

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA  
FACULDADE DE DIREITO

LORENA MOREIRA LACERDA SOTTE

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DE PENA  
ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO CONDENATÓRIA

CARATINGA

2016

LORENA MOREIRA LACERDA SOTTE

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DE PENA  
ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO CONDENATÓRIA

Monografia apresentada ao Curso de Direito das  
Faculdades Integradas de Caratinga- FIC, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito  
Internacional.

Orientador: Prof. Msc. Humberto Luiz Salustiano Costa  
Júnior.

FIC  
2016

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

TERMO DE APROVAÇÃO

TÍTULO DO TRABALHO

Análise da constitucionalidade da execução de pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória

Nome completo do aluno: Lorena Moreira Lacerda Sotte

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado perante a Banca de Avaliação composta pelos professores Flávio Luiz, Rodolfo Assis, Mesonides

às 19:40 horas do dia 16 de dezembro de 2016, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Após a avaliação de cada professor e discussão, a Banca Avaliadora considerou o trabalho: APROVADO (aprovado ou não aprovado), com a qualificação: EXCELENTE (Excelente, Ótima, Bom, Satisfatório ou Insatisfatório).

Trabalho indicado para publicação:  SIM ( ) NÃO

Caratinga, 16 de dezembro de 2016

Professor Orientador e Presidente da Banca

Professor Avaliador 1

Professor Avaliador 2

Aluno(a)

Coordenador(a) do Curso

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar a força e a coragem para seguir nessa vida confiante de que Ele sabe todas as coisas e que todas as coisas acontecem sempre para o nosso bem.

Agradeço a minha família, pelo apoio, carinho e reconhecimento em toda essa minha jornada.

Agradeço em especial meus pais. Minha mãe minha base, minha guerreira, meu alicerce que a cada passo estava ali me ajudando a caminhar, que nunca mediu esforços para que eu pudesse estudar, acreditou em mim a cada minuto e me fez vencer cada obstáculo, a meu pai que sempre buscou o melhor para mim a cada momento.

Agradeço a meus irmãos Léo e Laís pelo incentivo e orgulho de saber que posso contar com eles a qualquer momento.

Agradeço a todos os meus amigos, aqueles que por algum motivo estão um pouco ausentes e aqueles que desde o princípio permaneceu ao meu lado, cada um com sua particularidade fez esse sonho virar realidade, foi com eles que aprendi o conforto de um ombro amigo nas horas difíceis e a celebrar os melhores momentos em meio a tantas risadas. Em especial a Dally, minha prima, amiga, irmã foi ela que me deu o primeiro impulso pra chegar a Faculdade de Direito.

Agradeço de forma especial meu melhor amigo, amor, namorado, marido, que desde o primeiro momento me deu total apoio, carinho, incentivo, dedicação, nos momentos mais difíceis me mostrou caminhos fáceis e nos momentos de alegria soube compartilhar cada instante de felicidade, me fez ver a vida de uma maneira simples pelo qual a persistência nos faz vencer cada obstáculo.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Humberto Luiz e Prof. Juliano Seppe por dividir comigo seus conhecimentos, sempre se mostrando disposto e muito paciente. Agradeço, ainda, pela sua atenção e disponibilidade para me ajudar a concluir este trabalho monográfico.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de uma maneira direta ou indireta fizeram parte dessa jornada e contribuíram para a conclusão deste trabalho.

**“De longe trarei o meu conhecimento e ao  
meu Criador atribuirei a Justiça.”**

**Jó, 36:3**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO 1 – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	12
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	12
1.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL DEMOCRÁTICO .....	13
1.3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	16
1.4. O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. ....	18
CAPÍTULO 2 - A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA.....	22
2.1. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA NO ÂMBITO INTERNACIONAL ..	22
2.2. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA NO BRASIL .....	24
2.3. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	27
CAPÍTULO 3 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS DECISÕES DO STF SOBRE A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA.....	31
3.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	31
3.2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
3.3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	37
3.4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO BRASIL .....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS .....	45

## RESUMO

O tema proposto consiste no estudo da análise constitucional da execução de pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. O texto constitucional é claro ao declarar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Contudo, recentemente o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, decidiu ser possível a execução antecipada da pena, começando a partir de decisão em segunda instância que mantiver a condenação proferida na primeira instância.

Diante da nova decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, eis que surge o questionamento sobre a constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória em face aos limites constitucionais impostos pelo princípio da presunção de inocência.

**Palavras-chaves:** Trânsito em julgado; Execução antecipada da pena; Controle concentrado de constitucionalidade; Princípio da presunção de inocência.

## INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “análise da constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória” tem por objetivo analisar a constitucionalidade da execução de pena antes de ocorrer o trânsito em julgado de condenação penal, em face o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, mudou seu posicionamento, autorizando essa execução após condenação em 2ª instância. Sendo assim, levanta-se como problema se a execução da pena antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória é constitucional.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática. Nesse contexto, será fundamental a interdisciplinaridade, que trata do caminho percorrido entre disciplinas diferentes para abordagem do mesmo assunto, onde o observador obtém informações individualizadas no intuito de construir uma lógica que ligue as ideias estudadas. Serão percorridos, portanto, caminhos através do Direito Constitucional e Direito Internacional.

Frente ao impasse causado pelo tema proposto, onde será analisada a constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado, propõe-se como marco teórico as ideias sustentadas de Renato Brasileiro de Lima:

Com efeito, em virtude do texto expresso do Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, "h"). A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável.<sup>1</sup>

Noutras palavras quer dizer o autor que, ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos admita que a culpa possa ser comprovada logo após

---

<sup>1</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM. 2015. p. 44.

juízo da 2ª instância, não é possível antecipar o cumprimento da pena no Brasil, pois a mesma Convenção garante que não pode haver restrições ou prejuízos de direitos e garantias impostas pelos países signatários.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese de que a determinação da execução de decisão condenatória antes do trânsito em julgado, ou seja, após decisão de 2º grau, mesmo havendo recursos pendentes nas instâncias extraordinárias, é inconstitucional, pois fere o disposto no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro capítulo, intitulado “A presunção de inocência” pretende-se relatar um breve histórico da presunção de inocência, bem como destacar o princípio da presunção da inocência no cenário internacional democrático e como garantia individual na Constituição de 1988.

O segundo capítulo, denominado “A execução antecipada de pena” pretende-se expor como é a execução antecipada de pena no cenário internacional e nacional e como ela, aos longos dos anos, foi abordada pela jurisprudência brasileira.

No terceiro capítulo, a saber, “Controle de constitucionalidade e as decisões do STF sobre a execução antecipada de pena” encerra as discussões pretendidas ao dispor uma análise constitucional acerca da execução da pena antes de ocorrer o trânsito em julgado de decisão penal condenatória.

Analisa-se também, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a autorização da execução de pena antes do trânsito em julgado mediante o controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Desse modo, abarca quais os resultados obtidos, o que possibilitou, portanto, a confirmação da hipótese da pesquisa em epígrafe.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da execução antecipada da pena, é imprescindível a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de analisar a constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “princípio da presunção de inocência”, o “trânsito em julgado”, “controle concentrado de constitucionalidade” e a “execução antecipada da pena”, os quais se passam a expor a partir de então.

A presunção de inocência passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da adesão do país à Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>2</sup> de 1948.

Acerca do princípio da presunção de inocência, Aury Lopes Júnior, citando FERRAJOLI, explica que:

[...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da 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>3</sup>

A Constituição de 1988 trata da referida presunção em seu artigo 5º, inciso LVII, no qual diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>4</sup>

Ocorrerá o trânsito em julgado quando forem esgotados todos os recursos para uma sentença ou quando ultrapassarem os prazos para a interposição dos recursos sem que haja a impugnação de uma sentença. Nesse sentido diz-se que a sentença transitou em julgado quando as partes não interpuserem recurso ou se for negado provimento ao recurso interposto.<sup>5</sup>

Ainda nesse sentido, diz Alexandre Câmara:

---

<sup>2</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 26 abr. 2016.

