituição de 1988 no Art. 5º, inciso LVII, que assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Mas antes já era considerada como um princípio implícito. Nas lições de Renato Brasileiro de Lima:

Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).<sup>14</sup>

Alexandre de Moraes nos diz que:

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente.<sup>15</sup>

Em 22 de novembro de 1969 foi editada a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto San José da Costa Rica. O Brasil aderiu à Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. O diploma, traz em seu art.8º, 2. Que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a

---

<sup>13</sup> Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>, acesso em 09 de outubro de 2018.

<sup>14</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume único/Renato Brasileiro de Lima** – 4. Ed.; ampl.eatual. – Salvador: Ed.JusPodvm, 2016, p.43.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. – 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2018, p 165.

que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”<sup>16</sup>. Sendo promulgada no dia 6 de novembro de 1992, através do Decreto Legislativo nº 678.

O Brasil vivia um momento de redemocratização, sendo necessário assegurar a todos os direitos e garantias individuais e liberdade, pois o país saía de um regime de recessão, sendo necessário limitar o poder estatal, desta forma o princípio da presunção de não culpabilidade é inserido de forma expressa no texto constitucional.

#### **I.IV – Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Quando a Constituição estabelece de forma expressa que só através de lei as pessoas serão obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo, traz uma garantia a todos de não serem surpreendidos em seus direitos de forma arbitrária, submetendo também os governantes ao crivo da lei.

Para Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino, a norma prevista no inciso II do art. 5º da Constituição Federal:

Trata-se do princípio da legalidade, base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, porquanto acentua a ideia de "governo das leis", expressão da vontade geral, e não mais "governo dos homens", em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante.<sup>17</sup>

O princípio da legalidade se diferencia do princípio da reserva legal. Para Bernardo Gonçalves, a diferença está na amplitude de cada um, vejamos:

Assim sendo, enquanto o primeiro (princípio da legalidade) consiste na submissão a todas as espécies normativas elaboradas em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (leis em sentido amplo), o princípio da reserva legal incide apenas sobre campos materiais específicos (delimitados), submetidos exclusivamente ao tratamento do Poder Legislativo (leis em sentido estrito).<sup>18</sup>

Assim, o princípio da legalidade possui uma abrangência maior, pois exige

---

<sup>16</sup> Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm), acesso em 10 de outubro de 2018.

<sup>17</sup> PAULO, Vicente, 1968, **Direito Constitucional descomplicado I Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino**. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p 120.

<sup>18</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes** - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. JusPODIVM, 2017, p 563.



que todos os atos normativos sejam pautados pela Constituição e com ela sejam compatíveis.

O inciso XXXIX do art. 5º também é de suma importância no que tange ao princípio da legalidade, nele está previsto: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Essa garantia é de que para que uma conduta seja infração penal, deve ser tipificada na legislação penal, através do devido processo legislativo previsto na Constituição.

## II.1 – Espécies de Prisões Cautelares

As prisões cautelares são aquelas que ocorrem no curso do processo, mas antes do trânsito em julgado, após será a prisão pena. O art. 283 do Código de Processo Penal estabelece quais são as espécies de prisões cautelares, vejamos:

Art. 283. 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.<sup>19</sup>

Assim, as espécies de prisões cautelares são: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Há doutrinadores que entendem que a prisão em flagrante é uma prisão precautelada, que será encaminhada para a autoridade judiciária para decidir sobre a sua conversão ou não em preventiva. Nesse sentido se posiciona Aury Lopes Junior:

A prisão em flagrante é uma medida precautelada, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.<sup>20</sup>

Já para Denílson Feitosa, a prisão em flagrante faz parte das prisões de natureza cautelar e processual:

É uma espécie de prisão provisória, de natureza cautelar e processual, que independe de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, desde que a pessoa se encontre em determinadas circunstâncias expressamente previstas em lei.<sup>21</sup>

Apesar das divergências sobre a prisão em flagrante ser cautelar ou precautelada, ela é uma prisão que é feita antes de se ter um processo e pode ser realizada por qualquer pessoa, devendo as autoridades policiais prenderem quem se encontre em situação de flagrante delito, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei 12.403/11, a prisão preventiva, prevista no art. 317,

---

<sup>19</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado), acesso em 03 de novembro de 2018.

<sup>20</sup> LOPES Jr. Aury. **Prisões cautelares / Aury Lopes Jr.** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p 33.

