

STELLA MAIMONE DO NASCIMENTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

CARATINGA - MG  
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA  
2018

STELLA MAIMONE DO NASCIMENTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

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

Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Penal.

Orientador: Professor Doutor Dário José Soares Júnior.

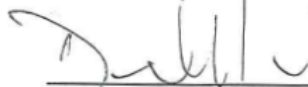
CARATINGA - MG  
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA  
2018

TERMO DE APROVAÇÃO


Trabalho de Conclusão de Curso intitulado Co-culpabilidade penal e estado social democrático de direito, elaborado pelo aluno Nathália de Oliveira Sabino 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

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 6 de Out de 2018



Prof. Dário José Soares Júnior

  
Prof. Luiz Eduardo Moura  
Prof. Kleider Richard

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me dá forças para alcançar meus objetivos e aos meus amados pais, pelo carinho e dedicação à realização desse sonho.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por sempre estar comigo em minha caminhada, pela força diária e sabedoria.

Agradeço a minha família, pelo carinho e apoio nessa jornada.

Agradeço em especial meus amados pais, Jaqueline e Carlos, as pessoas mais importantes da minha vida, que sempre estiveram ao meu lado e lutaram para que minha conquista fosse possível. Sou grata a vocês pela educação que me deram e pelos valores que me ensinaram.

Agradeço também aos meus professores pelo incentivo e companheirismo.

Agradeço de forma especial ao meu orientador, Professor/Doutor Dário Júnior e Professor Juliano Sepe, por compartilharem comigo seus conhecimentos, sempre com atenção e disponibilidade para me auxiliar a concluir este trabalho.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para esta vitória.

“A história não se faz só com sonhos. Quem sonha com um banquete há de dominar a ciência das panelas e dos fogos. Tornei-me um inimigo dos sonhadores ingênuos que pensavam que bastaria que os homens mudassem suas ideias para que o mundo também mudasse. Moquecas não se fazem só com ideias e intenções. Quem quer mudar o mundo tem de ser um especialista no uso do fogo.” - Rubem Alves

## RESUMO

O tema proposto consiste na análise constitucional da execução antecipada da pena, ou seja, de seu cumprimento antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória. Nesse sentido, pretende-se analisar as normas insertas na Constituição da República Federativa do Brasil, no Código Penal e de Processo Penal, bem como nos julgados dos Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal. Diante do tema proposto, far-se-á uma análise do princípio da presunção de inocência, que encontra fincas no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de constar em diversos outros diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como na legislação infraconstitucional. Após a averiguação das bases do princípio antedito, discorrer-se-á acerca das modalidades de prisão no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo os requisitos para o decreto prisional, bem como abordando acerca do trânsito em julgado fixando suas premissas e explicitando qual o momento de sua verificação no processo. Por fim, será analisada a execução antecipada de sentença penal condenatória, trazendo à baila as divergências doutrinárias e jurisprudenciais a seu respeito culminando, em sede conclusiva do estudo, na análise da constitucionalidade ou não da referida modalidade de execução de pena apreciando, ainda, os ditames do artigo 637, do Código de Processo Penal, verificando a sua compatibilidade constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípio da presunção de inocência, trânsito em julgado, execução antecipada da pena.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>16</b>
1.1 Supremacia das normas constitucionais, interpretação constitucional e seus limites .....	16
1.2 O princípio da não culpabilidade e o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro .....	20
1.3 A presunção de inocência como direito fundamental .....	22
<b>CAPÍTULO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	<b>26</b>
2.1 Modalidades de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro .....	26
2.2 Requisitos para o decreto prisional .....	29
2.3 A dissonância do artigo 637 do Código de Processo Penal com a ordem jurídica vigente.....	32
<b>CAPÍTULO III – A EXECUÇÃO PENAL</b> .....	<b>37</b>
3.1 A execução penal e execução antecipada da pena no Brasil .....	37
3.2 O momento em que ocorre o trânsito em julgado .....	41
3.3 A impossibilidade de execução penal definitiva após julgamento de segundo grau e sua dissonância com a Constituição de 1988 .....	42
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>48</b>



## INTRODUÇÃO

O presente estudo, sob o tema “a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena”, tem por finalidade analisar a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, contrapondo-a ao princípio da presunção de inocência que, em síntese, instrui os operadores do direito no sentido de que até que ocorra a preclusão maior da sentença penal condenatória, o estado de inocência do acusado deverá prevalecer.

Com efeito, a presente monografia terá natureza interdisciplinar, percorrendo entre diferentes disciplinas para tratar do mesmo assunto. Portanto, serão abordadas questões de direito constitucional e direito processual penal.

Diante do tema aventado, onde será analisada a execução antecipada da pena, propõe-se como marco teórico o entendimento esposado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

[...] Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. É por isso, Senhora Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado [...].<sup>1</sup>

Ainda, sustentando a ideia da inconstitucionalidade de segregação a título de execução antecipada de pena, invoca-se a jurisprudência sobre a qual o referido ministro se baseia:

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. – A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello.** p. 09. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 20/08/2018.

Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.<sup>2</sup>

Assim, sendo coerente com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, o ministro concluiu a tese esposada da seguinte forma:

[...] reafirmando, assim, no que concerne à interpretação conforme do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII).<sup>3</sup>

Sem desconsiderar a densidade da fundamentação jurídica declinada no voto do referido ministro, utiliza-se, também, como marco teórico, o escólio do renomado jurista Dr. José Afonso da Silva, no ponto que afirma, de forma incisiva que:

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 no 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 pena nem definitiva nem provisoriamente, sob pena de infringência da Constituição.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 96.095**. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 Divulgado 12-03-2009 Publicado 13-03-2009 Ementa Vol-02352-04 PP-00623 RF v. 105, n. 401, p. 563-572. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087383&base=baseAcordao>>. Acesso em: 20/08/2018.

<sup>3</sup> BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello**. p. 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 20/08/2018.

<sup>4</sup> SILVA. José Afonso da. **Parecer Jurídico**. Revista Consultor Jurídico. p. 25-26. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/afonsa-silva-defende-transito-julgado.pdf>>. Acesso em: 20/08/2018.

Em outros termos, sustentam o ministro Celso de Mello e o jurista José Afonso da Silva que a execução da pena antes do trânsito em julgado viola o princípio da presunção de inocência, pois ninguém pode ser tratado como se culpado fosse sem que haja decisão penal condenatória transitada em julgado.

Ante o exposto, fundamentar-se-á que o mandamento constitucional da presunção de não culpabilidade não se coaduna com a execução de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, sendo referida modalidade de cumprimento de pena inconstitucional e as decisões que lhe dão guarida, por corolário, não encontram fincas no ordenamento jurídico.

Desse modo, a presente monografia é composta por três capítulos. No primeiro capítulo o constitucionalismo é abordado, tratando-se, inicialmente, da supremacia das normas constitucionais, pincelando sobre os limites da interpretação constitucional, bem como acerca do princípio da não culpabilidade e princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, expondo, também, a respeito do princípio da presunção de inocência como direito fundamental.

Posteriormente, discorrer-se-á sobre as modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro e os requisitos para a implementação de cada uma delas, finalizando com a análise da dissonância do artigo 637 do Código de Processo Penal com a ordem jurídica vigente.