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em 15 out. 2016.

<sup>5</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Tanto no caso de se terem esgotado os recursos porventura admissíveis, como no caso de ter decorrido o prazo sem que o recurso admissível tivesse sido interposto, torna-se irrecorrível a decisão judicial. No momento em que se torna irrecorrível a decisão judicial, ocorre seu trânsito em julgado.<sup>6</sup>

No que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, este foi adotado inicialmente na Áustria e permite que somente poucos órgãos do Judiciário tomem decisões a respeito da constitucionalidade de atos, sendo de competência exclusiva das supremas cortes dos países, sendo no Brasil o Supremo Tribunal Federal.<sup>7</sup>

Por fim, acerca da execução antecipada da pena, Paulo Queiroz traz o seguinte ensinamento de que a execução penal só deverá ter lugar após ocorrer o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.<sup>8</sup> Dessa forma, só é lícito o mandado de prisão contra o réu para cumprimento da pena depois de exauridos todos os recursos legalmente admitidos.

---

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol.1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>. Acesso em 18 out. 2016.

<sup>8</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2008. p. 362.

## CAPÍTULO 1 – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presente pesquisa traz neste primeiro capítulo uma abordagem do princípio da presunção de inocência desde sua origem, contando de forma breve como esse princípio evoluiu através do tempo até ser positivado.

A seguir, a presunção de inocência é mostrada no cenário internacional democrático, apresentando a forma como este princípio foi positivado nos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos.

Passando ao cenário nacional, será visto no decorrer deste capítulo que a presunção de inocência se faz presente no texto da Constituição Federal de 1988, contida no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Por fim, o estudo abordará a discussão acerca da utilização dos termos “princípio da não culpabilidade” e “princípio da presunção de inocência” no ordenamento jurídico brasileiro.

### 1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em tempos remotos, a pessoa acusada de cometer algum crime deveria provar a sua inocência para não sofrer as punições que os seus povos impunham, pois o que vigorava era o que se pode chamar de princípio da presunção de culpa.

Considerar um indivíduo inocente antes que a sua culpa fosse provada é algo bem recente na história da humanidade.

Paulo Rangel cita um contexto histórico do princípio da presunção de inocência chamando a atenção para seu marco principal no final do século XVIII, onde na Europa Continental, durante o movimento Iluminista, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório que era o dominante desde o século XII. Desse sistema desprovido de qualquer garantia à pessoa humana, surge a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio estatal que presumia a culpa como regra para fins de condenação.<sup>9</sup>

No mesmo período do Iluminismo, Cesare Beccaria iniciou as primeiras discussões acerca da presunção de inocência através de sua obra sua obra *Dos delitos e das penas* de 1764, alegando em suas premissas que:

---

<sup>9</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 24

Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada a sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas. Qual é, portanto, o direito, senão o da força, que autoriza um juiz a punir um cidadão, enquanto há dúvidas se ele é culpado ou inocente?<sup>10</sup>

Dessa forma, Beccaria se referia ao princípio da presunção de inocência como sendo um garantidor do direito de defesa do acusado a fim de evitar que este fosse tratado como se culpado fosse antes mesmo de sua eventual condenação, rompendo assim o antigo sistema inquisitório vigente até então.

Eugênio Pacelli também relata os primórdios do princípio da inocência, citando que a partir da Revolução Francesa esse princípio começou a ganhar forma e o acusado de algum crime passou a ser tratado como presumidamente inocente até que sua culpa fosse efetivamente comprovada.<sup>11</sup>

A partir desse momento, o velho conceito de presumir que o acusado é culpado ainda que haja dúvida acerca da autoria de um crime passou a perder forças e um novo conceito passou a surgir, considerando que qualquer pessoa acusada de cometer um crime deve ser tratada como inocente em meio ao seu processo de acusação, devendo ser considerada culpada somente quando for efetivamente comprovada a sua culpa.

## 1.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL DEMOCRÁTICO

O primeiro instrumento normativo a tratar da presunção de inocência foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adotada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa em 26 de agosto de 1789. A criação deste documento teve por objetivo harmonizar a relação entre o Estado e o homem, sendo observados e garantidos os seus direitos naturais e incontestáveis.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão assegura o direito do cidadão não ser declarado culpado enquanto ainda houver dúvidas sobre sua culpa, devendo este ser considerado inocente até que se prove o contrário.

Nesse sentido, o artigo 9º da referida Declaração que preceitua o seguinte:

---

<sup>10</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 47

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 439.

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>12</sup>

Percebe-se que neste documento, a garantia da presunção de inocência tem reflexo até mesmo no comportamento que se deve ter para prender uma pessoa caso seja necessário, ainda que ela não tenha sido condenada.

Um documento internacional dotado de extrema importância no que tange às garantias e direitos do homem é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conhecida como DUDH. Este documento foi adotado e proclamado pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas acontecida em 10 de dezembro de 1948.

O Brasil sendo um dos membros fundadores e integrante da Organização das Nações Unidas (ONU) participou ativamente da criação da DUDH sendo fiel signatário deste tratado desde então.

Instrumento norteador das garantias e direitos fundamentais da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, a DUDH dispõe sobre a presunção de inocência em seu artigo XI da seguinte forma:

Art. XI. – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.<sup>13</sup>

A partir da DUDH, o princípio da presunção de inocência ganhou força e se consolidou no cenário mundial, garantindo à pessoa humana tratamento digno, como se fosse inocente, quando é acusado de cometer algum crime.

Outro instrumento normativo internacional que faz menção à presunção de inocência 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.

Nesta Convenção, a presunção de inocência é trazida de forma explícita e pode ser encontrada no artigo 6º com a seguinte redação: “2 – Qualquer pessoa

---

<sup>12</sup> **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, França 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 29 out. 2016.

<sup>13</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 10 out. 2016.

acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.<sup>14</sup>

Em 16 de dezembro de 1966 entra em evidência o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Este pacto foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 592 de 6 de junho de 1992 e traz em seu texto a presunção de inocência em seu artigo 14 no qual diz que “2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.<sup>15</sup>

Apesar de vários destes tratados internacionais que versam sobre a presunção de inocência terem origem na Europa, ocorreu em 22 de novembro de 1969 no continente americano, precisamente na cidade de São José da Costa Rica, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos aprovada e promulgada pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Convenção Americana ficou conhecida pelo nome de Pacto de São José da Costa Rica, em referência à cidade e país onde aconteceu a convenção e entrou em vigor no Brasil a partir do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

Esta convenção positivou a presunção de inocência em seu artigo 8º da seguinte forma: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa.”<sup>16</sup>

Outro importante instrumento internacional que trata da presunção de inocência é o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, no qual entrou em vigor no Brasil em 25 de setembro de 2002 mediante o Decreto 4.388.

O Estatuto de Roma estabelece seu artigo 66 que:

Art.66. Presunção de Inocência. 1. Toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em 15 out. 2016.

<sup>15</sup> **BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 15 out. 2016

<sup>16</sup> **CADH. Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 15 out. 2016.

<sup>17</sup> **BRASIL. Decreto n. 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 15 out. 2016

Conforme ora demonstrado, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, surgiram outros instrumentos internacionais de extrema importância para o reconhecimento dos direitos humanos no que diz respeito ao seu tratamento durante uma persecução penal até que a culpa seja efetivamente comprovada ou não.