<sup>21</sup> FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal: teoria, crítica e análise** Denílson Feitosa. - 75A ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.030/2009, 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p 878.

pode ser convertida em prisão domiciliar, desde que preenchidos os requisitos do art. 318 do Código de Processo Penal, que diz:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.<sup>22</sup>

Com a redação dada ao art. 318 do Código de Processo Penal, muitos autores dizem que a prisão domiciliar é uma espécie de prisão de natureza cautelar, como nos ensina Renato Brasileiro de Lima:

Interessante perceber que o legislador estabeleceu a prisão domiciliar no Capítulo IV, denominado “Da prisão domiciliar”. Como este capítulo está inserido no Título IX (“Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”), e por ser a prisão domiciliar medida substitutiva da prisão preventiva, mantém o mesmo caráter cautelar desta, isto é, a prisão domiciliar também possui natureza cautelar e a sua finalidade será a mesma da prisão substituída.<sup>23</sup>

A prisão domiciliar possui é utilizada para tornar menos gravosa a segregação cautelar, e será aplicada quando preenchidos os requisitos, que serão comprovados através de prova idônea.

## II.II – Requisitos

Os requisitos para a aplicação das prisões cautelares são de acordo com cada modalidade.

A prisão em flagrante, é aquela em que a infração penal está ocorrendo, ou acabou de ocorrer. Flagrante vem do latim *flagrare*, que significa estar ardendo, queimando, que ainda é possível ver os vestígios da infração. O art. 302 do Código de Processo Penal prescreve as hipóteses de flagrante:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é

---

<sup>22</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado), acesso em 03 de novembro de 2018.

<sup>23</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume único/Renato Brasileiro de Lima** – 4. Ed.; ampl.eatual. – Salvador: Ed.JusPodvm, 2016, p.995.

perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Assim, para que o autor da infração seja preso em flagrante deve o delito estar acontecendo, ter acabado de acontecer ou ser o autor encontrado com características que se possa presumir ser ele o autor da infração.

Já os requisitos para a decretação da prisão preventiva estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Para ser decretada a prisão preventiva devem estar presentes esses requisitos, desde que presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, de modo que nenhum acusado seja cerceado de sua liberdade sem a devida constatação destes requisitos.

A doutrina traz como requisitos o *fumus commissi delicti*, como nos ensina Aury Lopes Junior:

O *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que haja “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, que pouco diz, exigindo uma interpretação sistemática e constitucional.<sup>24</sup>

E continua o ilustre autor:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não o pode ser para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.

A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.<sup>25</sup>

Assim, para ser decretada a prisão preventiva deve haver uma real

---

<sup>24</sup> LOPES Jr. Aury. **Prisões cautelares / Aury Lopes Jr.** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p 61.

<sup>25</sup> LOPES Jr. Aury. **Prisões cautelares / Aury Lopes Jr.** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p 62.

probabilidade da existência da infração penal e indícios suficientes de autoria, de modo que um inocente não seja colocado no cárcere e ainda que o acusado solto ofereça risco para a preservação da garantia da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Já a prisão temporária está prevista em legislação especial, trata-se da Lei 7.960/89, que em seu art. 1º traz os requisitos para decretação e também quais os crimes em que a temporária pode ser aplicada:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.<sup>26</sup>

Os crimes descritos nas alíneas são um rol taxativo, só podendo ser aplicada nos crimes descritos no artigo supra. Aury Lopes esclarece que:

O *fumus commissi delicti* está previsto no art. 1º, III, da Lei n. 7.960/89, exigindo que existam “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”. Na continuação, essa lei enumera 14 crimes, que vão do homicídio doloso aos crimes contra o sistema financeiro. É um rol bastante amplo e abrangente e, importante frisar, taxativo. É pacífico que a prisão temporária por crime que não esteja previsto naquele rol do inciso III é completamente ilegal, devendo imediatamente ser relaxada. Assim, é ilegal a prisão temporária por homicídio culposo, estelionato, apropriação indébita, sonegação fiscal, falsidade documental etc.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm), acesso em 06 de novembro de 2018.

<sup>27</sup> LOPES Jr. Aury. **Prisões cautelares / Aury Lopes Jr.** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo:

A prisão temporária se distingue da prisão preventiva em dois pontos principais. O primeiro é quanto ao prazo, que é de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme dispõe o art. 2º da Lei 7.960/89 e de 30 dias prorrogável por igual período caso o crime seja hediondo, conforme dispõe o art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90.

### **II.III – Princípio da Necessidade de Fundamentação**

Para ser decretada uma das espécies de prisões cautelares deve haver fundamentação e comprovação dos requisitos legais, como forma de garantia do direito à liberdade, para que ninguém seja privado de sua liberdade sem a devida comprovação de envolvimento em infrações penais.

