



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LIS NARDES DE ALCÂNTARA COTRIM**

**ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA  
PENA APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA  
EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

Salvador  
2021

**LIS NARDES DE ALCÂNTARA COTRIM**

**ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA  
PENA APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA  
EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Thaize de Carvalho

Salvador  
2021

## LIS NARDES DE ALCÂNTARA COTRIM

### **ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador, 08 de junho de 2021

#### BANCA EXAMINADORA:

Thaize de Carvalho Correia – Orientadora \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).  
Universidade Federal da Bahia

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
(PUC/SP).  
Universidade Federal da Bahia.

Misael Neto Bispo da França \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).  
Universidade Federal da Bahia.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, por cuidar de mim e da minha família. Por ser a luz que me guiou nos momentos em que a conclusão da graduação parecia algo difícil.

À minha família, por tudo que sempre fizeram por mim. E, por serem as pessoas que mais amo na vida.

Aos meus gatinhos por transformarem minha vida e serem fonte de alegria e amor para mim.

Aos meus amigos, aos antigos que continuaram comigo desde muitos anos e aos que fiz durante o período da graduação.

À cada pessoa com quem estagiei na Casseb e na Primeira Turma Recursal do Fórum do Imbuí.

À Faculdade de Direito da UFBA e a cada professor, por todos os ensinamentos compartilhados.

À minha orientadora Thaize pelo cuidado e ajuda.

Obrigada!

COTRIM, Lis Nardes de Alcântara. **Análise da (in)constitucionalidade da execução da pena após sentença penal condenatória confirmada em segunda instância à luz do princípio da presunção de inocência.** 2021. Orientadora Thaize de Carvalho. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2021

## **RESUMO**

A presente monografia busca analisar a constitucionalidade da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este um tema bastante importante para o Direito e para toda a sociedade, pois afeta uma das principais garantias do ser humano, que é o direito de ir e vir. Será feito um estudo sobre os tipos de prisão, bem como haverá a análise de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal que tiveram grande repercussão no contexto social. O que deixará demonstrada a inconstitucionalidade da prisão após confirmação em segunda instância da sentença penal condenatória. Sendo, portanto, algo que não está de acordo com o que é a Constituição Federal estabelece.

**Palavras-chave:** Princípio da presunção de inocência. Execução antecipada da pena. Trânsito em julgado.

COTRIM, Lis Nardes de Alcântara. **Analysis of the (un)constitutionality of the execution of the sentence after a criminal conviction confirmed in the second instance in light of the principle of presumption of innocence.** 2021. Advisor Thaize de Carvalho. 65f. Course Conclusion Paper (Law Degree) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, 2021

## **ABSTRACT**

This monograph seeks to analyse the constitutionality of the provisional execution of the sentence in the Brazilian legal system, which is a very important issue for Law and for the whole society, because it affects one of the main guarantees of the human being, which is the right to come and go. A study will be made on the types of prison, as well as the analysis of judgments made by the Federal Supreme Court that had great repercussions in the social context. This will show the unconstitutionality of the prison demonstrated after confirmation on appeal of the conviction. Being, therefore, something that is not in accordance with what the Federal Constitution establishes.

**Key-words:** Principle of the presumption of innocence. Provisional execution of the sentence. Transit in judgment.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ART	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPP	Código de Processo Penal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	Habeas Corpus
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PEN	Partido Ecológico Nacional
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	12
<b>2.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	12
2.1.1 A Presunção de Inocência nos textos internacionais .....	13
2.1.2 A Presunção de Inocência no Brasil.....	16
<b>2.2 CONCEITO</b> .....	18
<b>3 DAS PRISÕES NO SISTEMA CRIMINAL</b> .....	23
<b>3.1 PRISÃO PROCESSUAL E PRISÃO-PENA</b> .....	23
3.1.1 Prisão em flagrante .....	24
3.1.2 Prisão preventiva.....	25
3.1.3 Prisão temporária .....	27
3.1.4 Prisão-pena .....	28
<b>4 ANÁLISE DAS DECISÕES HISTÓRICAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	31
<b>4.1 HABEAS CORPUS 84.078/MG:</b> .....	32
4.1.1 Votos contrários à execução antecipada da pena.....	34
4.1.1.1 Voto do Ministro Eros Grau: .....	34
4.1.1.2 Voto do Ministro Celso de Mello.....	35
4.1.1.3 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.....	36
4.1.1.4 Voto do Ministro Cezar Peluso .....	37
4.1.1.5 Voto do Ministro Marco Aurélio .....	38
4.1.1.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes .....	39
4.1.2 Votos favoráveis à execução antecipada da pena .....	39
4.1.2.1 Voto da Ministra Ellen Gracie .....	39
4.1.2.2 Voto-vista do Ministro Menezes Direito .....	41
4.1.2.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	42
<b>4.2 HABEAS CORPUS 126.292/SP</b> .....	42
4.2.1 Votos a favor da execução antecipada da pena.....	44

4.2.1.1 Voto do Ministro Relator Teori Zavascki.....	44
4.2.1.2 Voto do Ministro Edson Fachin.....	45
4.2.1.3 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	46
4.2.1.4 Voto do Ministro Luiz Fux.....	47
4.2.1.5 Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	47
4.2.1.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	48
4.2.2 Votos contrários à execução antecipada da pena.....	48
4.2.2.1 Voto da Ministra Rosa Weber.....	48
4.2.2.2 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	48
4.2.2.3 Voto do Ministro Celso de Mello.....	49
4.2.2.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	50
<b>5 ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.....</b>	<b>52</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que se compreendam as oscilações do entendimento dos Ministros, usando o princípio da presunção de inocência como principal norte a ser seguido.

O tema aqui tratado é bastante atual, pois se trata de um assunto que não só a comunidade jurídica está envolvida, como também é bastante discutido no meio social devido a sua repercussão. Portanto, o objetivo deste trabalho é analisar e entender a questão da (in)constitucionalidade das decisões do STF, que, como sabemos, refletem em toda a sociedade.

Primeiramente, será dado um enfoque ao princípio da presunção de inocência, fazendo um breve resumo quanto ao seu contexto histórico, e partindo ao estudo do seu conceito.

Logo após, no terceiro capítulo, faremos um estudo mais dogmático voltado a entender melhor sobre as prisões processuais e a prisão-pena, a fim de obtermos um embasamento mais profundo ao nosso estudo.