Com o objetivo de humanizar o antigo sistema repressivo, reduzindo-o ao mínimo necessário, a presunção de inocência ganhou destaque no cenário internacional e principalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

### 1.3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A garantia fundamental da presunção de inocência assegurada no ordenamento jurídico brasileiro está em conformidade com diversos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos.

Entretanto, a adesão a este princípio no Brasil iniciou-se com a promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, sendo ratificada pelas Constituições brasileira de 1967, 1969 e 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 teve por objetivo instituir um Estado Democrático de Direito garantidor dos direitos sociais e individuais da pessoa humana.

Nesse sentido, a presunção de inocência é tratada nessa Constituição de forma além da prevista em alguns tratados internacionais, garantindo que ninguém deverá ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado de decisão penal condenatória.

Esse princípio representa uma expressiva conquista histórica dos direitos e garantias fundamentais no Brasil, pós Ditadura Militar ocorrida entre 1964 e 1985, onde a opressão estatal e o abuso de poder estiveram em evidência na sociedade brasileira.

Após o período da Ditadura Militar, a Assembleia Nacional Constituinte deu ênfase à proteção dos direitos e garantias fundamentais, passando a garantir que qualquer pessoa jamais pode ser considerada culpada antes que o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ocorra.

Nesse sentido Flávio Augusto Antunes ensina que a promulgação da Constituição brasileira de 1988:

[...] teve o condão de romper o sistema autoritário guiado pelo regime militar durante os anos de 1964 a 1985, a fim de se restabelecer o Estado Democrático de Direito. E mais que se afastar o regime anterior, a Constituição brasileira foi extremamente pródiga em estabelecer princípios e normas para guiar a vida em sociedade, expressando nela regras que materialmente não seriam de índole constitucional e sim infraconstitucional apenas, o que fez dela um texto completo, impreciso e extenso, cujo alcance de seus comandos até hoje vem sendo interpretado pelo Poder Judiciário.<sup>18</sup>

Segundo Flávio Augusto Antunes, a Constituição de 1988 veio abolir o autoritarismo aplicado durante o período da Ditadura Militar no Brasil, passando a assegurar garantias fundamentais, princípios e direitos pertinentes à harmonia da vida em sociedade, dos quais se destacam as garantias individuais de proteção dos direitos humanos que presumem inocentes as pessoas até que sua culpa seja plenamente comprovada.

As garantias fundamentais da Constituição de 1988 determinam que qualquer pessoa acusada de ter cometido algum crime no Brasil receberá tratamento como se inocente fosse e não será considerada culpada até que ocorra o trânsito em julgado, caso ocorra contra ela uma decisão penal que a condene.

Tal garantia está expressa no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República de 1988, conforme se lê: “LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>19</sup>

No entanto, vale ressaltar que Constituição de 1988 tem um alcance ainda maior no tocante às garantias fundamentais e direitos humanos, quando comparada aos tratados internacionais citados nesta pesquisa.

Nesse sentido, observa-se no texto constitucional brasileiro determina que a pessoa acusada de cometer um crime deve ser tratada como se inocente fosse até que advenha sobre ele uma condenação penal transitada em julgado. Ou seja, o alcance da presunção de inocência no Brasil está além da efetiva comprovação da culpa, sendo necessária a aplicação do instituto do trânsito em julgado para que ninguém seja considerado culpado.

---

<sup>18</sup> ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 57. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp138665.pdf>. Acesso em 16 out. 2016.

<sup>19</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 15 out. 2016.

Com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil, o Brasil fortaleceu a adoção da presunção de inocência que entra em seu ordenamento jurídico como dogma constitucional, garantido que o acusado submetido à persecução penal seja considerado e tratado presumidamente inocente até se esgotarem todas as opções de defesas e recursos.

Após a Assembleia Nacional Constituinte brasileira consagrar o princípio da presunção de inocência, qualquer medida que leve à coerção da liberdade do indivíduo só poderá ser adotada se for revestida de caráter cautelar ou se for extremamente necessária e proporcional ao delito suposto praticado. Desta forma, a prisão antes do trânsito em julgado só poderá ocorrer sob condições previamente justificáveis como já mencionado.

Os dizeres de Tourinho Filho ilustram bem o sentido das normas positivadas pelo ordenamento jurídico brasileiro:

Enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela.<sup>20</sup>

Segundo Tourinho Filho, não há razão para uma pessoa sofrer os efeitos da condenação antes da sentença condenatória transitar em julgado, uma vez que a Constituição Federal proclama a presunção de inocência, pois está no texto constitucional, “com uma clareza de doer nos olhos, que o réu tem o direito público subjetivo de natureza constitucional de apelar em liberdade”.<sup>21</sup>

Nesse sentido, tem-se que a inserção na Constituição de 1988 e a previsão do princípio da presunção de inocência em vários diplomas internacionais ratificados pelo Brasil corroboram com a vontade do legislador constituinte em abolir a máxima da presunção de culpabilidade outrora esteve presente no Brasil.

#### 1.4. O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, parte da doutrina entende que a Constituição de 1988 não presume ninguém como inocente, mas

---

<sup>20</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual Processo Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

<sup>21</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual Processo Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

apenas desconsidera a culpa previamente, passando então a denominar a presunção de inocência como princípio da não culpabilidade.

A doutrina quando fala em princípio da presunção de inocência ou princípio da presunção de não culpabilidade, diverge-se apenas acerca da nomenclatura, pois ambas possuem o mesmo sentido, qual seja, não permitir que alguém seja considerado culpado até que se prove a sua culpa.

Há autores que preferem a utilização do termo não culpabilidade quando se referem ao ordenamento jurídico brasileiro por não haver no texto constitucional menção à palavra inocente, mas sim à palavra culpado.

Por outro lado, Renato Brasileiro de Lima fala em princípio da presunção de não culpabilidade por estar expressamente contido na Constituição Federal de 1988 o termo “culpado”, quando o texto diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória”.<sup>22</sup>

Para Renato Brasileiro, este princípio consiste:

[...] no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).<sup>23</sup>

Ainda, segundo Renato Brasileiro, em razão da Constituição Federal de 1988 utilizar a expressão “ninguém será considerado culpado”, ela refere-se ao princípio da presunção da não culpabilidade, ao contrário dos Tratados Internacionais que fazem referência à presunção de inocência por trazerem o termo “inocente” em seus textos. Entretanto, por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta Magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade.<sup>24</sup>

Nesse mesmo sentido, Paulo Rangel afirma que:

[...] não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16 out. 2016

<sup>23</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 80

<sup>24</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 80

<sup>25</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. págs. 24 e 25.

Por outro lado, a discussão sobre a utilização de um ou outro termo perde forças em razão do artigo 5º, parágrafo 2º do texto constitucional, no qual diz 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>26</sup>

Sendo assim, não está incorreta a utilização do termo princípio da presunção de inocência em detrimento do princípio da não culpabilidade, pois ambos tem o mesmo sentido e tratam do mesmo conteúdo.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, o princípio da presunção de inocência é “conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado.”<sup>27</sup>

Ainda de acordo com Guilherme Nucci, esse princípio tem por objetivo “garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural e para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação [...] evidenciar a culpa do réu”.<sup>28</sup>

Para o referido autor, a inocência está inerente ao homem desde o seu nascimento, sendo, portanto, responsabilidade do Estado comprovar que a pessoa realmente é culpada por cometer aquele crime do qual é acusada, para somente assim submetê-la à alguma punição.

Luiz Flávio Gomes, em obra escrita com Valério de Oliveira Mazzuoli, ressalta que o correto é se falar em princípio da presunção de inocência, conforme se vê:

O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade [...]. Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, 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>29</sup>

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 out. 2016.

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74.

<sup>29</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/page368.html](http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/page368.html). Acesso em 17 out. 2016.