Por fim, abordaremos a execução da pena, fixando-se o termo em que se dá o trânsito em julgado de uma decisão, concluindo acerca da inconstitucionalidade da execução antecipada de sentença penal condenatória.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Desde a inauguração da nova ordem constitucional, doutrina e jurisprudência vêm se debruçando acerca da constitucionalidade ou não do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido, o presente trabalho vem discorrer acerca do tema em questão e de sua dissonância com a Constituição. Desse modo, necessário se faz, *a priori*, expor os conceitos a seguir, sendo estes pontos chaves do debate em voga.

*Ab initio*, conceituar-se-á presunção de inocência, posteriormente trânsito em julgado e, por fim, execução antecipada de pena.

No tocante a presunção do estado de inocência, a Constituição da República Federativa do Brasil trata do referido princípio em seu artigo 5º, inciso LVII, no qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>5</sup>

Em sede infraconstitucional, a presunção de inocência está inserta no artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal, que dispõe, *in verbis*:

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>6</sup>

O princípio da presunção de inocência possui também precedentes históricos, conforme preleciona Edilson Mougenot Bonfim:

O princípio se positiva pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rosseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10.12.1948).<sup>7</sup>

Tecendo considerações a respeito do princípio da presunção de inocência, Gilmar Ferreira Mendes acrescenta que:

---

<sup>5</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30/08/2018.

<sup>6</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 30/08/2018.

<sup>7</sup> MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 98-99.

Tem sido rico o debate sobre o significado da garantia de presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.<sup>8</sup>

No mesmo sentido é o escólio de Jullio Fabbrini Mirabete:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: (a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual.<sup>9</sup>

Como se pode notar, o princípio em questão encontra respaldo nos principais diplomas normativos internacionais, bem como na Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, em apertada síntese, o princípio da presunção de inocência informa que até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado, manter-se-á o estado de inocência do acusado.

Ainda norteado pelos ditames do princípio em voga, Lênio Luiz Streck tem o posicionamento de que somente após o marco do trânsito em julgado poderá haver restrição à liberdade, excetuando, por óbvio, as hipóteses de prisões a título cautelar ou processual.<sup>10</sup>

De outro lado, no tocante ao trânsito em julgado, certo é que, em nosso ordenamento jurídico, referido instituto tem matriz constitucional, já que o artigo 5º, inciso XXXVI, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480.

<sup>9</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

<sup>10</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Senso Incomum. Imperdível: professor e juiz explicam a literalidade da Constituição**. Revista Consultor Jurídico, 1 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/senso-incomum-imperdivel-professor-juiz-explicam-literalidade-constituicao>>. Acesso em: 30/08/2018: “[...] O artigo de Dallari requenta argumentos como o de que artigo 5º, LVII da Constituição Federal impediria qualquer tipo de prisão cautelar, o que por si representa erro crasso de dogmática processual penal; [...] Ora, sobre o primeiro ponto: a boa dogmática já deixou claro, há muito, que prisão cautelar não é pena antecipada”.

<sup>11</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30/08/2018.

Nesse sentido, preleciona o processualista civil, Fredie Didier Júnior, que tal instituto é:

[...] uma concretização do princípio da segurança jurídica. A coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica resultando em um “direito adquirido” reconhecido judicialmente.<sup>12</sup>

E ainda, prossegue o preclaro professor:

Há, ainda, uma dimensão objetiva de proteção da segurança jurídica que se relaciona à coisa julgada: a coisa julgada é inviolável por lei; a inviolabilidade da coisa julgada por lei posterior é um direito fundamental.<sup>13</sup>

De igual sorte, tratando do tema, Humberto Theodoro Júnior tem lição clara:

[...] A situação emergente da definição e comando da sentença, toda ela adquire a força de lei entre as partes e o juiz, de modo a impedir que novas discussões e novos julgamentos a seu respeito venham a acontecer. [...] Por isso é lícito afirmar que o trânsito em julgado torna imutável e indiscutível aquilo que na sentença se assentou em torno do litígio outrora estabelecido.<sup>14</sup>

A despeito das lições expostas terem sido extraídas de textos que tratam exclusivamente do processo civil, certo é que o instituto do trânsito em julgado é universal e tem aplicação em todo o ordenamento jurídico e ocorre quando se esgotam todos os recursos cabíveis para hostilizar uma sentença ou quando decorre *in albis* o prazo para interposição dos referidos recursos.<sup>15</sup>

Quanto à execução antecipada de pena, diz-se que essa modalidade de cumprimento de pena é a que a execução do comando contido na sentença penal condenatória tem início antes do trânsito em julgado.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 595.

<sup>13</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 595.

<sup>14</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1088-1089.

<sup>15</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 410.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

Referida modalidade de execução, desde a inauguração da nova ordem constitucional em 1988, é demasiadamente controvertida no bojo da doutrina e jurisprudência nacional.

O debate se acirrou ainda mais após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 de 2016, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria apertada, reviu a jurisprudência, que desde 2009 encontrava-se estável e contrária à execução de pena antes do trânsito em julgado.

Referido debate tem como pano de fundo o disposto no artigo 637, do Código de Processo Penal, cuja redação é:

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.<sup>17</sup>

O aludido dispositivo nunca teve sua redação alterada desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal, que se deu em 1º de janeiro de 1942, e que, por óbvio, carece de uma interpretação em consonância com os mandamentos constitucionais.

Referido texto do Código de Processo Penal é frequentemente invocado para justificar a execução antecipada de pena, conforme se extrai de excertos do ministro Edson Fachin, quando do julgamento dos pedidos cautelares das ADC's 43 e 44:

Como se sabe, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata. Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.<sup>18</sup>

E continuou o eminente ministro:

Como dito, o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 30/08/2018.

<sup>18</sup> BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Distrito Federal. Voto do Ministro Edson Fachin**. p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 30/08/2018.

execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação. A afirmação da vigência e constitucionalidade do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP,<sup>19</sup> razão pela qual mantenho meu entendimento naquele julgamento exposto.

Convém consignar, também, que outros argumentos de cunho eminentemente metajurídicos, tais como efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal, baixo índice de provimento de recursos de natureza extraordinária e clamor da sociedade, são invocados para justificar a execução antecipada da pena, conforme se infere da seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE MEDIDA CAUTELAR. 1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 83 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal. [...] 4. O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp.[...].<sup>20</sup>

Assim, conceituados os principais institutos envolvidos no debate quanto ao momento de execução de sentença penal condenatória, pode-se notar que a celeuma é demasiadamente vultosa e divide a opinião dos mais renomados juristas no Brasil e também dos ministros da suprema corte brasileira.

<sup>19</sup> BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Distrito Federal. Voto do Ministro Edson Fachin.** p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 30/08/2018.

<sup>20</sup> BRASIL. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.** p. 1-2. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 01/09/2018.



## **CAPÍTULO I – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO**

A presente pesquisa traz neste primeiro capítulo uma abordagem constitucional, mormente no que concerne a supremacia das normas insertas na Constituição, abordando também acerca da interpretação constitucional e seus limites.

Tratar-se-á ainda sobre a discussão a respeito das expressões “princípio da não culpabilidade” e “princípio da presunção de inocência” no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, apresentar-se-á o princípio da presunção de inocência como direito fundamental.