Dito isso, seguiremos à análise de pontos importantes nos votos dos Ministros nos HC 84.078/MG, ocorrido em 2009, período em que até esse momento já havia divergências entre as Turmas da Suprema Corte acerca da possibilidade ou não da execução antecipada da sentença penal condenatória. Foi, então, nesse julgamento, que tivemos a virada jurisprudencial entendendo não ser permitida a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Além deste, analisaremos, ainda, o HC 126.292/SP, julgado no ano de 2016, que marcou o momento que o STF entendeu ser possível que a prisão fosse executada após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, antes mesmo de haver o trânsito em julgado, a partir da justificativa de que o próprio Tribunal de segunda instância encerra as discussões sobre fatos e provas, ficando, portanto, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o trabalho de analisar as questões de direito.

Podemos dizer, então, que esses dois *habeas corpus* representaram importantes mudanças jurisprudenciais no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, falaremos brevemente acerca das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que tinham como objetivo declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Será examinada, no quinto capítulo, a questão da inconstitucionalidade, que está presente em determinados pontos que serão discutidos. Mostrando, principalmente o que a doutrina diz a respeito deste assunto.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho foi a análise das decisões jurisprudenciais envolvendo os *habeas corpus* que representaram mudanças importantes no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto tratado aqui. Além disso, foi utilizada a complementação doutrinária necessária, principalmente no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência e acerca do assunto referente às prisões sendo elas cautelares ou decorrente do trânsito em julgado.

## **2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O princípio da presunção de inocência é atualmente, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito e também, uma das mais importantes garantias constitucionais e humanitárias que estão à disposição do ser humano frente ao poder repressivo e punitivo do Estado. Além disso, é um dos princípios corolários do devido processo legal.

O presente capítulo tem como objetivo analisar e resgatar o contexto histórico acerca do advento do princípio da presunção de inocência. Um dos caminhos perpassados, por exemplo, é o período do Estado Absolutista, em que não havia qualquer observação ao reconhecimento do estado de inocência do acusado, e segue até a fase posterior do Iluminismo, que passou a perceber o ser humano como sujeito de direitos.

Será importante a realização de um olhar sobre o princípio da presunção de inocência no próprio ordenamento brasileiro, como o Código de Processo Penal de 1941 e a Lei de Execução Penal, que se destacam dentro deste assunto.

A partir deste ponto, o postulado da presunção de inocência será tratado através de um dos maiores marcos do legislativo brasileiro, a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso LVII, preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, momento no qual a presunção de inocência é estabelecida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Insta salientar a importância da teoria garantista, criada por Luigi Ferrajoli, que dentro do processo penal se mostra como um importante instrumento para frear e minimizar os excessos e a violência estatal ao exercer todo o seu poder punitivo e de repressão.

Ao final do capítulo, após tudo o que foi exposto, poderemos passar ao estudo do conceito do princípio de presunção de inocência.

### **2.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Inicialmente, mostra-se relevante compreendermos o caminho da evolução histórica do princípio da presunção de inocência, a fim de podermos visualizar sua

ampliação e desenvolvimento com o passar dos anos e também com as mudanças que acontecem dentro da sociedade.

### 2.1.1 A Presunção de Inocência nos textos internacionais

Para Canotilho, o princípio da presunção de inocência surgiu com a Carta Magna de 1215, como primeiro instrumento a ser vislumbrado a garantia da presunção de inocência. Ele aduz que este instrumento “consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais”<sup>1</sup>. Explica o autor, que mesmo formada basicamente de direitos estamentais, a Magna Carta serviu de abertura em relação à transformação dos direitos corporativos para um olhar voltado aos direitos do homem <sup>2</sup>.

Segundo Aury Lopes Junior, o princípio da presunção de inocência reporta-se ao Direito Romano. Contudo, foi atacado seriamente e até mesmo o seu sentido foi invertido no período da inquisição da Idade Média. Aduz o autor que neste período qualquer “dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade”<sup>3</sup>.

Porém, segundo Leonir Batisti, citado na obra de Barbagalo, para a maior parte da doutrina, o surgimento do princípio da presunção de inocência, em sua concepção atualmente conhecida, ocorreu a partir da Revolução Francesa<sup>4</sup>. Ela está exposta no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o documento que ampliou os limites do Iluminismo<sup>5</sup>. O artigo mencionado fixa que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11 reimp., Coimbra: Almedina, 2003, p. 382.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 382-383.

<sup>3</sup> JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 135.

<sup>4</sup> BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33. *Apud* BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDFT, 2015, p. 37. Disponível em: [https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy\\_of\\_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais](https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais). Acesso em 05 de abr. de 2021.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 37.

indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”<sup>6</sup>.

Este princípio surgiu com a intenção de frear o poder absoluto do Estado, em um período em que tal poder era representado pelo próprio monarca, na figura daquele que ditava e fazia cumprir a própria lei. Ou seja, seu aparecimento deu-se como uma forma de resposta do povo contra as atrocidades que eram cometidas pelo Estado. Principalmente, em se tratando de prisões arbitrárias, através do poder que o monarca detinha, sem nenhuma observância de qualquer respeito às regras processuais.

Após a ascensão da burguesia e com o surgimento do movimento Iluminista, o Processo Penal passou a estar no centro de novas perspectivas. Cesare Beccaria trouxe em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, importantes lições acerca do princípio da presunção de inocência:

Um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que confere ao juiz o poder de aplicar uma pena a um cidadão, enquanto perdure a dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo este dilema: ou o delito é certo ou incerto; se é certo, não lhe convém outra pena que não a estabelecida pelas leis, e são inúteis os tormentos, pois é inútil a confissão do réu; se é incerto, não se deve atormentar um inocente, pois é inocente, segundo as leis, um homem cujos delitos não estejam provados<sup>7</sup>.

Nessa passagem, fica demonstrada a observância do princípio da presunção de inocência, na medida em que o autor o homenageia em seus pensamentos e escritos. Tal citação encontra-se no capítulo “Da Tortura”, da sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, e demonstra sua aversão à prática da tortura, que à sua época, era algo que comumente acontecia. Ademais, Beccaria ilustra a necessidade de como as punições devem ser aplicadas de acordo com as leis.

Com o surgimento do Iluminismo há o reconhecimento de que o ser humano detém a razão, e por este motivo, é quem deve ter o poder. Em decorrência disto, o entendimento anterior sofre certa modificação quanto à postura nos propósitos do Estado, que vem a passar a ter as suas ações direcionadas à tutela dos interesses

<sup>6</sup> **CIDADÃO, Declaração de Direitos do Homem e do.** 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: 05 de abr. de 2021.