Entretanto, a jurisprudência brasileira faz referência ora ao princípio da presunção de inocência, ora ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Para Gustavo Henrique Badaró, citado por Renato Brasileiro, não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível – devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.<sup>30</sup>

Desta forma, tem-se demonstrado que a discussão acerca dos referidos princípios não passa de uma preferência de utilização dos termos, pois na essência, o sentido dos dois princípios é o mesmo, pois assegurar que a pessoa não seja considerada culpada, ou seja, presumida inocente tem o mesmo efeito.

---

<sup>30</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 80.

## CAPÍTULO 2 - A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA

No segundo capítulo, será visto um estudo acerca da execução antecipada de pena nos cenários internacional e nacional.

Primeiramente, será apresentada a forma como alguns países tratam a execução da pena, permitindo que esta seja cumprida antecipadamente em face ao trânsito em julgado.

A seguir, discute-se sobre a execução antecipada de pena no Brasil.

Por fim, será demonstrado como o Supremo Tribunal Federal tem decidido sobre a possibilidade da execução penal antecipada no Brasil.

### 2.1. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

No cenário internacional, há de se destacar o momento em que a pessoa condenada criminalmente passa a cumprir sua pena. Diferente do Brasil, muitos países não exigem a condição do trânsito em julgado para limitar o início da execução penal, pois para eles basta a confirmação da condenação após julgamento em segunda instância para o réu ser preso.

A Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 85.886, cita que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.<sup>31</sup>

O Ministro Teori Zavascki do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, faz menção em seu voto sobre um estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman.

Segundo o estudo mencionado pelo Ministro Zavascki, o princípio da presunção de inocência e a execução antecipada são admitidas em alguns países, da seguinte forma: a) Na Inglaterra, por exemplo, atualmente tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena. b) Na Espanha, outro país cujo princípio da presunção de inocência é um direito constitucionalmente garantido, admite a execução antecipada da pena, vigorando também o princípio da efetividade das decisões condenatórias. c) Na Alemanha, mesmo com a relevância da

---

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas-corpus* n.º 126. 292, São Paulo. 2016. p.11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016

presunção de inocência, o Tribunal Constitucional tem decidido que nenhum recurso tem efeito suspensivo. d) Na França o Código de Processo Penal vem sendo reformado de tal modo a permitir o mandado de prisão, mesmo que pendente de outros recursos. e) Em Portugal, o princípio da presunção de inocência é interpretado com restrições, a mais alta Corte dispõe que tratar a presunção de inocência de forma absoluta significa impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, inclusive as cautelares.<sup>32</sup>

Nos Estados Unidos, a presunção de inocência não está expressamente contida no texto constitucional, mas é vista como corolário de algumas emendas. Conforme Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos, o sistema legal norte-americano permite a execução antecipada da pena.<sup>33</sup>

No Canadá, após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança e na Argentina, o princípio da presunção de inocência também é garantido, porém, a execução antecipada de pena pode ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>34</sup>

No âmbito dos Tratados Internacionais, a Convenção Americana de Direitos Humanos não exige o trânsito em julgado para que se dê início ao cumprimento da pena, mas, sim a comprovação da culpa em segunda instância.

Desta Convenção, extrai-se que resta comprovada a culpa logo após o exercício do duplo grau de jurisdição, ao contrário do Brasil que exige o trânsito em julgado da condenação para o afastamento da presunção de não culpabilidade por força de sua Constituição.

Existem, portanto, dois momentos de verificação da culpa que afastam a presunção de inocência e, por consequência, possibilitam a imediata execução da pena. O primeiro momento tem natureza no trânsito em julgado da decisão penal condenatória e o segundo momento tem natureza na confirmação da culpabilidade após garantido o duplo grau de jurisdição, ou seja, condenação sentenciada pelo júízo de primeiro grau e confirmada pelo júízo de segundo grau.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corpus n.º 126. 292, São Paulo**. 2016. p.11 e 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corpus n.º 126. 292, São Paulo**. 2016. p. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corpus n.º 126. 292, São Paulo**. 2016. p. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016

Neste sentido, leciona Luiz Flávio Gomes:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados 'todos os recursos' (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada [...]. No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.<sup>35</sup>

Luiz Flávio Gomes acrescenta que quase a totalidade dos países ocidentais segue o segundo sistema, qual seja o da confirmação da condenação através julgamento em duas instâncias, conforme sugestão do Direito Internacional que deixa em aberto para que cada país regule o tema da sua maneira. No entanto, no Brasil encontra-se o primeiro sistema que aplica o instituto do trânsito em julgado conforme explicado.

Observa-se, no entanto, que vários países adotam o princípio da presunção de inocência garantindo que o acusado de cometer um crime deve ser tratado como se inocente fosse até sua eventual condenação em segunda instância.

Como visto, é bastante comum que muitos países no mundo não se utilizam do instituto do trânsito em julgado para determinar o momento de se iniciar a execução de pena como faz o Brasil, em tese, pois, em recente decisão da Suprema Corte brasileira, a execução penal resta autorizada após a confirmação da sentença condenatória pelo juízo de segundo grau, o que será detalhado no decorrer deste trabalho de pesquisa científica.

## 2.2. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA NO BRASIL

A execução de pena está contida em diversos diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro, de modo especial na Lei nº 7.210/84, a Lei de Execuções Penais, conhecida como LEP, no Código Penal e Código de Processo Penal, dentre outros.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, a execução penal é uma fase do processo penal em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se que, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e ou a pecuniária, se inicia quando o processo de conhecimento passa

---

<sup>35</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em 18 out. 2016

para a fase do processo executório. Seu cumprimento não é espontâneo, mas, sim, realizado sob a tutela estatal.<sup>36</sup>

A execução de pena normalmente tem seu início após o trânsito em julgado de sentença. Porém, em razão do artigo 2º, parágrafo único da LEP 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>37</sup>

Por essa razão, em alguns casos a execução provisória de pena tem sido admitida na jurisprudência brasileira, ou seja, a execução de pena passa a ter seu início antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que contraria a literalidade do texto constitucional.

Ao se falar sobre a execução provisória da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, tanto na jurisprudência como em algumas doutrinas, sempre haverá polêmica e constante discussão questionando a possibilidade de sua aplicação na pendência de recursos, sejam o especial ou extraordinário.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento e passou a permitir a execução penal provisória ou antecipada. A mais alta Corte do Brasil, que sustentou por muitos anos a inconstitucionalidade dessa execução antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, agora passa a autorizá-la.

A polêmica gira em torno da seguinte situação: mesmo havendo divergências jurisprudenciais e ainda que haja previsão na Lei de Execuções Penais como já referido, não se deve ocorrer a execução antecipada de pena, visto que a Constituição Federal de 1988 determina como garantia fundamental que até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória ninguém será considerado culpado.

Por consequência da literalidade do texto constitucional, ainda que a pessoa seja condenada penalmente, ela não poderá ser submetida à prisão nem sequer sofrer qualquer efeito de sua condenação até que se esgotem todos os meios de defesa.

A inserção do nome do réu no rol dos culpados, como consequência da sentença condenatória recorrível, vai contra o que preza o princípio da presunção de

---

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1087 p. 73

<sup>37</sup> BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em 17 out. 2016.

inocência, tendo em vista que através de recursos poderá haver revisão desta condenação por instâncias superiores, bem como a absolvição do réu.