### **1.1 Supremacia das normas constitucionais, interpretação constitucional e seus limites**

O constitucionalismo manifesta-se com a finalidade de limitação do poder do Estatal, sendo âmago da Constituição a separação de poderes e a garantia dos direitos. Nestes termos, dispõe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16º: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.<sup>21</sup>

Nesse sentido, sabe-se que a Constituição é fonte inicial e fundamento das demais normas que integram o ordenamento jurídico, sendo ela parâmetro de existência e validade para as referidas normas que constituem o sistema normativo.

Assim, as normas constitucionais são dotadas de uma característica importante que as distingue das demais normas, característica esta ligada a sua posição no sistema normativo.

A supremacia constitucional, segundo Luís Roberto Barroso, é o postulado sobre o qual se delinea o constitucionalismo contemporâneo, portanto, nenhuma lei

---

<sup>21</sup> **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível em: <<http://www.direitos-humanos.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: 09/10/2018.

ou ato normativo pode subsistir validamente caso seja incompatível com a Constituição.<sup>22</sup>

Desse modo, a Constituição possui superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, sendo incompatível com ela qualquer ato jurídico que viole os preceitos nela dispostos, devendo, assim, todo o sistema normativo conformar-se com as disposições estabelecidas na Carta Maior, tanto sob o ponto de vista forma como material.

Acerca da supremacia da Constituição, Barroso ainda assevera:

[...] é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana. Decorre ela de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos, que se extraem de diversos elementos, dentre os quais a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído, a rigidez constitucional, o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência.<sup>23</sup>

Ainda, acerca da supremacia da Constituição, preleciona Kildare Gonçalves Carvalho:

[...] é a expressão de uma intenção fundacional, configuradora de um sistema inteiro que nela se baseia; tem uma pretensão de permanência ou duração, o que parece assegurar-lhe uma superioridade sobre as normas ordinárias. A ideia de supremacia da Constituição determinou, em primeiro lugar, a distinção entre um poder constituinte, do qual surge a Constituição, e os poderes constituídos, de que emanam todas as normas ordinárias. Daí se deduz a chamada rigidez da norma constitucional, que lhe assegura uma superlegalidade formal impositiva de formas reforçadas de mudança constitucional frente aos procedimentos ordinários. A ideia de supremacia da Constituição leva também ao reconhecimento de uma superlegalidade material, que assegura uma preeminência hierárquica sobre todas as demais normas do ordenamento, obra do poder constituinte. Essas normas somente serão válidas se não contradizerem não apenas o sistema formal de sua produção, como ainda o quadro de valores e de limitações do poder, que se expressa na Constituição.<sup>24</sup>

Visando assegurar a supremacia da Constituição, o mecanismo da jurisdição constitucional destina-se a fazer prevalecer os comandos contidos na Carta Magna, sendo o controle de constitucionalidade criado para declarar a invalidade e suspender a eficácia de atos normativos que sejam conflitantes com a Constituição.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 108.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.108-109.

<sup>24</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 21 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 422.

Portanto, o controle de constitucionalidade é uma garantia constitucional, estando relacionado com a rigidez constitucional e com a supremacia de seus mandamentos.

Gozando, portanto, as normas constitucionais de supremacia perante todas as demais normas do ordenamento jurídico e tendo sido criado mecanismo jurídico capaz de fazer cessar toda e qualquer afronta que se ensaie contra a Constituição, necessário se faz discorrer acerca das modalidades de interpretação desenvolvidas durante os anos pelos estudiosos do direito.

Como se sabe, as normas jurídicas, em regra, têm um alto grau de abstração. Com as normas constitucionais não seria diferente, a despeito da Constituição da República Federativa do Brasil ser analítica e esmiuçar alguns temas, suas normas, em sua grande maioria, ainda detêm o supracitado alto grau de abstração.

E assim é, pois, não sendo possível ao constituinte originário prever todas as situações possíveis de incidência das normas, ele lança mão de termos “vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana”.<sup>25</sup>

Neste diapasão, no intento de interpretar aludidas normas, com o fito de aplicá-las às situações concretas do dia-a-dia, encontramos a finalidade da interpretação que, nos dizeres do eminente ministro Luís Roberto Barroso, nada mais é que:

[...] atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade.<sup>26</sup>

A interpretação das normas constitucionais se dá em diversos planos de análises, sendo eles o jurídico ou dogmático, o teórico ou metodológico e o da justificação política ou da legitimação democrática.

Dentro de referidos planos de análise desdobram-se basicamente todas as teorias da interpretação, tais como, no plano jurídico, “os elementos de interpretação, que incluem, na sistematização tradicional, o gramatical, o histórico, o

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 305.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304.

sistemático, o teleológico, bem como figuras como o costume, a interpretação extensiva ou restritiva”.<sup>27</sup>

No plano teórico surgem as teorias do formalismo, a reação antiformalista, o positivismo e a volta aos valores e no plano da justificação política, a interpretação, ainda nos dizeres de Barroso:

Lida, substancialmente, com a questão da separação de Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. É no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolvem entre o processo político majoritário – feito de eleições, debate público, Congresso, Chefes do Executivo – e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes – e.g, na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração as omissões constitucionais.<sup>28</sup>

Traçadas essa síntese do que vem a ser a interpretação constitucional, o que se revela de suma importância para a conclusão que se propõe, de fato, são os limites para a interpretação das normas constitucionais.

Mais uma vez, curial trazer à baila o magistério irrepreensível de Luís Roberto Barroso no que tange aos limites da interpretação:

Ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da constituição (...) há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.<sup>29</sup>

Não destoia deste entendimento acerca do limite da interpretação da constituição Kildare Gonçalves Carvalho, que assevera que é “necessária a

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 308.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

consideração de que a atividade do intérprete não é absoluta. Inadmite-se que ele, ao mudar o sentido da norma constitucional, possa vir mudar o texto”.<sup>30</sup>

Tratando do tema, o eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, afirma com veemência:

Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.<sup>31</sup>

Desta feita, como se nota, a despeito de haver diversas teorias que tratam sobre a interpretação das normas constitucionais é pacífico que toda interpretação possui limite, não podendo a interpretação transcender os limites semânticos das palavras inseridas no texto.

## **1.2 O princípio da não culpabilidade e o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro**

Acerca do princípio da presunção de inocência, parte da doutrina interpreta que a Constituição de 1988 não presume ninguém como sendo inocente, mas não admite culpa previamente, sendo referido princípio chamado de princípio da presunção de não culpabilidade.

Quando se fala do princípio da presunção de inocência ou princípio da presunção de não culpabilidade, doutrinariamente, existe discordância acerca da nomenclatura, haja vista que ambas as expressões têm o mesmo sentido, ou seja, impedir que alguém seja considerado culpado até que seja provada sua culpa.

Nesse sentido, por não existir no ordenamento jurídico brasileiro a expressão “inocente”, alguns doutrinadores optam pela utilização do termo não culpabilidade, tendo em vista que no texto constitucional há menção da palavra “culpado”.

Edilson Mougnot Bonfim assevera que a expressão “presunção de inocência” é de utilização vulgar, não sendo a técnica correta, uma vez que

---

<sup>30</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 21 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 418.