<sup>7</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas.** São Paulo: Martins Fontes, p. 69.

da sociedade. Ou seja, a atuação do *ius puniendi* do Estado, passou, então, a servir como objeto da proteção dos interesses individuais, importantes para a manutenção da paz social e da ordem pública, e não mais em oposição aos direitos do indivíduo. Deu-se, desta forma, destaque ao direito à liberdade, a preservação da integridade física e dos corpos.

No ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela ONU, traz expressamente no artigo 11.1 que:

11.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.<sup>8</sup>

Tais garantias e direitos elencados nesta Declaração foram elaborados com o intuito de que os Estados signatários pudessem se inspirar neste documento, para a construção interna de suas próprias garantias e direitos.

Como a DUDH foi elaborada num período pós-guerra, isso fez com que a presunção de inocência parasse de se basear nos ideais Iluministas do século XVIII, para, enfim, recair em tratados de direitos humanos no contexto da modernidade, objetivando efetivar o seu valor universal que é próprio do ser humano.

A concretização deste princípio como direito fundamental à condição da pessoa humana ocorreu também, em outros dispositivos internacionais, responsáveis de tratar sobre assuntos que se referem às matérias relacionadas aos direitos humanos. Como exemplo, temos o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que aduz em seu artigo 14, § 2º “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”<sup>9</sup>.

Nessa época dos referidos tratados internacionais, o Brasil passava pela Ditadura Militar, instaurada em 1964. Tal fato contribuiu para que o país não consolidasse essas garantias. Só foi possível a sua internalização no ano de 1992, a

---

<sup>8</sup> **HOMEM, Declaração Universal dos Direitos do.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 05 de abr. de 2021.

<sup>9</sup> **POLÍTICOS, Pacto internacional de Direitos Civis e.** 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 04 de abr. 2021.

partir de decretos presidenciais, respectivamente Decreto 592 e 678. Sobre este assunto, será melhor tratado no tópico abaixo.

### 2.1.2 A Presunção de Inocência no Brasil

Faremos, neste ponto, uma rápida passagem dessa questão no cenário brasileiro. Começando do ponto referente à promulgação do Código de Processo Penal de 1941, até chegarmos ao período da redemocratização do país.

Dentro do contexto do ordenamento jurídico pátrio, podemos destacar o ano de 1941, em que foi promulgado o Código de Processo Penal, quando o país ainda vivia o Estado Novo de Getúlio Vargas. Este documento sofreu forte influência do Código Rocco italiano, bem como dos ideais fascistas de Mussolini<sup>10</sup>, e, é importante ressaltar que não fez menção alguma ao princípio da presunção de inocência em seu texto.

O resultado da falta de previsão desta garantia gerou um posicionamento político-ideológico voltado para a consideração da presunção de culpa. Pode-se observar esta constatação em alguns de seus dispositivos, como o artigo 312<sup>11</sup>, em sua redação originária, que previa a prisão preventiva obrigatória; outro dispositivo originário que confrontava era o artigo 594<sup>12</sup>, já revogado atualmente, entre outros exemplos contidos no Código de Processo Penal. Portanto, resta claro toda a influência do fator fascista para este importante documento do processo penal brasileiro.

Avançando alguns anos, e chegando ao ano de 1984, temos um marco para o resgate do princípio da presunção de inocência, com a entrada em vigor da Lei nº.

---

<sup>10</sup> CABRAL, Thiago. **As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941**. Canal Ciências Criminais. Atualizado em: 19/06/2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de-1941/>. Acesso em 04 de abr. de 2021.

<sup>11</sup> A antiga redação deste dispositivo expressava que “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

<sup>12</sup> Este dispositivo fixava que: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”.

7.210<sup>13</sup>, a Lei de Execução Penal. Este documento trouxe consigo, como legislação, a garantia da presunção de inocência.

Na lei mencionada, destaca-se a relevância da presunção de inocência nos seguintes artigos:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

Podemos visualizar que a Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em 1985, com o fim da Ditadura Militar, período sombrio que usurpou diversos direitos do povo deste país. Foi, enfim, possível a retomada lenta e gradual de algumas garantias individuais, através do processo de redemocratização.

Como desdobramento da campanha das “Diretas já!”, o país pôde escolher, finalmente, o presidente de forma democrática. E, neste ano o candidato Tancredo Neves foi eleito, vencendo Paulo Maluf.

Dentre as promessas de Tancredo Neves, uma delas era a elaboração de uma nova Constituição Federal. Todavia, não foi possível devido aos problemas de saúde, que resultaram na posse do seu vice, José Sarney, que se tornou o primeiro presidente pós-ditadura.

Com o desenvolvimento da ideia da elaboração de uma nova constituição, que se concretizou em 1988, foi abarcado em seu texto a consolidação de direitos e garantias fundamentais, entre eles, a presunção de inocência.

Os direitos fundamentais colocaram o indivíduo no centro do ordenamento jurídico, fazendo-o deste o objetivo final de todo o modo de agir do Estado, que passa a ter suas ações limitadas pelas normas de direitos fundamentais.

---

<sup>13</sup> BRASIL, Lei nº 7.210/84. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 04 de abr. de 2021.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, teve consequentemente o reforço do movimento garantista, com o fortalecimento dos entendimentos doutrinários em relação à indispensabilidade da aplicação das ideias garantistas no país.

É importante destacarmos, brevemente, o artigo 283 do Código de Processo Penal que dispõe a respeito das hipóteses de restrição à liberdade de locomoção dos indivíduos, ao afirmar que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado<sup>14</sup>.

Temos com este artigo a complementação ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, citando de forma taxativa as situações em que um indivíduo pode ser preso.

Assim, a presunção de inocência, deve ser utilizada em prol do indivíduo, a fim de garantir o exercício de seus direitos. Em outras palavras, todo acusado deve ser tratado como inocente, pois este é o meio que possibilita o exercício das demais garantias e direitos que protegem a liberdade do cidadão durante todo o processo penal.

## 2.2 CONCEITO

Iniciemos, para uma melhor contextualização, falando brevemente da teoria garantista de Ferrajoli. Ela apresenta três significados, que serão explicados a seguir: no primeiro deles, o garantismo é designado como um modelo normativo de Direito, que caracteriza-se dentro do plano epistemológico como um sistema de poder mínimo; no plano político, como um meio de tutela que diminui a violência do Estado e aumenta a liberdade do indivíduo; já no plano jurídico mostra-se como um sistema de vinculações ligados à função punitiva estatal em garantia dos direitos do indivíduo. Sendo, portanto, garantista o sistema penal que conforma normativamente e se satisfaz de maneira eficaz com tal modelo. Em um segundo significado, o autor coloca o garantismo como uma teoria crítica do direito, sendo então, uma teoria

---

<sup>14</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de out. de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 19 de abr. 2021.

jurídica de validade e efetividade como categorias que se diferenciam apenas entre si, mas também no que diz respeito da existência e da vigência das normas. A partir disso, o garantismo se manifesta como uma aproximação da teoria que mantêm afastados o “ser” e o “dever ser” no direito<sup>15</sup>.