O direito de interpor o recurso vem da necessidade de controle do ato estatal, na medida em que autoriza a revisão de um julgamento concedido por um órgão jurisdicional. Em vista desse reexame foi consagrado o duplo grau de jurisdição, que prevê pluralidade de instâncias e competências originárias e recursais. A revisão de um julgamento por outro órgão sustenta-se na busca de resultado mais acertado, almejando a redução de falhas.<sup>38</sup>

Sobretudo, não é somente quando ocorrer o trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória que a pessoa poderá ser presa. A própria Constituição prevê casos excepcionais em que poderá ocorrer a prisão do indivíduo. Por isso existem exceções que autorizam a prisão antes de uma eventual condenação definitiva e elas estão previstas no artigo 5º, inciso LXI da Constituição, in verbis:

Art. 5º, 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>39</sup>

Renato Brasileiro, citando J. J. Gomes Canotilho assevera que se o princípio da presunção de inocência for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal.<sup>40</sup>

Nesse sentido Renato Brasileiro ensina que:

O inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, 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>41</sup>

Contudo, ainda que a Constituição permita a prisão em casos excepcionais, em regra, para que uma pessoa seja presa no Brasil deverá se comprovar sua culpa

<sup>38</sup> BARGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro (recurso eletrônico)** Dados eletrônicos. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: <http://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 17 out. 2016.

<sup>39</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm)>. Acesso em 17 out. 2016.

<sup>40</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.21.

<sup>41</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.22

através de todo o procedimento legal cabível, sendo garantidos os direitos da ampla defesa e em seguida aguardar o trânsito em julgado de condenação criminal, caso houver.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, existe um limite imposto pela norma superior do ordenamento jurídico brasileiro que não deve ser ultrapassado pelo Estado, enquanto uma pessoa estiver passando pelo processo de acusação por supostamente ter cometido algum crime.<sup>42</sup>

Nesse sentido, diz o Ministro Celso de Mello:

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>43</sup>

Ao contrário de outros países que consideram a possibilidade de execução antecipada de pena considerando a garantia do duplo grau de jurisdição, no Brasil, há de ser respeitado o limite imposto pelo instituto do trânsito em julgado contido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988 para que a pena seja efetivamente cumprida, porém não é o que ocorre após decisão do Supremo Tribunal Federal que passou a autorizar a execução penal provisoriamente.

### 2.3. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

As decisões sobre a autorização da execução antecipada de pena na jurisprudência brasileira nem sempre foram compatíveis com o trânsito em julgado estabelecido pela Constituição Federal de 1988, sendo algumas decisões favoráveis e outras contra o cumprimento de pena antecipado.

Em 1991 no julgamento do *Habeas Corpus* nº 68.726 que teve como relator o Senhor Ministro Néri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade de votos que a presunção de inocência não impediria a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

*Habeas Corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, [...], é

---

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corpus n.º 126. 292, São Paulo**. 2016. p.88. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016

<sup>43</sup> Idem.

de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. *Habeas Corpus* indeferido.<sup>44</sup>

Diante esse julgamento, outros julgados permitiram a execução antecipada da pena, conforme citação do Ministro Teori Zavascki. As Turmas do Supremo afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário Assim, os *Habeas Corpus* nº 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; *Habeas Corpus* nº 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; *Habeas Corpus* nº 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; *Habeas Corpus* nº 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; *Habeas Corpus* nº 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004, foram todos favoráveis à execução provisória da pena.<sup>45</sup>

Em 2007, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.675/PR, sendo a Ministra Cármen Lúcia a Relatora, a decisão também foi favorável à antecipação da pena, ou seja, foi permitindo que o réu fosse preso antes do trânsito em julgado, conforme ementado:

*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente ‘o benefício de apelar’ em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. *Habeas Corpus* denegado”. (HC N. 91.675 – PA, Relatora

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corporis n.º 68726, São Paulo**. 1991. p. 12. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709814/habeas-corporis-hc-68841-s>. Acesso em 18 out. 2016.

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas-corporis n.º 126. 292, São Paulo**. 2016. p.17. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016

Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 04/09/2007, publicado no DJ em 07/12/2007).<sup>46</sup>

No mesmo ano de 2007, apenas dois meses após o julgamento supracitado, no *Habeas Corpus* nº 91.232/PE, tendo como Relator o Ministro Eros Grau, houve decisão contrária à execução provisória da pena, impossibilitando que o réu fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado, conforme se vê:

*HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.* 1. [...]A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] Ordem concedida". (HC nº 91.232/PE, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, no DJ de 07/12/2007).<sup>47</sup>

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Eros Grau afirma que a antecipação da execução penal é incompatível com o texto da Constituição. Segundo o Ministro nas democracias os criminosos são sujeitos de direitos e não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais, é inadmissível sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.<sup>48</sup>

Percebe-se que naquele mesmo ano, o próprio Supremo Tribunal Federal adotou duas decisões completamente distintas umas das outras, fazendo com que o texto constitucional, que traz taxativamente o momento do trânsito em julgado para se considerar alguém culpado, fosse interpretado de forma oposta.

Em fevereiro de 2009, na sessão que julgou o *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por 7 votos a 4, pela impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, conforme segue:

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n.º 91.675. 2007.** Pará. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n.º 91. 232. 2007.** Pernambuco. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198233464/habeas-corpus-hc-257377820158190000-rj-0025737-7820158190000/inteiro-teor-198233477>. Acesso em 18 out. 2016.

<sup>48</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Disponível em: <http://alexandremoraisdrosa.blogspot.com.br/2014/01/prisao-cautelar-hc-91232-do-stf.html#!/tcmbck>

*HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. [...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. [...] Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa [...] 8. Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. [...] São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05.<sup>49</sup>

Ressalta-se que anterior a esta data, as decisões sobre a prisão antes do trânsito em julgado eram diversas, com posicionamentos favoráveis e não favoráveis e inclusive duas decisões em sentidos opostos no ano de 2007.

Desde essa decisão do Supremo Tribunal Federal em 2009, que de fato passou a considerar que a prisão antecipada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória era incompatível com a Constituição brasileira de 1988, somente em 2016, precisamente no dia 17 de fevereiro, a mesma Corte Suprema, em sede de plenário para julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 que teve como Relator o Ministro Teori Zavascki, decidiu pela legalidade da execução antecipada da pena, permitindo que o réu seja considerado culpado antes que se esgotem todos os meios de defesa.

Porém, em razão dessa decisão ter precedido de controle difuso de constitucionalidade, e não possuir efeito vinculante, houve necessidade de uma decisão mediante controle de constitucionalidade concentrado, conforme será visto no decorrer desta pesquisa.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa Habeas Corpus 84.078**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em 19 out. 2016

## **CAPÍTULO 3 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS DECISÕES DO STF SOBRE A EXECUÇÃO ANTECIPADA DE PENA**

Este capítulo tem por objetivo apresentar uma análise constitucional relativa à validade do cumprimento de pena antes de decisão penal condenatória transitada em julgado.

Para tanto, faz-se necessário conceituar os institutos do controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade, respectivamente e a seguir expor as decisões do Supremo Tribunal Federal mediante os controles concentrado e difuso de constitucionalidade.

### **3.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O ordenamento jurídico de um Estado tem como premissa o conceito de uma estrutura hierárquica entre as normas, onde uma norma só terá validade se esta mantiver coesão e coerência com uma norma hierarquicamente superior.

Hans Kelsen ensina que uma norma superior é aquela que determina a criação de uma norma inferior. Entretanto o sistema de normas jurídicas não é um sistema de normas coordenadas entre si, estando no mesmo nível, lado a lado, mas sim um sistema de hierarquia contendo vários níveis de normas.<sup>50</sup>

Para Kelsen, a estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado pressupõe que a norma fundamental é a Constituição, pois ela detém o nível mais alto dentro do direito nacional.<sup>51</sup>

Portanto, para que as normas infraconstitucionais tenha validade no ordenamento jurídico, estas devem ser submetidas a um mecanismo que verifica a sua harmonia em relação à sua respectiva constituição.