<sup>31</sup> BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Marco Aurélio**. p. 3. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>>. Acesso em: 20/08/2018.

presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um indício a um fato probando, sendo ele o nome jurídico para descrição desse íterim entre ambos.<sup>32</sup>

Assim, entende o autor que a consagração de um princípio da não culpabilidade é o correto, haja vista que a Constituição Federal em seu artigo 5º, LVII, não afirma presumir a inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete afirma que:

[...] melhor é dizer-se que se trata do “princípio da não-culpabilidade”. Por isso, a nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.<sup>34</sup>

Lado outro, a discussão sobre a utilização de um ou outro termo decaiu em razão do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.<sup>35</sup>

Entretanto, a utilização da expressão princípio da presunção de inocência não está incorreta, haja vista que possui o mesmo sentido e conteúdo do termo presunção da não culpabilidade.

Nesse sentido, assevera Guilherme de Souza Nucci que o princípio da presunção de inocência é reputado, de igual modo, como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, tendo como definição que a todo acusado presumir-se-á a inocência até que seja provada sua culpa por sentença condenatória transitada em julgado.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99.

<sup>33</sup> MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99.

<sup>34</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

<sup>35</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09/10/2018.

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76-77.

Interpreta o autor, que a inocência está inerente ao homem desde seu nascimento, sendo responsabilidade do Estado provar que o acusado é culpado, podendo somente assim submeter punição.

Em obra escrita com Valério de Oliveira Mazzuoli, afirma Luiz Flávio Gomes que o termo princípio da presunção de inocência é o correto, conforme se nota:

O correto é mesmo falar em princípio a presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da presunção da não culpabilidade [...]. Trata-se de princípio consagrado não só no artigo 5º, 2, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.<sup>37</sup>

Desse modo, a divergência se dá por uma preferência na adoção dos termos, mas em detida análise, verifica-se que ambos possuem o mesmo sentido, que é o de assegurar que o acusado não seja considerado culpado antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

### 1.3 A presunção de inocência como direito fundamental

O primeiro instrumento normativo que tratou acerca do princípio da presunção de inocência foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º, que preceitua:

**Art. 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>38</sup>

Posteriormente, referido princípio foi ratificado na Declaração Americana de Direitos e Deveres de 1948 em seu artigo 26, bem como na Declaração Universal

---

<sup>37</sup> BRASIL. MPRJ. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. 55. ed. 2015, p. 368. Disponível em: <[http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj\\_55/files/assets/basic-html/index.html#368](http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/index.html#368)>. Acesso em: 20/10/2018.

<sup>38</sup> **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. 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: 20/10/2018.

dos Direitos Humanos, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, na Resolução 217 A (III), em 10 de dezembro de 1948.

Sendo o Brasil um dos membros fundadores da Organização das Nações Unidas (ONU), colaborou com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo signatário do referido tratado.

Referido documento trata acerca do princípio da presunção da inocência em seu artigo 11, conforme se observa a seguir:

Toda a pessoa acusada de um ato 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>39</sup>

Como consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o princípio da presunção de inocência consolidou-se mundialmente, assegurando à pessoa humana um estado de inocência quando é acusada de cometer algum delito.

Ato contínuo, outro instrumento normativo internacional que mencionou aludido princípio é a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, instituída pelo Conselho da Europa em 4 de novembro de 1950.

Na predita Convenção, a presunção de inocência é apontada de forma hialina, em seu artigo 6º, asseverando que: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.<sup>40</sup>

Outro instrumento que dispõe acerca do princípio em tela é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo este adotado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 592 de 6 de junho de 1992, trazendo em seu texto o princípio

---

<sup>39</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 20/10/2018.

<sup>40</sup> **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 20/10/2018.



da seguinte forma: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.<sup>41</sup>

Na sequência, o princípio em voga ainda foi adotado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, entrando em vigor no Brasil conforme o Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.<sup>42</sup>

Ainda, insta salientar outro instrumento que trata acerca da presunção de inocência, o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, que entrou em vigor no Brasil através do Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002.<sup>43</sup>

Diante do exposto, verifica-se que a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o princípio da presunção de inocência passou a vigorar de forma mundial, sendo reconhecido por diversos diplomas internacionais e principalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sensível ao avanço dos direitos sociais e individuais da pessoa humana em todo o mundo, o Constituinte brasileiro, ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, instaurando um Estado Democrático de Direito, alçou a presunção da inocência a um dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, acerca do princípio em questão, Aury Lopes Júnior, se arrimando no escólio irrepreensível de Ferrajoli, afirma que a presunção de inocência:

[...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor de tutela de imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também, uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na justiça.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de junho de 1992**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-592-6-julho-1992-449004-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20/10/2018.

<sup>42</sup> BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20/10/2018.

<sup>43</sup> BRASIL. **Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 20/10/2018.

<sup>44</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

Desse modo, observa-se que a Carta Maior estabelece que aquele acusado de cometer um crime deve ser tratado como se inocente fosse até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado, ou seja, o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro está além da comprovação de culpa, sendo necessário também o trânsito em julgado para que alguém seja considerado culpado.

## **CAPÍTULO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

No segundo capítulo, será elaborado um estudo do direito processual à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trazendo à baila as modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os requisitos para o decreto prisional.

Ao final deste capítulo, será demonstrada a incompatibilidade do artigo 637 do Código de Processo Penal com o ordenamento jurídico vigente.

### **2.1 Modalidades de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro**

Acerca do conceito de prisão, afirma Edilson Mougenot Bonfim que é a cessação da liberdade de um indivíduo, sendo esta por ordem judicial ou motivo lícito.<sup>45</sup>

De igual modo, Guilherme de Souza Nucci conceitua a prisão da seguinte forma:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena.<sup>46</sup>

Nesse íterim, segundo Edilson Mougenot Bonfim, a prisão pode ser classificada como prisão-pena, ou seja, resultante de sentença penal condenatória transitada em julgado, onde a pena é o cerceamento da liberdade, bem como prisão sem pena, aquela que não origina de sentença condenatória transitada em julgado, como a prisão civil, administrativa, disciplinar e as prisões processuais.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 577.

<sup>46</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 543.

<sup>47</sup> MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 577-578.

Desse modo, a prisão oriunda de condenação é regulamentada pelo Código Penal, onde são apresentadas suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado.

No que tange as prisões processuais, também denominadas de cautelares ou provisórias, estas estão firmadas no Código de Processo Penal, prevalecendo até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Ainda, pertinente sobrelevar os fundamentos constitucionais da prisão, amparados na doutrina irrepreensível de Guilherme de Souza Nucci:

A regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização. Os incisos 3. LXII, LXIII, LXIV e LXV, do mesmo artigo, regulam a maneira pela qual a prisão deve ser formalizada.<sup>48</sup>

No que concerne as prisões cautelares, Nucci as divide em seis espécies, prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia.

Nesse sentido, abordar-se-á doravante, acerca das principais modalidades: prisão temporária, prisão em flagrante e prisão preventiva.

Quanto à prisão temporária, cujo prazo é de cinco dias, sabe-se que seu objetivo é garantir uma investigação policial eficiente, quando se trata de infração de natureza grave. É a única espécie de prisão prevista em lei extravagante, sendo a lei nº 7.960/89.<sup>49</sup>

As situações que autorizam referida prisão estão previstas no artigo 1º da Lei nº 7.960/89, quais sejam: “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”, e por fim quando houver

---

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 543.

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm)>. Acesso em: 21/10/2018.

fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no referido artigo.<sup>50</sup>

No que tange a prisão em flagrante, verifica-se que esta é uma modalidade de prisão cautelar que possui, inicialmente, natureza administrativa, haja vista que não há a necessidade de expedição de mandado de prisão, conforme artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, sendo esta realizada no momento em que se desenvolve ou finaliza a infração penal.