Para melhor compreensão do que foi dito, vejamos abaixo os ensinamentos do autor sobre tal significado:

“Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantêm separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas<sup>16</sup>.

Por último, Ferrajoli explica o garantismo definindo-o como uma filosofia política. Trazendo consigo uma visão externa desta teoria. Ou melhor dizendo, ele continua com a visão crítica da teoria, porém não a analisando de forma normativa, mas sim como uma crítica filosófica<sup>17</sup>.

Assim sendo, fica claro que o garantismo busca ao máximo evitar uma eventual injustiça, de modo que os excessos do Estado possam ser limitados utilizando uma intervenção mínima do mesmo.

Para chegarmos mais adiante dentro deste capítulo a uma análise mais profunda acerca do princípio da presunção de inocência, é interessante compreendermos o sentido do termo “princípio”, no âmbito jurídico, seguindo as palavras de Miguel Reale:

[...] os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis<sup>18</sup>.

Desta forma, concluímos que os princípios podem ser vistos como uma das bases de um ordenamento jurídico, segundo o autor.

Para Maurício Zanoide de Moraes:

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 684.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 685.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

Os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus de consecução, são “mandamentos de otimização” que tendem a uma realização na maior intensidade possível [...]. Uma norma-princípio é elaborada e deve ser interpretada para que seja aplicada no maior grau de realização possível, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas. O que não significa dizer que está garantido que sempre haverá sua total realização<sup>19</sup>.

Isto significa que mesmo com a não realização integral dos princípios, estes não são invalidados como normas jurídicas, tendo apenas como efeito a diminuição de sua eficácia no caso concreto.

Quando colocados em nível constitucional, os princípios atingem notadamente máxima eficácia. Estando nessa posição, eles passam a conduzir um conjunto de regras, permitindo que haja contraposição com outros princípios constitucionais.

Para Prado, os princípios possibilitam uma expansão dos limites constitucionais além de unicamente dotados de valores positivados, isto é, que são incapazes de prever as inúmeras situações fáticas do cotidiano que passam a surgir como o natural desenvolvimento da sociedade e também do próprio Estado. O que demonstra, de certa forma, a sua multifuncionalidade. Para o autor, uma Constituição não pode ser formada apenas de regras, devendo, assim, a sua “estrutura sistêmica” ser construída com uma junção de regras e princípios, estes últimos caracterizados pelo seu elevado grau de abstração<sup>20</sup>.

Dirley da Cunha Junior ensina que os princípios coexistem entre si, no sentido de que, dentro do caso concreto, eles permitem que seja realizada um balanceamento de interesses e valores. Isto é, os princípios são objetos de ponderação, de concordância ou também, harmonização. Eles se diferenciam das regras, segundo o autor, pois, estas não podem coexistir enquanto sejam conflitantes, já que quando se mostram como discordantes, uma delas irá excluir a outra<sup>21</sup>.

Um dos direitos mais relevantes para o ser humano é o de ir e vir, afinal sua existência digna está intrinsecamente ligada a esta liberdade que é própria da

---

<sup>19</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p-271.

<sup>20</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 73.

<sup>21</sup> JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodvim. 2012. p. 159.

natureza humana. Tendo isso em consideração, a Constituição de 1988 restringiu as hipóteses de prisão a determinadas situações, a fim de restringir o poder punitivo do Estado. Pois, embora o Estado tenha o monopólio das forças coercitivas, este direito deve ser limitado para que os direitos dos indivíduos de uma sociedade não sejam atingidos indevidamente.

No ordenamento brasileiro, o princípio da presunção de inocência é tido como um dos princípios orientadores do processo penal, e está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>22</sup>. É importante salientar que este princípio embora possa ser analisado sob uma perspectiva individualista, ele deve ter uma compreensão voltada para o corpo social, pois possui reflexos que atingem todas as áreas da sociedade como um todo. Principalmente, na questão do problema no sistema prisional brasileiro.

Para Távora e Alencar, o princípio da presunção de inocência deriva de duas fundamentais regras, a primeira é a regra de juízo ou probatória, definindo que a parte acusadora é quem tem o ônus de demonstrar a culpa do acusado, e este acusado não é quem deve provar a sua inocência. Há ainda a segunda que é a regra de tratamento, que, segundo os autores, ninguém pode ser considerado culpado senão após confirmação da sentença penal condenatória transitada em julgado, que serve de obstáculo/limite a qualquer juízo condenatório ou de culpabilidade prematuro<sup>23</sup>.

Já Rubens Casara ensina que o princípio da presunção de inocência se divide em três dimensões: a primeira é a regra de tratamento, que favorece desde o indiciado ao réu, garantindo que todos devem ser tratados como se fossem inocentes, até que se tenha certeza jurídica da culpabilidade a partir da sentença penal irrecorrível; a segunda é a regra probatória, que está demonstrada através da máxima *in dubio pro reo*. No sentido que no processo penal a carga probatória é da acusação, e mesmo que seja configurada inércia da defesa técnica, o acusado ainda assim deverá ser absolvido, caso o Estado seja incapaz de demonstrar a sua

---

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 de abr. de 2021.

<sup>23</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13.ed.rev. e atual. Salvador: Ed, Juspodvim, 2018, p. 72.

autoria; a terceira é a regra de garantia, que serve para minimizar as opressões tanto públicas quanto privadas<sup>24</sup>.

Sabe-se que muitos países adotaram a ideia do princípio da presunção de não culpabilidade, porém é necessário enxergar que a Constituição Federal de 1988 foi muito mais ampla e mais garantista ainda, pois quando em seu texto menciona sobre o trânsito em julgado, ela vai além do simples debate sobre a “culpa” do indivíduo, como podemos notar no artigo 8º.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”<sup>25</sup>. Por isso, em outras palavras, no que diz respeito ao âmbito do texto constitucional brasileiro, escolheu-se a opção de ampliação do alcance da presunção de inocência, pois existe a possibilidade de recursos extraordinários que poderão ainda ser julgados, não ficando condicionada até a segunda instância.

Ademais, mesmo que parte da sociedade, doutrina, juristas não concordem com o que está expresso constitucionalmente é preciso que haja o respeito ao seu conteúdo, para que seja mantida a segurança jurídica, a observância da separação de poderes, entre outras coisas que resguardam a democracia no país.