Esse mecanismo é chamado de controle de constitucionalidade e foram criados para controlar os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.181.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.182.

<sup>52</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p.418.

Partindo do princípio que toda constituição é a norma superior de seu respectivo Estado, temos que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a norma superior vigente no ordenamento jurídico brasileira. Logo, todas as demais normas do país devem ter relação harmônica com a Constituição.

Para José Afonso da Silva a natureza do controle de constitucionalidade tem fundamento no princípio da supremacia da constituição, pois este princípio “requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”, porque ela “se coloca no vértice do sistema jurídico do país.”<sup>53</sup>

Nesse contexto, garantir que todas as normas jurídicas devem estar de acordo com a Constituição é o objetivo principal do controle de constitucionalidade. Por outro lado, as normas que não estiverem adequadas à Constituição, são chamadas de inconstitucionais.

O controle difuso de constitucionalidade é aquele exercido mediante um conflito entre a Constituição e uma lei aplicada num caso concreto. Nesse sentido, Pedro Lenza narra a origem do controle difuso citando um julgamento do Juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana em 1803, onde decidiu que “havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.”<sup>54</sup>

Para Pedro Lenza, a partir deste julgamento foi instituído o controle difuso de constitucionalidade, também chamado de controle aberto, ou controle pela via de exceção ou defesa, podendo ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do poder judiciário, observadas as suas respectivas regras de competências processuais.<sup>55</sup>

Conforme ensina Nathalia Masson, o requisito para exercer o controle difuso não está contido no tipo de ação proposta, mas sim no conflito entre uma norma inferior e a Constituição. Nesse sentido, diz a autora:

[...] o controle difuso pode ser engendrado por qualquer tipo de ação judicial. Assim, toda vez que a solução de uma causa específica depender do cotejo preliminar entre um dispositivo e a Constituição, [...] estaremos diante do controle difuso que se realiza, independentemente do exemplar de ação proposta.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 51.

<sup>54</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p.460.

<sup>55</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p.461.

<sup>56</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Revisada, ampliada e atualizada. Bahia: Editora JusPODIVM, 2016. p. 1086.

Quanto ao efeito que produz uma decisão em sede de controle difuso, em regra terá efeito somente entre as partes envolvidas no processo. Apesar do efeito inter partes produzido, uma decisão do controle difuso também poderá ter efeito erga omnes, ou seja, o teor da decisão pode ser estendido a todos em casos excepcionais.

O efeito erga omnes do controle difuso está contido nos termos do inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988, que determina ser privativamente de competência do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”<sup>57</sup>

No que tange ao controle concentrado, este é exercido através de ação própria que tem por objetivo obter a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Para tanto recebe tal denominação pelo fato de se “concentrar” em um único tribunal de competência para julgá-lo.<sup>58</sup>

Nos dizeres de Alexandre de Moraes o controle concentrado de constitucionalidade foi criado por Hans Kelsen, segundo o qual justificou da seguinte forma a atribuição de um único órgão para o exercício desse controle:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal.<sup>59</sup>

No Brasil, nos termos da Constituição Federal de 1988, é de competência do Supremo Tribunal Federal julgar as ações próprias do controle concentrado de constitucionalidade. São elas: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) conforme artigo 102, inciso I, alínea “a”; b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), conforme artigo 102, inciso I, alínea “a”; c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), conforme artigo 102, parágrafo 1º; d) Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO), conforme artigo 103, parágrafo 2º.<sup>60</sup>

Nesse sentido, Nathalia Masson ensina que no controle concentrado não há discussão acerca do conflito de normas num caso concreto:

---

<sup>57</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em 08 nov. 2016.

<sup>58</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p.495.

<sup>59</sup> MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.755.

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em 08 nov. 2016.

“[...] essa modalidade controle de constitucionalidade configura o pedido principal da ação, sendo que a Corte Constitucional analisa, em tese, se há ou não contrariedade à Constituição. Não há, neste processo, uma ocorrência fática ou pretensões resistidas, sendo o controle realizado em um processo pela doutrina denominado "objetivo". A decisão proveniente desse processo possui eficácia erga omnes, ou seja, efeitos que se opõem a todos.<sup>61</sup>

Em síntese, a diferença entre o controle difuso e o controle concentrado está na relação entre o conflito de normas infraconstitucionais em face à Constituição discutida no caso concreto e a necessidade de obter declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, respectivamente e no tipo da ação proposta. Para o exercício do controle concentrado existem ações próprias, o que não ocorre com o controle difuso que pode ser exercido em qualquer outra ação que contenha conflito de normas em face à Constituição.

Como será visto a seguir, em 2016 o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito do tema da execução provisória de pena através dessas duas vias de controle de constitucionalidade. Percebe-se que a primeira decisão do Supremo em fevereiro de 2016 ocorreu por via do controle difuso, e portanto, não dotado de efeito vinculante, dessa forma, teve-se a necessidade de julgamento da execução provisória de pena, através do controle concentrado de constitucionalidade.

### 3.2.A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No dia 17 de fevereiro de 2016 ocorreu em sede de controle difuso de constitucionalidade, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP em sessão de plenário do Supremo Tribunal Federal.

Nesse julgamento foi discutida a legitimidade do ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso exclusivo da defesa e determinou o início da execução da pena.

Por 7 votos a 4, o plenário do Supremo Tribunal Federal mudou sua jurisprudência, afirmando ser possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância, o que ocorreu neste caso.

---

<sup>61</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Revisada, ampliada e atualizada. Bahia: Editora JusPODIVM, 2016. p. 1090 e 1091.

Votaram a favor da mudança da jurisprudência, ou seja, entenderam pela permissão da execução provisória de pena após ratificação pela segunda instância da sentença penal condenatória, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e o Ministro Relator Teori Zavascki.

No sentido de preservar e manter a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, votaram contra a autorização do cumprimento antecipado de pena, ou seja, no sentido de que a pena só pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença de condenação, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

A decisão do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 não produziu efeito vinculante, ou seja, não tem validade para todos os demais casos semelhantes. Isso ocorre porque a decisão do referido *Habeas Corpus* produziu efeito somente para a pessoa do paciente que postulou pela sua liberdade.

Contudo, essa decisão do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 de fevereiro de 2016, por não ter efeito vinculante, alguns Tribunais, inclusive o próprio Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática no *Habeas Corpus* nº 135.100/MG, continuaram a decidir de forma contrária à nova decisão do Supremo Tribunal Federal que passou a autorizar a execução antecipada de pena no precedente citado.

O *Habeas Corpus* nº 135.100/MG foi impetrado contra decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça cuja ementa foi a seguinte:

PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS' IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 'HABEAS CORPUS' NÃO CONHECIDO. 1. [...] 2. Conforme recente decisão do Plenário da Suprema Corte, no julgamento do *HABEAS CORPUS* nº 126.292/SP, 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência'. Logo, esgotadas as instâncias ordinárias, fica autorizado o recolhimento do réu para o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, mesmo que pendente o trânsito em julgado da condenação. 3. '*Habeas Corpus*' não conhecido. Fica sem efeito a liminar anteriormente deferida.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MELO, Celso de. ***Habeas Corpus 135.100 Minas Gerais***. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/hc135100.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

O Superior Tribunal de Justiça considerou que o efeito da decisão da Suprema Corte teve caráter *erga omnes*, ou seja, efeito vinculante. Ademais, reforçou o argumento de que após confirmação da condenação em segunda instância, a execução pode ser iniciada antes do trânsito em julgado.