Assim, a partir de sua formalização pela lavratura do auto pela autoridade policial, submetida à confirmação do juiz, e sendo esta confirmada por decisão judicial, torna-se prisão cautelar, sujeita aos mesmos critérios da prisão preventiva.

No que se refere à prisão preventiva, conforme preleciona Nucci, “trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”.<sup>51</sup>

E continua o exímio doutrinador:

No ensinamento de FREDERICO MARQUES, possui quatro pressupostos: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*, ou seja, “fumaça do bom direito”); c) perigo na demora (*periculum in mora*); e d) controle jurisdicional prévio (*Elementos de direito processual penal*, v. 4, p. 58).<sup>52</sup>

Referida modalidade de prisão pode ser decretada, conforme dispõe o artigo 311 do Código de Processo Penal, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mediante representação da autoridade policial. O juiz pode decretá-la, de ofício, desde que no curso da ação penal.<sup>53</sup>

Ainda dentro das modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico dentro da fase processual, pertinente discorrer acerca da prisão domiciliar, criada pela Lei 12.403/2011.

---

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm)>. Acesso em: 21/10/2018.

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 575.

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 575.

<sup>53</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22/10/2018.

Essa modalidade de prisão estabelece hipóteses de cumprimento da prisão preventiva em residência, fora do cárcere fechado, conforme disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal.<sup>54</sup>

## 2.2 Requisitos para o decreto prisional

Como é cediço, “não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal”.<sup>55</sup> Referido excerto é, *ipsis litteris*, o que consta no artigo 1º, do decreto-lei nº 2.848/1940, que instituiu o Código Penal.

De referida norma se extrai o princípio da legalidade, assim como referido princípio encontra-se insculpido na Carta Magna de 1988, no artigo 5º, incisos II e LIV.

Neste diapasão, a legalidade que rege tanto o direito penal quanto o direito processual penal é, em síntese, a necessidade:

[...] tanto de regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos efetuada por ocasião de um processo penal. Logo, por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais deverão ser previstas por lei (*nulla coactio sine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia. Evita-se, assim, que o Estado realize atuações arbitrárias, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade.<sup>56</sup>

Como corolário da inarredável observância ao princípio da legalidade, toda restrição de liberdade tem seus requisitos descritos na lei.

Neste ponto, antes de delinear os requisitos para o decreto prisional, curial que se faça a distinção entre prisão penal e prisão processual.

A primeira é aquela “cuja finalidade manifesta é repressiva, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade”.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22/10/2018.

<sup>55</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22/10/2018.

<sup>56</sup> LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017, p. 85.

<sup>57</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006, p. 361.

A prisão processual, também chamada de prisão provisória, que é a modalidade de prisão que importa, por ora, “é a prisão cautelar, em sentido amplo”, e seus requisitos estão delineados na lei.<sup>58</sup>

A primeira modalidade é a prisão em flagrante. Suas regras estão nos artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal.

Para que seja imposta uma prisão em flagrante aos cidadãos, dispõe o artigo 302, do supracitado *Códex*:

Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.<sup>59</sup>

Neste diapasão, excetuadas os requisitos dispostos no artigo citado, não há que se falar em prisão em flagrante.

Há, também, a prisão preventiva, referida modalidade de prisão, nos dizeres de Mirabete é:

Uma medida cautelar constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, em face da existência dos pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais da segurança.<sup>60</sup>

Os citados pressupostos legais estão inseridos no artigo 312, do Código de Processo Penal, que dispõe, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

---

<sup>58</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006, p. 361.

<sup>59</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22/10/2018.

<sup>60</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006, p. 389.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.<sup>61</sup>

Preenchidos os requisitos aludidos, a lei ainda condiciona a aplicação da prisão preventiva aos casos declinados no artigo 313, do *Códex* de direito processual, que dispõe:

Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...] Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>62</sup>

De outra banda, ainda existem a prisão resultante de pronúncia, disposta nos artigos 282 e 408, do Código de Processo Penal e a prisão temporária, cujos requisitos são enumerados pela Lei nº 7.960/89.

Suficiente para atingirmos o objetivo do presente trabalho, dissecarmos os requisitos para a prisão preventiva.

De início, urge consignar que é pressuposto para o decreto prisional na referida modalidade a existência de prova do crime e indícios suficientes da autoria, conforme se extrai da parte final do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Acerca dos fundamentos para o decreto da prisão preventiva, em primeiro lugar temos a garantia da ordem pública, se caracterizando que são, em síntese,

---

<sup>61</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22/10/2018.

<sup>62</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22/10/2018.



“providências de segurança necessárias para evitar que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares”.<sup>63</sup>

De outra banda, permite-se a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica que, nos dizeres de Edilson Mougenot Bonfim é:

Hipótese trazida pela lei nº 8.884/94, que tem origem histórica no combate aos chamados “crimes do colarinho branco”. O encarceramento, nesse caso, visa impedir que o indiciado ou réu continue sua atividade prejudicial à ordem econômica e financeira.<sup>64</sup>

Temos ainda a autorização da preventiva por conveniência da instrução criminal, ou seja, “trata-se de segregar o acusado para impedir sua atuação com vistas a influenciar a colheita de provas”.<sup>65</sup>

E por derradeiro, permite-se a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal que, em apertada síntese, se faz necessária para assegurar que o acusado estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta.

### **2.3 A dissonância do artigo 637 do Código de Processo Penal com a ordem jurídica vigente**

Dispõe o artigo 637, do Código de Processo Penal brasileiro 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”.<sup>66</sup>

Cuidou o legislador de não dotar o recurso extraordinário e recurso especial de efeito suspensivo, autorizando, portanto, a execução de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado.

Como é trivial, a redação do aludido artigo não sofreu mutação legislativa e permanece incólume desde sua edição, nos longínquos anos de 1940.

---

<sup>63</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006, p. 390.

<sup>64</sup> MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 607.

<sup>65</sup> MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 608.

<sup>66</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 22/10/2018.

Todavia, no ano de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que é a lei suprema que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Referida constituição é o parâmetro de validade de todas as outras normas do sistema jurídico, e, portanto, a “norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior”.<sup>67</sup>

Não restam dúvidas acerca da superioridade das normas constitucionais que, ainda nos moldes do magistério de Barroso, assim são porque:

Nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição.<sup>68</sup>

Neste compasso, encontra-se inserida no artigo 5º, inciso LVII, da supracitada Constituição de 1988 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>69</sup>

Salta-nos aos olhos, de plano, a contradição existente entre o que dispõe o artigo 637, do código de processo penal e o que consta no artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Se o estado de inocência permanece até que se opere a preclusão maior da sentença penal condenatória, não se pode, ainda assim, iniciar o cumprimento de uma pena, antes que ocorra a citada preclusão, pois inocentes não cumprem pena.

Esse é um raciocínio básico e de fácil percepção até mesmo para o senso comum e, inclusive, era o entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, em 2009 quando, por maioria de votos, decidiu-se que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 202.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

<sup>69</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 25/10/2018.

Restou decidido, portanto, que mesmo os recursos extraordinários e especiais não possuindo efeito suspensivo, não seria possível a execução antecipada da pena enquanto não houvesse preclusão maior de sentença penal condenatória.