Dispõe o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal 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.” A norma Constitucional prevê que para ser cerceada a liberdade de alguém, deve ser de forma fundamentada e ainda requer que seja de autoridade judiciária competente. No mesmo sentido é o disposto no art. 93, inciso IX da Constituição, que diz:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;<sup>28</sup>

Também o art. 315 do Código de Processo Penal prevê que: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” O legislador se baseou na Constituição para editar tal norma, confirmando que todas as decisões judiciais sobre prisões cautelares sejam sempre motivadas, sob pena de nulidade, conforme estabelece a Carta Magna.

Para Renato Brasileiro, a obrigação das decisões serem fundamentados é uma garantia para a sociedade, mas também para a própria função jurisdicional, vejamos:

---

Saraiva, 2017, p 115.

<sup>28</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em 06 de novembro de 2018.

Com o passar do tempo, a garantia da motivação das decisões passou a ser considerada também garantia da própria jurisdição. Afinal de contas, os destinatários da fundamentação não são mais apenas as partes e o juízo ad quem, como também toda a coletividade que, com a motivação, tem condições de aferir se o magistrado decidiu com imparcialidade a demanda. Muito além de uma garantia individual das partes, a motivação das decisões judiciais funciona como exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. Não por outro motivo, a garantia da motivação vem prevista na Constituição Federal o capítulo pertinente ao Poder Judiciário, e não no capítulo dos direitos e garantias individuais, em que se encontra grande parte das garantias processuais. Destarte, sob o enfoque da sociedade, pode se dizer que a motivação também apresenta uma relevância extraprocessual.<sup>29</sup>

Para Aury Lopes a norma do inciso LXI do art. Da Constituição trata-se:

No Brasil, a jurisdicionalidade está consagrada no art. 5º, LXI, da CF, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar. Assim, ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal), com competência para tanto.<sup>30</sup>

As decisões judiciais devem, portanto, ser motivadas, de modo que nenhuma pessoa sofra abusos em sua liberdade de locomoção sem a devida fundamentação nos dispositivos legais.

## **CAPÍTULO III – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

### **III.I – Execução Provisória da Pena**

A execução provisória da pena não se confunde com as prisões cautelares,

---

<sup>29</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume único/Renato Brasileiro de Lima** – 4. Ed.; ampl. atual. – Salvador: Ed. JusPodvm, 2016, p.967.

<sup>30</sup> LOPES Jr. Aury. **Prisões cautelares / Aury Lopes Jr.** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p 21.

que são decretadas durante a instrução processual ou durante o curso do processo. Executar de forma provisória a pena é levar ao cárcere aquela pessoa que teve sua condenação confirmada pelo tribunal (tribunais de 2º grau), mas ainda estar sujeito a recurso a decisão, pois não ocorreu o trânsito em julgado.

Na execução provisória da pena há uma sentença condenando alguém, que é confirmada pelo tribunal de apelação. Executar provisoriamente a pena é levar a prisão esta pessoa que teve a confirmada a condenação pelo tribunal, sem haver os requisitos das prisões cautelares como estudado acima. É apenas o fato de a decisão ser confirmada em segundo grau que dá início a execução da pena, ainda pendente recursos para o acusado.

### **III.II – Da Possibilidade da Execução Provisória da Pena**

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP reconheceu que:

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.<sup>31</sup>

Na decisão 6 dos 11 ministros entenderam ser possível a execução provisória da pena. Neste sentido se posicionou o ministro Luis Roberto Barroso:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.<sup>32</sup>

Continua o ministro Barroso com seus ensinamentos:

Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*, logo abaixo, o inciso LXI prevê que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos,

---

<sup>31</sup> STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016, p 28.

<sup>32</sup> STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016, p 35.



é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

Já para o ministro Edson Fachin a norma do inciso LVII do artigo 5º não é de caráter absoluto.

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

Também se posiciona favorável à execução provisória da pena Afrânio Silva Jardim, que diz:

Mais preocupado com o social do que com o indivíduo, inverte o raciocínio dogmático: julgo ser socialmente útil que o réu, condenado por decisão unânime no segundo grau de jurisdição, seja preso pela simples eficácia do acórdão, já que eventuais e futuros recursos não devem ter efeito suspensivo. Para que tal ocorra, temos que dar uma interpretação, socialmente adequada à nossa realidade, ao chamado princípio constitucional da presunção de inocência.<sup>33</sup>

Para os autores que defendem a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, o julgamento realizado pelo tribunal de 2º grau e que confirma a decisão de primeira instância é um julgamento de fatos e provas, o que não será realizado pelos tribunais superiores em eventuais recursos interpostos. Fundamentam também sobre a realidade de justiça penal brasileira, que acaba gerando a impunidade pela morosidade da justiça.