Ocorre que o Ministro Celso de Mello, relator do *habeas corpus* supracitado, destacou que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292 não tem efeito vinculante, conforme se vê:

[...] tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, “caput”, da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral.<sup>63</sup>

Percebe-se que a decisão do Ministro Celso de Mello teve por fundamento o efeito que a decisão do *Habeas Corpus* nº 126.292 produziu, qual seja, apenas o efeito *inter partes* – entre as partes.

Apesar do Superior Tribunal de Justiça utilizar o argumento do Supremo Tribunal Federal pertinente à presunção de inocência que não é ferida quando houver condenação em segunda instância, para fins de cumprimento antecipado de pena, o Ministro Celso de Mello é convicto ao manter seu posicionamento contrário, considerando a possibilidade do cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado, conforme consta no texto constitucional.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello conclui que:

[...] qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>64</sup>

Dessa forma, a necessidade de uma decisão em sede de controle de concentrado de constitucionalidade sobre o tema tornou-se necessária para que a sociedade brasileira voltasse a possuir segurança jurídica o que foi perdido pela divergência jurisprudencial neste tópico apontado.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MELO, Celso de. ***Habeas Corpus 135.100 Minas Gerais***. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/hc135100.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

<sup>64</sup> Idem.

### 3.3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44 pelo Partido Ecológico Nacional – PEN e o Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil, respectivamente, visando declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 12.403/201, que assim diz:

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>65</sup>

No dia 1º de setembro de 2016 aconteceu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 (doravante chamadas de ADC 43 e ADC 44, respectivamente), onde o Supremo Tribunal Federal voltou a analisar a questão da prisão antes do trânsito em julgado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Na ADC 43, o Partido Ecológico Nacional – PEN ajuizou esta ação com pedido de liminar, buscando ser assentada a harmonia do artigo 283 do Código do Processo Penal em face a Constituição Federal.

No relatório da ADC 43, o Ministro Marco Aurélio fala da necessidade do Supremo pronunciar-se sobre a constitucionalidade da norma, destacando que a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, pelo qual passou a admitir a prisão antes do trânsito em julgado, não possui efeito vinculante nem firma regra geral sobre o tema, mas vem repercutindo no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>66</sup>

A decisão do *habeas corpus* supracitado, como menciona o Ministro Marco Aurélio, repercute na liberdade de milhões de indivíduos. Além disso, o Ministro deixa claro que não há dúvidas na Constituição sobre a pena ser executada somente com o trânsito em julgado.

Nesse sentido disse o Ministro Marco Aurélio:

---

<sup>65</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/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em 08 nov. 2016.

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AURÉLIO, Marco. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Disponível em: <http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 out. 2016.

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 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 prender. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do CPP.<sup>67</sup>

O mesmo Ministro continua seu voto destacando que:

Não se pode antecipar a culpa para além dos limites expressos na Lei Maior, quando o próprio processo criminal é afastado do controle do Supremo. Em resumo, suprime-se, simultaneamente, a garantia de recorrer, solto, às instâncias superiores e o direito de vê-la tutelada, a qualquer tempo, por este Tribunal. A harmonia do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal é completa, considerados os contornos do princípio da não culpabilidade.<sup>68</sup>

Na ADC 44, a Ordem dos Advogados do Brasil afirma que a decisão do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP gerou “uma grande controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, o que pode ameaçar a segurança jurídica”.<sup>69</sup>

No entanto, o Ministro Marco Aurélio, relator de ambos os processos, determinou que sejam apensadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 a fim de serem julgadas em conjunto.

No dia 05 de outubro de 2016 ocorreu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal que decidiu, por 6 votos a 5, pelo indeferimento da cautelar, mantendo ao Judiciário o poder de executar a pena depois de decisão condenatória proferida em segunda instância.<sup>70</sup>

Neste julgamento, com exceção do Ministro Dias Toffoli que mudou seu posicionamento, votando pela não execução antecipada da pena, os demais Ministros mantiveram as mesmas teses daquelas já mencionadas no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP.

O entendimento do Ministro Dias Toffoli exalta que deve haver certeza da culpa para se aplicar uma pena. Nesse sentido votou o Ministro:

---

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AURÉLIO, Marco. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Disponível em: [http://www.espacovital.com.br/arquivos/1\\_34277\\_57c97806df94f.pdf](http://www.espacovital.com.br/arquivos/1_34277_57c97806df94f.pdf). Acesso em 19 out. 2016.

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> STF. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 07 nov. de 2016.

De toda sorte, em meu sentir, é possível interpretar-se o requisito do trânsito em julgado, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, como exigência de certeza na formação da culpa, para, ato contínuo, precisar o momento em que se atinge essa certeza.<sup>71</sup>

Contudo, o Supremo Tribunal Federal manteve sua decisão já manifestada no *Habeas Corpus* nº 126.292, autorizando a execução provisória de pena, agora, em sede de controle concentrado de constitucionalidade que produz efeito *erga omnes* vinculando sua decisão a todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

Dessa forma, estabelecidas as considerações a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade de forma a permitir a prisão antes do trânsito em julgado, necessário se faz a análise constitucional dessa decisão conforme a Carta Magna.

#### 3.4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA NO BRASIL

A análise da constitucionalidade da execução provisória de pena no Brasil se faz necessária em virtude dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, bem como pelo que preza a Constituição Federal e as decisões do Poder Judiciário brasileiro ocorridas neste ano de 2016.

Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, a possibilidade de cumprimento antecipado de pena não viola o princípio da presunção de inocência e encontra amparo em diversos outros tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, pois considera que a culpa pode ser comprovada logo após julgamento em segunda instância.

Nesse sentido dispõe o artigo 8.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, no qual diz que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” tendo, portanto, garantias mínimas, dentre elas a contida na alínea ‘h’ do mesmo dispositivo normativo, que assegura ao réu “o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TOFFOLI, Dias. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>. Acesso em 01 nov. 2016.

<sup>72</sup> CADH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 18 out. 2016.

Para Renato Brasileiro de Lima, ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos admita a comprovação da culpa após julgamento em segunda instância, no Brasil não é possível antecipar o cumprimento da pena por força do dispositivo constitucional que impõe o trânsito em julgado como requisito de certeza da comprovação de culpa.<sup>73</sup>

A razão do entendimento de Renato Brasileiro se encontra na própria Convenção que também garante que não pode haver restrições ou prejuízos de direitos e garantias impostas pelos países signatários quando seus direitos internos forem mais favoráveis à pessoa humana.

Entretanto, assim dispõe o artigo 29, alínea “b” da Convenção Americana de Direitos Humanos:

29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.<sup>74</sup>

Sobre o dispositivo da Convenção Americana supracitado, Renato Brasileiro explica que:

Por mais que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estenda o princípio da presunção de inocência até a comprovação legal da culpa, o que ocorre com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso lembre-se que a mesma Convenção Americana assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, §2º, “h”), não se pode perder de vista que a Constituição Federal é categórica ao afirmar que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável.<sup>75</sup>

De acordo com a referida Convenção, as leis de um Estado Parte que forem mais benéficas ao ser humano não podem sofrer limites e devem prevalecer. No entanto, é o que ocorre no Brasil.

A Constituição de 1988 é taxativa e não deixou dúvida quanto ao limite da aplicação do princípio da presunção de inocência, qual seja o trânsito em julgado,

---

<sup>73</sup> Lima, Renato Brasileiro de. **Processo Penal. Material Suplementar/atualização do 1º semestre de 2016**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 10

<sup>74</sup> CADH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 18 out. 2016.