Assim, considerando a superioridade da norma constitucional em face do que dispõe a norma infraconstitucional de vigência anterior com sentido totalmente contrário, indene de dúvidas que não há recepção da norma infraconstitucional pela nova ordem constitucional.

Destarte, percebe-se que o referido artigo 637 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Carta Maior.

De mais a mais, há quem não comungue do entendimento acerca da não recepção do artigo 637, do código de processo penal, pela Constituição de 1988.

Contudo, mesmo assim, nota-se clara dissonância da referida norma infraconstitucional com o ordenamento jurídico vigente.

É que, muito embora a norma do exaustivamente citado artigo 637, do Código de Processo Penal, autorize a execução provisória de acórdão condenatório, sob o fundamento de que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, aludido dispositivo foi claramente revogado pela Lei nº 12.403/11<sup>70</sup>, que conferiu nova redação ao artigo 283 do mesmo *Códex*, que dispõe:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>71</sup>

Conforme se depreende do dispositivo citado alhures, nota-se que este tem redação hialina ao determinar as circunstâncias em que existe restrição à liberdade de locomoção no processo penal, quais sejam: a prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, sendo estas as únicas modalidades de prisão cautelar que podem ser decretadas no curso da investigação ou do processo; bem

---

<sup>70</sup> BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 25/10/2018.

<sup>71</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 25/10/2018.

como a prisão penal, que só é permitida com a preclusão maior de sentença condenatória.<sup>72</sup>

Nesse toada, conforme preleciona Renato Brasileiro de Lima, a formação da coisa julgada é um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da sentença penal, que é impedida pela interposição de recurso, ordinário ou extraordinário, dotado de efeito suspensivo ou não.<sup>73</sup>

E continua o professor:

Logo, o caráter "extraordinário" dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter "extraordinário" desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução da pena. Por mais que a Lei nº 12.403/11, responsável pela nova redação do art. 283 do CPP, não tenha feito qualquer referência ao art. 637 do CPP, é no mínimo estranho admitirmos que um dispositivo legal autoriza a execução da pena tão somente com o trânsito em julgado de sentença condenatória, enquanto outro a autoriza pelo fato de não outorgar efeito suspensivo aos recursos extraordinários.<sup>74</sup>

A revogação asseverada é corolário lógico da aplicação de uma hermenêutica jurídica correta, que leva em consideração a redação do artigo 2º, §1º, da lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe, *in verbis*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.  
§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.<sup>75</sup>

Com efeito, considerando que a lei 14.403/11 é posterior ao decreto-lei 3.689/1941 e que há clara incompatibilidade entre o artigo alterado pela primeira e o artigo 637 da segunda, conclui-se, também, que houve sua revogação.

---

<sup>72</sup> LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017, p. 49.

<sup>73</sup> LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017, p. 49.

<sup>74</sup> LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017, p. 49-50.

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 27/10/2018.

Se não bastasse isso, urge esclarecer que não pode prosperar a alegação de que o novo Código de Processo Civil revogou de forma clara o artigo 283 do Código de Processo Penal, pois, apesar de dispor, em seus artigos 995 e 1.029, §5º, que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, o código de processo civil somente pode ser aplicado no âmbito processual penal subsidiariamente e quando restar evidenciada a existência de uma lacuna.

No caso em questão, como não existe omissão no Código de Processo Penal, não se admite a revogação de seus dizeres por uma norma genérica prevista no novo Digesto Instrumental Civil.<sup>76</sup>

Por todo o exposto, resta evidente, que o artigo 637, do código de processo penal não encontra guarida no ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>76</sup> LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017, p. 50.

## CAPÍTULO III – A EXECUÇÃO PENAL

O terceiro e último capítulo tem por finalidade tratar da execução penal no direito brasileiro, bem como o momento em que ocorre o trânsito em julgado.

O estudo citado alhures terá o condão de corroborar com a argumentação acerca da análise da impossibilidade de execução penal definitiva após o julgamento de segundo grau na atual ordem jurídica vigente.

### 3.1 A execução penal e execução antecipada da pena no Brasil

A execução da pena está compreendida em vários diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro, sendo eles a Lei de Execuções Penais, número 7.210/84, reputada como LEP, como também no Código Penal e Código de Processo Penal.

Conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci, a execução penal “trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”.<sup>77</sup>

Assevera, ainda, o preclaro doutrinador, que a execução penal é um processo jurisdicional, cujo objetivo é efetivar a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, também, atividade administrativa, haja vista que o cumprimento da pena se dá em estabelecimentos administrativos custeados e sob a responsabilidade do Executivo.<sup>78</sup>

Diante disso, a Lei de Execução Penal estabelece que o processo de execução penal deve reger-se pelos dispositivos nela contidos, bem como pelo Código de Processo Penal, assegurando todos os princípios e direitos ao acusado, sem fazer distinções, sejam elas de natureza racial, social, religiosa ou política.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 938.

<sup>78</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 939-940.

<sup>79</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 30/10/2018.

Nesse sentido, a execução da pena, em regra, tem seu início após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impondo pena privativa de liberdade se o réu estiver preso ou vier a ser preso, expedindo o juiz da condenação a guia de recolhimento, conforme dispõe o artigo 105 da Lei de Execução Penal.<sup>80</sup>

Contudo, atualmente, em razão do artigo 2º, parágrafo único da Lei de Execução Penal, o qual diz: “Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”<sup>81</sup>, tem sido admitida a execução provisória da pena podendo o condenado à pena privativa de liberdade, desde que esteja preso cautelarmente, executá-la provisoriamente, mormente quando pretende a progressão de regime, requerendo a passagem do regime fechado para o regime semiaberto.<sup>82</sup>

Assim, quanto a execução antecipada da pena, há divergências e constante discussão, na doutrina e jurisprudência brasileira, haja vista que contraria a literalidade do texto constitucional.

Ante o exposto, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento, sustentado por muitos anos acerca da inconstitucionalidade dessa execução antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, passando a permitir referida modalidade de execução penal.

A objeção a execução antecipada da pena, tem seu foco na Constituição Federal de 1988, haja vista que embora existam divergências jurisprudenciais e exista previsão na Lei de Execução Penal, a Carta Maior determina como garantia fundamental o princípio da presunção da inocência, que, conforme já exposto, impõe que até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, ninguém poderá ser considerado como se culpado fosse.

Desse modo, sendo o texto constitucional literal em relação ao antedito princípio, ainda que alguém seja condenado penalmente, não poderá recair sobre ele à prisão, sequer qualquer efeito de sua condenação até que se esvaíam todos os meios de defesa.

---

<sup>80</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 970.

<sup>81</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 30/10/2018.

<sup>82</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 971.

O ato de considerar o réu como culpado, em detrimento de sentença penal condenatória recorrível, contradiz com o bem que o princípio da presunção de inocência tutela, que é a liberdade, haja vista que até que se esvaiam os recursos para atacar uma sentença penal condenatória, ainda há probabilidade de reversão da decisão e até mesmo absolvição do réu.

Seguindo nesse raciocínio, o direito de recorrer justifica-se na necessidade de controlar o ato estatal, de forma que o recurso autoriza a revisão do julgado por um órgão judicial mais experimentado.

Diante do reexame, resta garantido o duplo grau de jurisdição, que prevê pluralidade de instâncias e competências originárias e recursais. Desse modo, a revisão do julgado por outro órgão mostra-se importante para um resultado mais certo, buscando a redução de erros.<sup>83</sup>

Sabe-se que não é somente quando ocorre o trânsito em julgado de uma sentença penal que alguém poderá ser preso, uma vez que a Constituição prevê hipóteses excepcionais em que a prisão poderá acontecer.