Diante de tudo que foi exposto, pudemos observar o caminho realizado pelo princípio da presunção de inocência, desde os séculos anteriores aos dias atuais. Marcando sua real eficácia dentro do ordenamento jurídico.

O referido princípio gera, portanto, consequências e desdobramentos dentro do processo penal, como foi observado. Por esse motivo, trataremos no próximo capítulo o tema relacionado às prisões no sistema criminal brasileiro.

Para isso, falaremos sobre cada uma das prisões processuais e ainda sobre a prisão-pena, de forma mais dogmática, a fim de buscarmos uma melhor compreensão sobre o assunto tratado.

---

<sup>24</sup> CASARA, Rubens R R. **Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência**. Justificando. Publicado em: 17 de jan. de 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>. Acesso em: 14 de maio de 2021

<sup>25</sup> **RICA, Pacto de San José da Costa**. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 04 de abr. de 2021.

### 3 DAS PRISÕES NO SISTEMA CRIMINAL

Neste capítulo trataremos sobre as prisões penais e as prisões processuais, também chamadas de prisões cautelares. A prisão penal decorre da sentença penal condenatória e não tem natureza acautelatória, pois se busca o cumprimento da sentença penal. Já as prisões processuais são provisórias e procedem a partir de alguns requisitos. Ela serve para assegurar o andamento da investigação e do processo penal, evitando, que o acusado cometa crimes, caso esteja solto.

Para Junior, no que se refere às prisões cautelares, paga-se um preço muito alto pela prisão prematura e sem necessidade de um indivíduo inocente, pois se trata de momento sem uma sentença definitiva. Portanto, é fundamental que o acusado seja tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aduz ainda o autor que embora o princípio da presunção de inocência tenha tamanha importância dentro do ordenamento jurídico, ele não é absoluto, podendo em alguns casos ser relativizado no que concerne às prisões cautelares<sup>26</sup>.

A seguir trataremos mais profundamente acerca deste assunto.

#### 3.1 PRISÃO PROCESSUAL E PRISÃO-PENA

Conforme preleciona Júnior, o objetivo das medidas cautelares de natureza processual é o de garantir o desenvolvimento normal do processo e, conseqüentemente, a aplicação da lei penal de forma eficaz. Ou seja, destinam-se a obter um melhor resultado final do processo, mas buscando, em seu caminho, protegê-lo também<sup>27</sup>.

Em se tratando do processo penal, uma medida coercitiva tem como requisito para a sua decretação a existência de um fato que seja punível aparentemente. Ou seja, o requisito para a prisão cautelar é que haja o *fumus commissi delicti*, designando a probabilidade de ocorrência do delito, ou de modo mais específico, a prova da existência de um delito ou indícios suficientes que sugerem a autoria<sup>28</sup>. Júnior discorda que o *periculum in mora* seja um dos requisitos das medidas cautelares. Para ele, o *periculum* é um fundamento. O perigo não resulta do lapso

---

<sup>26</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. op. cit. p. 898-899.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 906.

<sup>28</sup> *Ibid.* p 907.

temporal, uma vez que o risco é decorrente da situação de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é, então, o *periculum libertatis*<sup>29</sup>.

Para um estudo mais aprofundado podemos observar que as principais modalidades de prisão cautelar são: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Falemos sobre cada uma dessas prisões abaixo.

### 3.1.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante está contida no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP). Após a Lei nº. 12.403/2011 compreendeu-se de natureza pré-cautelar, tendo em vista que pode ser uma medida independente e pode vir a preparar uma prisão cautelar. É uma “precária detenção”<sup>30</sup> que pode ser realizada por qualquer autoridade policial ou pessoa do povo. Ocorrerá, portanto, a prisão em flagrante em alguns casos excepcionais estabelecidos pelo CPP.

Távora e Alencar lecionam que o flagrante é aquele delito que acabou de ser cometido, ou seja, é aquele que ainda “queima”. Eles explicam que a prisão em flagrante ocorre no local e no momento do crime. Entendem que além de ser uma medida de natureza cautelar, no que diz respeito à restrição de liberdade, ela também tem caráter administrativo, uma vez que não exige ordem escrita do juiz<sup>31</sup>. Isto é, a privação de liberdade do sujeito é decorrente de um estado de flagrância que independe de qualquer ordem judicial para que possa ser realizada a sua execução.

No entendimento de Júnior, a comunicação ao juiz acontece em dois momentos, são eles: logo após a detenção e ao final da lavratura do auto de prisão em flagrante, quando todas as peças são encaminhadas ao juiz. Diz ainda que sob uma perspectiva dos princípios da jurisdicionalidade e da presunção de inocência, a prisão cautelar seria algo completamente inadmissível, porém o pensamento liberal clássico sempre a justificou a partir da “cruel necessidade”. Sendo tolerada, assim, em nome da proporcionalidade e na necessidade. Mas, para o autor, o maior problema está na sua banalização<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibid.* p 907-908.

<sup>30</sup> *Ibid.* p 913.

<sup>31</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. op. cit. p. 64.

<sup>32</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. op. cit. p. 914.

Já para Gustavo Badaró a prisão em flagrante é um ato complexo, que para a sua ocorrência é preciso a conjugação de vários atos parciais. Ele cita três momentos “(1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção”<sup>33</sup>. Com a concretização destes momentos em que o ato é realizado perante a autoridade policial, com a Lei nº. 12.403/2011, ganha importância, a verificação judicial da prisão em flagrante, de acordo com o artigo 310, *caput*, do CPP<sup>34</sup>.

### 3.1.2 Prisão preventiva

Falemos agora sobre a prisão preventiva. Ela está prevista no artigo 312 do CPP. É a prisão cautelar por excelência<sup>35</sup>, e jamais assume o aspecto de pena, dado que tem finalidade diversa sobre punir algum indivíduo. Pode ser decretada durante a fase investigativa, isto é, antes que seja iniciado o processo criminal. Nesse momento, a pessoa é tida como inocente, o que não ocorre com a prisão-pena, que é direcionada ao culpado que já enfrentou todo o caminho do processo.

A prisão preventiva será decretada somente no caso de crimes dolosos. Ou seja, em nenhuma hipótese haverá cabimento de prisão preventiva em se tratando de crimes culposos. Nos termos do artigo 313 do CPP, temos os casos em que a prisão preventiva é admitida:

Art. 313. [...] será admitida a decretação da prisão preventiva:  
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;  
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;  
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência  
§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 961.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p.961.