### **III.II – Da Inconstitucionalidade da Execução Provisória da Pena**

Para muitos autores a execução provisória da pena fere flagrantemente o disposto na Norma Constitucional insculpida no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É como se posiciona Nestor Távora e

---

<sup>33</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres e crônicas/ Afrânio Silva Jardim, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim.** – 15ª ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p 735.

Rosmar Rodrigues:

Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção da inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283). Aliás, não foi sequer considerada a letra deste último artigo do Código, referentemente ao texto da Lei Maior.<sup>34</sup>

No mesmo sentido se posiciona Aury Lopes, que diz:

E aqui deixamos consignado nossa veemente contrariedade à “execução antecipada da pena”, reconhecida pelo STF no famigerado julgamento do HC 126.292. Não é preciso maior esforço para compreender que não se trata como inocente fazendo uma execução provisória da pena despida de qualquer caráter cautelar (e aqui está a relativização admitida e demarcada da presunção de inocência, para os que simplesmente argumentaram em torno da inexistência de “direitos fundamentais absolutos”). Pura e simples antecipação do tratamento de culpado no curso de um processo (fase recursal ainda é curso de processo, é por isso que a origem etimológica da palavra vem de *recursus*, retomar o curso, jamais estabelecer um novo curso ou encerrar). O art. 5º, LVII, determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga à de culpado, antes do trânsito em julgado. Portanto, salta aos olhos que o julgado desconsidera completamente o significado e alcance (processual e civilizatório) da presunção de inocência.<sup>35</sup>

Para José Afonso da Silva a execução provisória da pena afronta a Constituição e a tese firmada no HC 126.292 não é compatível com a Norma Constitucional, vejamos:

Não. *Indubitavelmente, não é compatível com o inc. LVII do art. 5º da Constituição* a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 de que “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”. É incompreensível como o grande Tribunal, que a Constituição erigiu em *guardião da Constituição*, dando-lhe a feição de uma Corte Constitucional, pôde emitir uma tal decisão em franco confronto com aquele dispositivo constitucional.<sup>36</sup>

Para o ilustre autor, não se pode compreender como o Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) toma uma decisão que afronta literalmente o seu conteúdo. E continua:

---

<sup>34</sup> TÁVORA, Nestor, **Curso de direito processual penal/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar** - 12. ed. rev. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017, p 70.

<sup>35</sup> LOPES Jr. Aury. **Prisões cautelares / Aury Lopes Jr.** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p 15.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da, **Parecer Jurídico**, anexado ao HC 152.752, p 26, Supremo Tribunal Federal.

Se o Supremo não contesta expressamente a previsão de trânsito em julgado como limite da presunção de inocência, o faz indiretamente quando admite a prisão do acusado após a condenação em segunda instância. Fere o princípio da presunção de inocência admitir a prisão do condenado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, porque isso significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado. Então, é uma posição que fere a vedação constante do inc. LVII do art. 5º da Constituição. Do contrário seria admitir mudança de um dispositivo que integra as cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, IV); por via de interpretação judicial.<sup>37</sup>

No julgamento do HC 126.292, assim se manifestou o ministro Marco Aurélio:

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais.<sup>38</sup>

O ministro se preocupa com um inocente que seja levado ao cárcere através da execução provisória da pena, e, posteriormente venha a ser absolvido. Para ele não será mais possível devolver a liberdade ao indivíduo, liberdade que fora sacrificada nos presídios de forma precoce.

No mesmo julgado, assim se posicionou o ministro Celso de Melo:

**Acho importante acentuar** que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.<sup>39</sup>

Para ele a presunção de inocência é estabelecida pela Constituição e não vai se esgotando à medida que os recursos da defesa vão sendo denegados.

José Afonso da Silva também diz que nem por uma mudança da Constituição, através do poder constituinte derivado seria possível alterar a norma do art. 5º, inciso LVII, que ela é de caráter absoluto, eficácia plena e aplicabilidade imediata, vejamos:

Diz o acórdão que “não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto”. Mas ela é de caráter absoluto, sim, no sentido de que existe *não*

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da, **Parecer Jurídico**, anexado ao HC 152.752, p 23 e 23, Supremo Tribunal Federal.

<sup>38</sup> STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016, p 78.

<sup>39</sup> STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016, p 93.