Conforme o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição, há exceções que autorizam a prisão antes de uma possível condenação definitiva:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.<sup>84</sup>

Nesse diapasão, Renato Brasileiro de Lima assevera que o princípio da presunção de inocência não proíbe a prisão cautelar por razões excepcionais e tendentes a garantir a efetividade do processo. Assim, se o princípio for visto radicalmente, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, acabará por inviabilizar o processo penal.<sup>85</sup>

E continua o professor:

---

<sup>83</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 31/10/2018.

<sup>84</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 31/10/2018.

<sup>85</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017, p. 45.



O inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal durante o processo, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto.<sup>86</sup>

Entretanto, em que pese a Constituição autorizar a prisão em hipóteses excepcionais, a regra é que para que uma pessoa seja presa no Brasil deverá ser provada sua culpa por meio do procedimento legal pertinente, garantidos os direitos de defesa e aguardando o trânsito em julgado da condenação criminal.

Conforme entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, o Estado não deve ultrapassar os limites impostos pela Carta Maior. Nesse sentido:

Importante insistir na asserção, Senhores Ministros, de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições. A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.<sup>87</sup>

E continuou o ilustre ministro:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017, p. 45.

<sup>87</sup> BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 31/10/2018.

<sup>88</sup> BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 31/10/2018.

Por todo o exposto, levando em consideração a garantia do duplo grau de jurisdição presente no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser respeitado o limite imposto pelo trânsito em julgado disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988 para que a pena seja cumprida.

### 3.2 O momento em que ocorre o trânsito em julgado

O instituto do trânsito em julgado ou coisa julgada está presente em nosso ordenamento jurídico e possui matriz constitucional, haja vista que o artigo 5º, inciso XXXVI, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.<sup>89</sup>

Assim, instrui o processualista civil, Fredie Didier Júnior, que o trânsito em julgado é efetivação do princípio da segurança jurídica, entendendo que o referido instituto coloca fim a discussão sobre determinada situação jurídica dando origem a um direito judicialmente confirmado. Desse modo, a coisa julgada é inviolável por lei.<sup>90</sup>

Nesse sentido, também leciona Humberto Theodoro Júnior:

[...] A situação emergente da definição e comando da sentença, toda ela adquire a força de lei entre as partes e o juiz, de modo a impedir que novas discussões e novos julgamentos a seu respeito venham a acontecer. [...] Todas as questões decididas na sentença de mérito adquirem, com o trânsito em julgado, a *força de lei*, como claramente dispõe o art. 503 do NCPC, elucidando, assim, até onde vai a imutabilidade e indiscutibilidade previstas no art. 502 do mesmo Código. [...] Por isso é lícito afirmar que o trânsito em julgado torna imutável e indiscutível aquilo que na sentença se assentou em torno do litígio outrora estabelecido.<sup>91</sup>

Segundo escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

Prolatada a sentença e intimadas as partes, se não for interposto recurso no prazo previsto em lei, a decisão torna-se definitiva, inalterável. Interposto recurso e esgotadas as vias para o reexame da sentença, a última

<sup>89</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01/11/2018.

<sup>90</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 595.

<sup>91</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1088-1089.

manifestação do órgão jurisdicional, confirmando ou modificando a decisão de primeiro grau, também se torna imutável a decisão. Surge então o fenômeno da coisa julgada.<sup>92</sup>

Nesse sentido, o trânsito em julgado tem por base a justiça e segurança jurídica e refere-se a imutabilidade do comando contido na sentença.

Importante ressaltar acerca dos efeitos da sentença condenatória transitada em julgado, que, conforme entende Guilherme de Souza Nucci:

Quando a sentença condenatória transita em julgado produz os seguintes efeitos: a) penais (pode gerar reincidência, impedir ou revogar o *sursis*, impedir, ampliar o prazo ou revogar o livramento condicional, impedir a concessão de penas restritivas de direitos e multa ou causar a reconversão das restritivas de direito em privativa de liberdade, entre outros); b) extrapenais (torna certa a obrigação de reparar o dano, gerando título executivo judicial, provoca a perda dos instrumentos do crime, se ilícitos, do produto ou proveito do crime, além de poder gerar efeitos específicos para determinados crimes, como, por exemplo, a perda do pátrio poder (ou poder familiar, segundo a denominação adotada pelo Código Civil), em crimes apenados com reclusão, cometidos por pais contra filhos).<sup>93</sup>

Portanto, em que pese os ensinamentos expostos terem sido retirados de escritos que versam acerca do processo civil, sabe-se que o instituto do trânsito em julgado é universal e aplica-se em todo o ordenamento jurídico e ocorre quando são esgotados todos os recursos cabíveis para combater uma sentença ou quando decorre o prazo sem a interposição de recursos.

### **3.3 A impossibilidade de execução penal definitiva após julgamento de segundo grau e sua dissonância com a Constituição de 1988**

Superados neste ponto do estudo todos os temas que permeiam a execução de sentença penal condenatória, chega-se à conclusão da impossibilidade de execução penal definitiva após julgamento de segundo grau, e, por corolário, a execução antecipada de pena.

---

<sup>92</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006, p. 481.

<sup>93</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 643.

Impossível impor uma sanção definitiva sem um título judicial transitado em julgado sem que se viole os ditames constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Referido entendimento é avalizado por juristas da escola de José Carlos Porciúncula<sup>94</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>95</sup>, Lênio Luiz Streck<sup>96</sup>, dentre tantos outros de conhecimento jurídico invulgar.

Basicamente, a posição quanto à impossibilidade de execução antecipada da pena reside na interpretação literal, clara, e, portanto, insuperável do que dispõe o artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esse, inclusive, é o julgamento do decano da Suprema Corte Brasileira, ministro Celso de Melo, que afirma, categoricamente que:

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.<sup>97</sup>

Não destoia desse posicionamento e vai além o também ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, ao afirmar:

Observem a organicidade do Direito, levando em conta o preconizado no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O

<sup>94</sup> PORCIÚNCULA, José Carlos. **A execução antecipada da pena: entre a ineficácia e a ilegitimidade.** Revista Consultor Jurídico, 26 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-26/porciuncula-execucao-antecipada-pena-algo-inconcebivel>>. Acesso em: 02/11/2018.

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena.** Revista Consultor Jurídico, 25 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 02/11/2018.

<sup>96</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A presunção da inocência e meu telescópio: 10 pontos para (não) jejuar.** Revista Consultor Jurídico, 2 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/streck-presuncao-inocencia-10-pontos-nao-jejuar>>. Acesso em: 02/11/2018.

<sup>97</sup> BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Melo.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 02/11/2018.

dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido na inicial surge inafastável. Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo.<sup>98</sup>

A doutrina brasileira também tem se posicionado de forma veemente quanto a impossibilidade da execução antecipada da pena, como é o caso de Jullio Fabbrini Mirabete:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: (a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual.<sup>99</sup>

Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa também acrescentam:

Admitir a execução antecipada de uma pena privativa de liberdade, na pendência de recurso (e, como já explicamos aqui, a questão do efeito não tem absolutamente nada que ver com o conceito de trânsito em julgado), quando a Constituição expressamente afirma no seu art. 5º, LVII que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", foi um drible hermenêutico grave.<sup>100</sup>

E continuam:

É a presunção de inocência um 'dever de tratamento' e uma 'regra de julgamento' no terreno das prisões cautelares, e a autorização pelo STF de uma famigerada execução antecipada da pena é exatamente tratar como

---

<sup>98</sup> BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Marco Aurélio.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adc-43-voto-marco-aurelio-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 02/11/2018.