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, p. 971.

<sup>36</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de out. de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 01 de jun. de 2021.

No final do ano de 2019, a Lei nº 13.964/19 entrou em vigor, e trouxe algumas alterações referentes às medidas cautelares, e especialmente no que diz respeito à prisão preventiva.

O artigo 316, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964<sup>37</sup>, deixou claro que a prisão preventiva deve conter elementos concretos com o objetivo de justificar a aplicação da prisão. Uma vez caracterizada a falta de motivação para a sua subsistência, ela deverá ser revogada, bem como deverá novamente ser decretada caso sobrevenham razões que a justifiquem.

No parágrafo único do artigo supracitado, determina-se que após a decretação da prisão preventiva, o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de manutenção da prisão a cada 90 dias, sendo feita de forma fundamentada e de ofício. Caso isso não ocorra, a prisão poderá passar a ter caráter ilegal.

A prisão preventiva e as demais medidas cautelares, nas palavras de Júnior, têm por objetivo garantir um normal desenvolvimento do processo, e não se destinam a fazer justiça, sendo, conseqüentemente “instrumentos a serviço do instrumento processo<sup>38</sup>”.

Para acontecer a decretação da prisão preventiva é preciso que esteja presente o requisito positivo, que é o *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indício de autoria) conjugado a uma das hipóteses do *periculum libertatis*. Deve-se ficar atento também ao requisito negativo, que define se o sujeito está acobertado por alguma excludente de ilicitude<sup>39</sup>.

Como qualquer decisão judicial, a decretação da prisão preventiva deve ser fundamentada, pois “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático<sup>40</sup>”.

Nestor Távora e Rosmar Alencar explicam que é a prisão cautelar mais ampla, que funciona como uma ferramenta de encarceramento pelo período da persecução penal, melhor dizendo, durante a fase do inquérito policial e na fase

---

<sup>37</sup> BRASIL, **Lei nº 13.964**, de 24 de dez. de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 01 de jun. de 2021.

<sup>38</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Op. cit., p. 1011.

<sup>39</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 975.

<sup>40</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Op. cit., p. 1375.

processual. A prisão preventiva pode acontecer até o trânsito em julgado da sentença, desde que seja decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade policial competente. É preciso que estejam presentes certos elementos para confirmar a necessidade do cárcere, pois “por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade de encarceramento.<sup>41</sup>”.

Contudo, não basta somente a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além destes dois requisitos, é necessário ser apresentado o fator de risco que justifique a efetividade da medida. Alguns dos fundamentos legais para a decretação da prisão preventiva são: garantia da ordem pública, com o intuito de evitar que o indivíduo continue delinquindo enquanto ocorrer a persecução penal; garantia de aplicação da lei penal, a fim de evitar a fuga do agente que deseja se isentar de eventual cumprimento da sanção penal; garantia da ordem econômica, esta hipótese foi acrescentada pela Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste), e seu objetivo é evitar que o sujeito, caso esteja solto, continue a praticar outras novas infrações que afetem a ordem econômica<sup>42</sup>. Além destas mencionadas, existem ainda outras hipóteses que servem de fundamentação para a prisão preventiva.

### 3.1.3 Prisão temporária

A prisão temporária é a única prisão cautelar que é constituída de prazo máximo de duração estabelecido na lei: até cinco dias, podendo ser prorrogada por mais cinco dias, em caso de extrema necessidade; e até trinta dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade no caso de crimes hediondos a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (hipótese prevista no artigo 2º, §4º da lei 8.072/90).

É utilizada durante a fase de investigação policial, e tem por finalidade evitar que o investigado em liberdade seja prejudicial e possa dificultar a busca de elementos investigativos de determinados crimes de maior gravidade<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 947.

<sup>42</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 948-951.

<sup>43</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 994.

Nos ensinamentos de Badaró, para que a prisão temporária seja compatível ao princípio da presunção de inocência a interpretação deve ser feita seguindo o entendimento do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*<sup>44</sup>.

O juiz decretará a prisão temporária em duas hipóteses, isto é, pela representação da autoridade policial e; requerimento do Ministério Público. No caso da representação da autoridade policial, o juiz deve ouvir o MP antes de decretar a prisão. Não será possível que seja decretada *ex officio* pelo juiz, da mesma forma que no caso mencionado acima, que ocorre a representação da autoridade policial, não poderá ser decretado de ofício sem a oitiva do Ministério Público. Sendo nessas duas situações citadas, considerada a prisão ilegal, devendo ser relaxada<sup>45</sup>.

Os autores Távora e Alencar ensinam que esta prisão está disciplinada na Lei nº 7.960/1989, que substituiu a Medida Provisória nº 111/1989. Eles criticam o fato de que a prisão temporária ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a partir de iniciativa do executivo, separada do fator essencial às medidas provisórias, que é relevância e urgência. Como também instituiu restrição à liberdade sem lei no sentido estrito, sendo este ato do Poder Legislativo. E, mesmo com a conversão da Medida Provisória em lei, eles ressaltam que ela seja inconstitucional, ainda que os Tribunais não reconheçam desta inconstitucionalidade, como fez o STF ao julgar a ADIN 162/DF que rejeitou a liminar que poderia colocar um fim a este instituto<sup>46</sup>.

### 3.1.4 Prisão-pena

Por fim, falaremos sobre a prisão-pena, que por sua vez, ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando a decisão definitiva se consolida, pois não é mais possível qualquer recurso.

Diferente das medidas cautelares ora explicadas acima, a prisão-pena não tem natureza acautelatória, pois tem em vista satisfazer a pretensão punitiva do Estado, através da execução definitiva da sentença com o cumprimento da pena privativa de liberdade<sup>47</sup>.

A pena caracteriza-se como a sanção mais grave imposta ao indivíduo, e é por causa dessa gravidade é que ela deve ser criada, aplicada e executada pelo

---

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 995.

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 997.

<sup>46</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 960-961.

<sup>47</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Op. cit., p. 900.

Estado, que é aquele que detém o monopólio do *ius puniendi*. Sendo, portanto, a consequência, voltada ao sujeito que cometeu determinada infração penal. Ademais, a pena deve ser exclusiva à pessoa que praticou o delito, seja com dolo ou culpa, em respeito ao princípio da pessoalidade, que está estabelecido no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988<sup>48</sup>.

Faremos, neste momento, um estudo sobre as teorias retributiva, preventiva e mista da pena.