*conforme os cria ou regula a lei*, mas a despeito das leis que pretendam modificar ou conceituar, conforme diz Pontes de Miranda. Portanto, a regra do inc. LVII do art. 5º é, sim, *absoluta*, no sentido de que vale por si, não conforme a lei. Ou, por outra, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não admite lei modificativa, nem mesmo pode ser alterado pelo poder constituinte derivado, nem, pois, com maior razão, por interpretação judicial ou pretensa mutação constitucional.<sup>40</sup>

Assim, para o ilustre autor a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância é inconstitucional por afronta direta ao disposto na norma constitucional insculpida no art. 5º inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa apresentada teve como pretensão a análise da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância em confronto com a disposto na norma constitucional do art. 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988, qual seja: o princípio da presunção de inocência.

No campo jurisprudencial foram analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal que defendem a possibilidade da execução provisória, como também as

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da, **Parecer Jurídico**, anexado ao HC 152.752, p 9, Supremo Tribunal Federal.

decisões que entendem que tal possibilidade de cumprimento de pena viola a norma constitucional.

Já no campo doutrinário foi realizado um estudo das prisões cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico, seus requisitos e compatibilidade com o princípio da presunção de inocência, tendo como fonte direta de estudo o parecer jurídico (anexado ao HC 152.752 – Supremo Tribunal Federal) emitido pelo professor titular aposentado da Faculdade de Direito da USP e advogado José Afonso da Silva. Foram apresentadas posições de renomados doutrinadores de direito processual penal que aceitam a possibilidade da execução provisória, como daqueles que admitem ser inconstitucional decisões nesse sentido.

Para os favoráveis à execução provisória, o nosso sistema de justiça penal não tem funcionado de forma eficaz, e que são impetrados recursos protelatórios afim de evitar a aplicação da lei penal e, por conseguinte a extinção da punibilidade pela prescrição. Aduzem ainda que em o status de inocente se perde com a confirmação da condenação em segundo grau, pois já decididas as matérias de fato e de direito e que a não execução da pena leva a um estado de impunidade.

Já os que pensam que a execução provisória fere de forma direta a Constituição de 1988. Para eles a norma constitucional é clara e objetiva, devendo ser respeitada e que nem por reforma a Constituição através de emenda seria possível abolir a norma do art. 5º inciso LVII, por expressa vedação no art. 60, § 4º, IV. Para José Afonso da Silva o Supremo Tribunal Federal retira sua competência da própria Constituição e que não pode, ou não poderia tomar decisões contra o próprio texto do qual foi erigido como “guardião”.

Com base em todos os argumentos apresentados, concluo a pesquisa defendendo que a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância viola de forma direta a norma constitucional insculpida no inciso LVII do art. 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 e que o Supremo Tribunal Federal ao decidir ser possível a execução provisória da pena viola a Constituição, algo que o “guardião” não podia fazê-lo, assim como assevera José Afonso da Silva.

O princípio da presunção de inocência é uma garantia constitucional, assim como também é assegurado em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto San José da Costa Rica, o qual o Brasil

aderiu por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992.

Não pode as pessoas pagar com sua liberdade por ser o sistema de justiça penal ineficaz. O réu não pode ser prejudicado por impetrar recursos que a ele estão disponíveis pela Carta Magna. Que seja refeito o sistema de recursos, mas não pode o réu pagar com sua liberdade pela morosidade de julgamento e que muitas vezes ocorre a prescrição.

## REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da, **Parecer Jurídico**, anexado ao HC 152.752, Supremo Tribunal Federal.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

PAULO, Vicente, 1968 – **Direito Constitucional descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino**. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, **Direito processual constitucional / Paulo Roberto de Figueiredo Dantas**. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume único/Renato Brasileiro de Lima** – 4. Ed.; ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

BECARRIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Maria Fontes, 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes** - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. JusPODIVM, 2017.

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

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teora, crítica e princípios** Denilson Feitoza. - 75ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.030/2009, 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. – 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres e crônicas/ Afrânio Silva Jardim, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim**. – 15ª ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

TÁVORA, Nestor, **Curso de direito processual penal/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar** - 12. ed. rev. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza®** – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado®)

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal / Eugênio Pacelli**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal / Aury Lopes Jr.** – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado® / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis.** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza)

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. - (Série IDP).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal / Guilherme de Souza Nucci.** – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional I Uacli Lammêgo Bulos.** - 8. ed. rev. e atual. 11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

STF, HC 126.292, Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em 17.02.2016.

Disponível em:

[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm), acesso em 10 de outubro de 2018.

Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1007/Principio>, acesso em 06 de novembro de 2018.

Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>, acesso em 09 de outubro de 2018.

Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso em 10 de outubro de 2018.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado), acesso em 03 de novembro de 2018.

Disponível

em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em 03 de novembro de 2018.