<sup>99</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18 ed. rev. e atual. até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

<sup>100</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Presunção de inocência entre Renans, Garotinhos e linchamentos.** Revista Consultor Jurídico, 9 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-09/limite-penal-presuncao-inocencia-entre-renans-garotinhos-linchamentos>>. Acesso em: 02/11/2018.

culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado.<sup>101</sup>

O eminente Ministro Cezar Peluso tem magistério irrepreensível ao asseverar:

Estou querendo dizer que a regra constitucional não permite que o ordenamento jurídico, e, muito menos, os seus executores, apliquem ao réu, ou a quem se encontre em situação assemelhada à do réu, nenhuma medida de caráter sancionador, nem sequer quando se dê a esta palavra um caráter mais restrito, isto é, nenhuma medida de caráter gravoso ou lesivo à sua esfera jurídica como um todo, e não apenas à sua liberdade, se tal medida só tiver uma explicação jurídica que seja um juízo de culpabilidade — a menos que esse juízo de culpabilidade constitua decisão transitada em julgado. Em outras palavras, não se pode aplicar ao réu, em particular — vamos tratar aqui apenas do réu — nenhuma medida, nenhuma, que seja danosa a seu patrimônio jurídico de liberdade ou até material, e cuja explicação única seja a existência, patente ou latente, de juízo de culpabilidade antes de uma sentença penal condenatória definitiva.<sup>102</sup>

Com efeito, como dito e amparado em juristas de grande envergadura, conclui-se que é impossível que se imponha a execução penal definitiva após julgamento de segundo grau, de forma antecipada, sem que se desrespeite a constituição e todo o seu arcabouço de garantias fundamentais para tutelar os cidadãos.

---

<sup>101</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Presunção de inocência entre Renans, Garotinhos e linchamentos.** Revista Consultor Jurídico, 9 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-09/limite-penal-presuncao-inocencia-entre-renans-garotinhos-linchamentos>>. Acesso em: 02/11/2018.

<sup>102</sup> PELUSO, Cezar. **Constituição brasileira revela amplitude da presunção de inocência.** Revista Consultor Jurídico, 27 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-27/peluso-constituicao-revela-amplitude-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 02/11/2018.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente monografia, pode-se concluir, em detida análise dos dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que versam acerca do referido tema, notadamente a Carta Magna, que a execução antecipada da pena está em dissonância com o artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

O estudo teve como finalidade a análise da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, confrontando-a ao princípio da presunção de inocência que, conforme entendimento de parte da doutrina e até mesmo ministros do Supremo Tribunal Federal, deve ser interpretado como direito fundamental de qualquer pessoa, orientando a todos os operadores do direito que até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o estado de inocência do acusado deverá prevalecer, ou seja, este não será considerado culpado e não sofrerá as consequências de eventual condenação.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento concedido em decisão do *Habeas Corpus* nº 84.078 em 2009, onde havia declarado inconstitucional à prisão antes da preclusão maior de sentença penal condenatória. Até 2009, a Suprema Corte entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

Assim, nos *Habeas Corpus* nº 126.292 e 135.100 em 2016, bem como nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 interpostas respectivamente pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente ao sustentado por muitos anos acerca da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, passando a permitir referida modalidade de execução penal.

Portanto, nota-se certa instabilidade jurídica quanto ao referido tema, o que é lamentável, uma vez que traz consigo também insegurança jurídica à sociedade, tendo em vista que a decisão da Suprema Corte contraria o disposto pela Carta Maior.

Desse modo, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, referida situação, ainda que justificada

de maneira pertinente e com argumentos favoráveis a execução antecipada da pena, viola os direitos e garantias fundamentais contidos na Carta Magna, notadamente no que concerne ao princípio da presunção de inocência.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>>. Acesso em: 31/10/2018.

BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Distrito Federal. Voto do Ministro Edson Fachin**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 30/08/2018.

BRASIL. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso**. Revista Consultor JurDisponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 01/09/2018.

BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 20/08/2018.

BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>>. Acesso em: 20/08/2018.

BRASIL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Marco Aurélio.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adc-43-voto-marco-aurelio-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 02/11/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30/08/2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 30/08/2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de junho de 1992.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-592-6-julho-1992-449004-publicacaoorigina-l-1-pe.html>>. Acesso em: 20/10/2018.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacao-original-1-pe.html>>. Acesso em: 20/10/2018.

BRASIL. **Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 20/10/2018.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm)>. Acesso em: 21/10/2018.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 25/10/2018.

BRASIL. **Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 30/10/2018.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 27/10/2018.

BRASIL. MPRJ. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.** 55. ed. 2015. Disponível em: <[http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj\\_55/files/assets/basic-html/index.html#368](http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/index.html#368)>. Acesso em: 20/10/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 267.** Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 22/10/2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 96.095.** Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 Divulgado 12-03-2009 Publicado 13-03-2009 Ementa Vol-02352-04 PP-00623 RF v. 105, n. 401, p. 563-572. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087383&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/08/2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292.** Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, Processo Eletrônico, DJe-100 Divulgado 16-05-2016 Publicado 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 01/11/2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 135.100.** Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia\\_noticiastf/anexo/hc135100.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia_noticiastf/anexo/hc135100.pdf)>. Acesso em: 01/11/2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição.** 21 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

**Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 20/10/2018.

**Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789.** 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: 09/10/2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Presunção de inocência entre Renans, Garotinhos e linchamentos.** Revista Consultor Jurídico, 9 de dezembro

de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-09/limite-penal-presuncao-inocencia-entre-renans-garotinhos-linchamentos>>. Acesso em: 02/11/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual., até dezembro de 2015. São Paulo: Atlas, 2006.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 20/10/2018.

PELUSO. Cezar. **Constituição brasileira revela amplitude da presunção de inocência**. Revista Consultor Jurídico, 27 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-27/peluso-constituicao-revela-amplitude-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 02/11/2018.

PORCIÚNCULA, José Carlos. **A execução antecipada da pena: entre a ineficácia e a ilegitimidade**. Revista Consultor Jurídico, 26 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-26/porciuncula-execucao-antecipada-pena-algo-inconcebivel>>. Acesso em: 02/11/2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma questão de regra ou de princípio – execução provisória da pena**. Revista Consultor Jurídico, 25 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 02/11/2018.

SILVA. José Afonso da. **Parecer Jurídico**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/afonsa-silva-defende-transito-julgado.pdf>>. Acesso em: 20/08/2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Senso Incomum. Imperdível: professor e juiz explicam a literalidade da Constituição**. Revista Consultor Jurídico, 1 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/senso-incomum-imperdivel-professor-juiz-explicam-literalidade-constituicao>>. Acesso em: 30/08/2018.

STRECK, Lênio Luiz. **A presunção da inocência e meu telescópio: 10 pontos para (não) jejuar**. Revista Consultor Jurídico, 2 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/streck-presuncao-inocencia-10-pontos-nao-jejuar>>. Acesso em: 02/11/2018.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.