A primeira, também chamada de teoria absoluta, foi desenvolvida na Idade Média, em um momento em que a figura do soberano se confundia com o Estado. Era aplicado um castigo àqueles que praticassem condutas consideradas imorais que afrontassem a Igreja ou o Estado na figura do soberano. Com o avanço da sociedade e consequente desgaste do Estado Absolutista, ocorreu deste modo, a substituição da lei de Deus pela lei humana<sup>49</sup>. Ferrajoli explica que “são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ [...] do crime<sup>50</sup>”.

Já na teoria preventiva ou relativa, a pena é colocada como instrumento necessário a evitar a prática de delitos. Nas explicações de Gamil Föppel El Hireche, estas teorias “buscam uma finalidade para a pena, razão pela qual esta deixa de ser um fim em si mesma, passando a ser vista como algo instrumental: passa a ser um meio de combate à ocorrência e reincidência de crimes<sup>51</sup>”. Conclui-se que a pena é usada baseando-se na ideia de impor um medo ao sujeito, com o intuito de coibir a prática de delitos. Divide-se em preventiva geral, na qual intimida a sociedade para conter a prática de infrações, e em preventiva especial, em que o delinquente é o próprio objeto<sup>52</sup>.

As teorias mistas da pena ou teorias ecléticas realizam a unificação de pontos importantes de cada uma das duas teorias mencionadas acima. Ao passo que busca que a pena seja uma forma de retribuir ao condenado o ato que foi praticado por ele

<sup>48</sup> SHIMADA, Maria Fernanda Paci Hirata. **A finalidade de pena e os efeitos da prisionização**. Âmbito Jurídico. Publicado em 17 de set. de 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-finalidade-de-pena-e-os-efeitos-da-prisionizacao/>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

<sup>49</sup> MORAES, Henrique Viana. Bandeira. **Das funções da pena**. Âmbito Jurídico. Publicado em 01 de jan. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/das-funcoes-da-pena/>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 204.

<sup>51</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.

<sup>52</sup> MORAES, Henrique Viana. Op. cit.

(teoria retributiva), deseja desestimular que novos atos delituosos sejam praticados (teoria preventiva).

Após esse aprofundamento, cumpre salientar que o objetivo da prisão-pena se difere das prisões processuais, principalmente porque só pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois visa satisfazer a pretensão executória do Estado.

Porém, não cabe somente ao Estado usar do seu poder para castigar o indivíduo, é necessário que seja observada outra finalidade que é a de dar condições reais às pessoas que vivem no sistema prisional de poderem ser reintegrados à sociedade de maneira que sejam preservadas suas dignidades através do trabalho, do retorno ao meio familiar, objetivando, assim, a efetiva ressocialização de cada uma dessas pessoas.

A partir desse estudo sobre as medidas cautelares e a prisão-pena, passemos a analisar, no próximo capítulo, os argumentos de Ministros para autorizar ou negar a execução provisória da pena em dois de seus julgados históricos. Bem como, poderemos compreender as mudanças de entendimento que ocasionalmente ocorreram em alguns momentos.

#### 4 ANÁLISE DAS DECISÕES HISTÓRICAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao longo dos anos, as decisões que tratam sobre a execução da pena após a condenação em segunda instância têm variado entre não favoráveis e favoráveis, desde que houve a promulgação da Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, nota-se a complexidade deste tema nos âmbitos jurídico e social, por afetar a liberdade das pessoas, ou seja, o direito de ir e vir de cada cidadão.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, admitia a execução provisória da pena, ainda pendentes de recursos, até porque, nessa época ainda vigorava o artigo 393 do Código de Processo Penal, que trazia em sua redação o seguinte: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”<sup>53</sup>. Isto é, um dos efeitos da sentença condenatória recorrível era ser o réu preso ou conservado na prisão, no caso das infrações inafiançáveis, ou durante o período em que não prestasse a fiança, nas hipóteses de crimes afiançáveis. Este artigo foi revogado no ano de 2011, pela Lei nº. 12.403.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da presunção de inocência e condicionou a fixação definitiva da culpa somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como já salientado anteriormente, a Suprema Corte seguiu ainda com o antigo entendimento conservador. Porém, no ano de 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, houve uma grande reviravolta na jurisprudência que o STF vinha seguindo, em que, por maioria, entendeu, ser inconstitucional a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, o entendimento foi modificado no HC 126.292/SP, em que o STF permitiu a execução da pena do paciente após a decisão condenatória em segundo grau. Diante de tal mutação constitucional, que determinou um novo entendimento durante o momento em que a culpabilidade do réu é analisada, o Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizaram as ações declaratórias de

---

<sup>53</sup> Disponível em: [https://www.meuvademecumonline.com.br/legislacao/codigos/4/codigo-de-processo-penal-decreto-lei-n-3-689-de-3-de-outubro-de-1941/artigo\\_393](https://www.meuvademecumonline.com.br/legislacao/codigos/4/codigo-de-processo-penal-decreto-lei-n-3-689-de-3-de-outubro-de-1941/artigo_393). Acesso em: 08 de maio de 2021.

constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, respectivamente, a fim de que o STF decidisse a respeito da constitucionalidade do artigo 283, do CPP.

No dia 07 de novembro de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou em conjunto as ADCs 43, 44 e 54 e, por maioria, decidiu pela procedência da ação para confirmar a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, de acordo com a redação dada pela Lei nº. 12.403/11, garantindo, assim, na esfera processual o que já estava explícito na Constituição Federal<sup>54</sup>.

Analisemos abaixo, então, dois casos que tiveram grande importância dentro do contexto da justiça brasileira.

#### 4.1 HABEAS CORPUS 84.078/MG:

Inicialmente, faz-se necessário uma breve contextualização acerca do caso a ser tratado. No ano de 1991, o fazendeiro Omar Coelho Vitor teria atirado cinco vezes, tendo deles dois tiros acertados Dirceu Brandão, que havia “paquerado” a sua esposa em um evento agropecuário no interior de Minas Gerais. A vítima não resistiu e morreu. Vitor, primeiramente, foi denunciado pelo crime tipificado no artigo 121, §2º, incisos I e IV c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, e julgado pelo Tribunal do Júri com a pena fixada em três anos e seis meses de reclusão. Porém, o Ministério Público recorreu e, em 2000, ocorreu um novo Júri, que elevou a pena a sete anos e seis meses de prisão. Vitor interpôs, ainda, os recursos especial e extraordinário. Em 2001, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão de segunda instância, decidiu que a pena fosse cumprida inicialmente em regime fechado, contudo, acolheu embargos de declaração, e acabou convertendo para regime semiaberto<sup>55</sup>.