<sup>75</sup> Lima, Renato Brasileiro de. **Processo Penal. Material Suplementar/atualização do 1º semestre de 2016**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 11.

não podendo extrair outro entendimento do texto constitucional que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”<sup>76</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, da sentença penal condenatória, quando proferida por um juiz de primeira instância, caberá ao respectivo Tribunal Regional o julgamento de eventual apelação. Quando a decisão for proferida pelo segundo grau de jurisdição poderá ser interposto um recurso especial ou extraordinário ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Segundo a Constituição de 1988, até ocorrer o trânsito em julgado, significa que recursos podem ser interpostos e enquanto houver possibilidade de comprovar a não culpabilidade do réu o mesmo não entra no rol dos culpados e, por consequência, o Estado não poderá determinar a execução antecipada a pena.

Antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 84.078/MG em 2009, onde houve decisões favoráveis e outras desfavoráveis à prisão antes do trânsito em julgado, era permitido o cumprimento antecipado de pena, conforme já demonstrado nesta pesquisa.

Contudo, em sede de julgamento do *Habeas Corpus* supracitado, o Supremo Tribunal Federal julgou ser incompatível a decisão de se permitir a execução provisória, alegando que a Constituição é taxativa ao dizer que não se deve impor nenhuma sanção ao réu antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse sentido eis os dizeres do Ministro Eros Grau relator deste julgamento:

Aliás, a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.<sup>77</sup>

Dessa forma, para que um réu cumprisse a pena era preciso que a sentença penal condenatória transitasse em julgado, ou seja, que fosse esgotado a este

---

<sup>76</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em 08 nov. 2016.

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. ***Habeas-corpus* nº 84.078, Minas Gerais**. 2009. p.1 e 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em 18 out. 2016.

acusado todos os meios de defesa, inclusive a cessação da possibilidade de interposição de recursos contra a decisão proferida em seu desfavor.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não permitia a execução provisória manteve-se firmada até o ano de 2016, quando a jurisprudência foi alterada.

Ocorre que em sede de controle difuso de constitucionalidade, a jurisprudência foi alterada, quando em sessão de plenário para julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, a prisão após decisão de segunda instância que confirmasse a condenação proferida em primeiro grau de jurisdição passou a ser permitida pela Suprema Corte do país.

Sobre a decisão supracitada, Renato Brasileiro Lima descreve:

Com a devida vênia à maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que a decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 5º, LVII), assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo – é dizer, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória – a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.<sup>78</sup>

Para Renato Brasileiro, há uma flagrante violação ao texto constitucional por aquele de deveria ser o guardião da Constituição.

Além disso, a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada de pena, sem que ocorra um mudança no texto constitucional, causa uma instabilidade jurídica que a sociedade não pode suportar.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio indaga em seu voto no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP:

Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta,<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Renato Brasileiro de. **Processo Penal. Material Suplementar/atualização do 1º semestre de 2016**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 6.

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas-corpus* n.º 126.292, São Paulo. 2016**. p. 77. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016.

Na decisão no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, a execução provisória de pena foi autorizada por 7 votos a favor e 4 votos contra. Sobretudo, insta salientar que essa decisão não teve efeito vinculante.

No que tange ao *Habeas Corpus* nº 135.100/MG, a decisão monocrática em sede de controle difuso de constitucionalidade que também não teve efeito vinculante, não restou autorizado o cumprimento de pena antecipado, conforme outrora demonstrado.

Nas decisões das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 que ocorreram em sede de controle concentrado de constitucionalidade e produzem efeito vinculante, prevaleceu o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido em que o início do cumprimento de pena não está vedado quando houver confirmação da condenação pelo juízo de segundo grau ainda que antes do trânsito em julgado.

Ainda sobre a execução provisória de pena e as decisões do Supremo Tribunal Federal, no dia 11 de novembro de 2016 ocorreu no Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 964246 que tramita em segredo de justiça, referente ao mesmo caso que originou o *Habeas Corpus* nº 126.292, ora citado no presente trabalho.<sup>80</sup>

Nesse último julgamento, a jurisprudência foi ratificada e a prisão antes do trânsito em julgado para fins de cumprimento antecipado de pena permanece autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo indo contra o que preza o artigo 5º, LVII da Constituição da República de 1988 que faz referência ao trânsito em julgado para considerar uma pessoa culpada.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>. Acesso em 15 nov. 2016.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, no presente trabalho, que a execução antecipada da pena viola o artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que preceitua o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

O trabalho teve como objetivo analisar a constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado mediante a recente decisão do Supremo Federal de permitir a execução antecipada de pena após as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

Importante ressaltar que essa nova decisão do Supremo Tribunal Federal foi uma mudança face à decisão concedida em 2009 no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, onde a Suprema Corte declarou inconstitucional a prisão antes que se transite em julgado a sentença penal condenatória.

Além dos julgamentos dos *Habeas Corpus* 126.292 e 135.100, em outubro de 2016, o Supremo novamente manteve a decisão de autorizar o cumprimento da pena após condenação confirmada em segunda instância. Tal decisão foi mantida por via das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 interpostas pelo Partido Nacional Ecológico e pela Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente.

Foi demonstrado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade que, com exceção do Ministro Dias Toffoli, foram usados os mesmos argumentos já mencionados do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292. Nota-se que neste *habeas corpus* os votos foram 7 favoráveis a execução e 4 contras e naquelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade foram 6 votos contra 5, causando certa instabilidade jurídica, ao passo que, resta a dúvida de como seriam os argumentos e a decisão, caso houvesse hoje um novo julgamento a respeito da prisão antes do trânsito em julgado.

Portanto, lamenta-se que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido contra o que preza a Carta Magna, causando insegurança jurídica à sociedade quando o próprio guardião da Constituição decide contra o que ali está escrito.

Nesse sentido, ainda que os argumentos favoráveis à execução antecipada de pena tenham relevância, essa nova decisão afronta os direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição, principalmente no que tange ao alcance do princípio da presunção de inocência.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp138665.pdf>. Acesso em 16 out. 2016.

BARGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro (recurso eletrônico)**. Dados eletrônicos. Brasília: TJDFT, 2015. Disponível em: <http://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 17 out. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

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/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em 08 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em 15 out. 2016.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. 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 15 out. 2016.

BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em 17 out, 2016.

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/pe368.html](http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmprj_55/files/assets/basic-html/pe368.html). Acesso em 17 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&class e=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **GLOSSÁRIO**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=145>. Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>. Acesso em 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>. Acesso em 29 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 68.726, São Paulo**. 1991. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709814/habeas-corpus-hc-68841-s>. Acesso em 18 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa Habeas Corpus 84.078**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em 19 out. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n.º 126. 292, São Paulo**. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa Habeas Corpus 135.100**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc135100.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MELO, Celso de. **Habeas Corpus nº 135.100 Minas Gerais**. Disponível://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc135100.pdf. Acesso em 18 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>. Acesso em 18 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AURÉLIO, Marco. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Disponível em: [http://www.espacovital.com.br/arquivos/1\\_34277\\_57c97806df94f.pdf](http://www.espacovital.com.br/arquivos/1_34277_57c97806df94f.pdf). Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BARROSO, Luis Roberto. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Voto Luis Roberto Barroso. Disponível Em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TOFFOLI, Dias. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corporus n.º 91.675, Pará. 2007**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 18 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n.º 91. 232, Pernambuco. 2007.** Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198233464/habeas-corpus-hc-257377820158190000-rj-0025737-7820158190000/inteiro-teor-198233477>. Acesso em 18 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 267.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-267,2650.html>. Acesso em 19 out. 2016.

CADH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, art. 29, b.** Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 18 out. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Vol.1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>. Acesso em 18 out. 2016.

**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** França, 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 29 out. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luiz Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3ª ed. rev., ampl. e atual. Bahia: JusPODIVM. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Processo Penal. Material Suplementar/atualização do 1º semestre de 2016**. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 10 out. 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2014/01/prisao-cautelar-hc-91232-do-Supremo-Tribunal-Federal.html#!/tcmbck>. Acesso em 18 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.