A importância deste caso para o ordenamento jurídico brasileiro decorre do fato de que foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a

---

<sup>54</sup> MOREIRA, Leopoldo Gomes; SCHIMITT, Oilson Nunes dos Santos Hoffmann. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e a PEC 5/19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª instância.** Migalhas. 14/11/2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43--44-e-54-pelo-stf-e-a-pec-5-19-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2--instancia>>. Acesso em: 09 de maio de 2021.

<sup>55</sup> JUSBRASIL. **Um garçom e um fazendeiro: os réus dos HCs que trataram da 2ª instância.** Publicado por Jota Info. Disponível em: <<https://jotainfo.jusbrasil.com.br/noticias/562685611/um-garcom-e-um-fazendeiro-os-reus-dos-hcs-que-trataram-da-2-instancia>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

execução da pena só deveria ocorrer após a análise do último recurso possível, ou seja, após o trânsito em julgado.

Em virtude desta decisão, o condenado continuou solto, como vemos logo abaixo na ementa do acórdão, o que estabeleceu o entendimento que condenados em segunda instância poderiam ficar em liberdade até o julgamento do último recurso no STF. Em 2014, o crime prescreveu, sem que o último recurso do processo tivesse sido julgado<sup>56</sup>.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. [...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida<sup>57</sup>.

Passa-se à análise apresentada pelos Ministros para autorizar ou negar a execução provisória da pena no teor do voto do HC estudado neste momento.

<sup>56</sup> NEVES, Felipe Costa Rodrigues; OPICE, Sérgio. **Prisão após decisão em 2ª instância: O que isso quer dizer?** 06/04/2018. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/constituicao-na-escola/277923/prisao-apos-decisao-em-2--instancia--o-que-isso-quer-dizer>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078-7/MG**. Relator(a): Min. Eros Grau. p. 1048-1049. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

#### 4.1.1 Votos contrários à execução antecipada da pena

##### 4.1.1.1 Voto do Ministro Eros Grau:

O Ministro Eros Grau no início do seu voto sinaliza para a necessidade de que o entendimento que o STF vinha mantendo nos últimos anos seja revisto<sup>58</sup>. E, tomando por base a Lei nº. 7.210/84, que no seu artigo 105, condiciona a pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vemos que ocorre o mesmo com a pena restritiva de direitos (artigo 147 do mesmo dispositivo), e ainda aduz que a sentença penal condenatória valerá como título executivo judicial, no artigo 164 na referida lei. Prossegue o relator mencionando o artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88, que diz "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". E argumenta que a Suprema Corte vem decidindo no que diz respeito à pena restritiva de direitos, com uma interpretação à luz do texto constitucional, o que se mostra razoável que a pena privativa de liberdade dependa também de título condenatório definitivo. Demonstrando que entendimento diverso a este seria uma afronta ao princípio da presunção de inocência, nesses casos citados que deveriam ser tratados pela jurisprudência de forma parecida<sup>59</sup>.

Para o Ministro Eros Grau o princípio da ampla defesa não pode ser visto de modo restrito, pois deve estar em todas as fases processuais, bem como as recursais de natureza extraordinária. Conseqüentemente, a execução provisória da pena caracterizaria uma forma de restringir o direito de defesa, podendo trazer um desequilíbrio entre o direito de punir do Estado e o direito do acusado de suprimir essa pretensão<sup>60</sup>.

No ano de 2009, ainda estava em vigor o artigo 27, §2º da lei 8.038/90<sup>61</sup>, no qual dizia que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos no efeito devolutivo, o que acabava expressando uma política criminal repressiva, segundo o Ministro relator, que é decorrente da produção legislativa penal e processual penal

<sup>58</sup> *Ibid.* p. 1079.

<sup>59</sup> *Ibid.* p. 1080-1082.

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078-7/MG. Relator(a): Min. Eros Grau. p. 1083. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

<sup>61</sup> **Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm).

francamente reacionária dos anos 90, uma vez que cede aos anseios populares. E, para ele, nada que seja momentâneo, deve retirar a força constitucional, sendo este o papel da Suprema Corte. Isto é, fazer prevalecer o que está estabelecido na Constituição Federal<sup>62</sup>.

Para Grau, a execução antecipada da pena é incompatível ao que encontramos preconizado na Constituição, no artigo 5º, inciso LVII, e a certeza de que o acusado é realmente culpado, justificando, dessa forma, a execução da pena, só deve ocorrer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>63</sup>.

Importante salientar que o Ministro relator afirma não poder generalizar a possibilidade de somente ocorrer a execução da pena após o trânsito em julgado, em razão de existirem casos em que o réu recorre, sem qualquer base legal, isto é, pleiteia nulidade inventada, visando retardar a execução e com isso, a prescrição do crime. Para ele, nesses casos há um desrespeito ao Poder Judiciário e cultiva-se o sentimento de impunidade<sup>64</sup>.

Ao final, decidiu conceder o *habeas corpus*, a fim de que o paciente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

#### 4.1.1.2 Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro considera, inicialmente, que a decretação de prisão cautelar de qualquer pessoa, além da necessidade de fundamentação, deve conter os fatos que justifiquem o porquê da indispensabilidade de tal medida, revelando não se expor aos arbítrios dos magistrados e dos tribunais. Isso demonstra uma das características da privação cautelar de liberdade como sendo a excepcionalidade, podendo efetivar-se, desde que o ato judicial se ajuste aos pressupostos necessários definidos em lei. Salienta a diferença entre a prisão cautelar e a prisão penal. Enquanto a primeira é meio utilizada em prol do processo penal, a segunda se destina à ideia de punição/sanção. Portanto, não se pode utilizar o instituto da prisão cautelar como um meio de antecipar a pretensão punitiva do Estado, pois, desta forma, estaria subvertendo o verdadeiro objetivo da prisão preventiva, o que acabaria violando o princípio da liberdade<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078-7/MG**. Op.cit. p. 1084-1086.

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 1086.

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 1089.

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 1107-1109.

Um ponto importante do voto do Ministro é quando ele expressa que o fato de qualquer pessoa se submeter aos atos de persecução penal, não lhe suprime, nem lhe afeta a posição de ser um sujeito de direitos e titular de garantias intransponíveis que devem ser preservadas pelos magistrados e tribunais, e especialmente o Supremo Tribunal Federal. E assim, por tal motivo, ninguém deverá ser tratado como culpado antes que sobrevenha contra o acusado a condenação penal transitada em julgado<sup>66</sup>.

Segundo o Ministro, o STF tem a percepção exata de como a defesa e a proteção da supremacia da Constituição é fundamental para a vida de todo o país, além de suas instituições. A própria CRFB/88 determina limites que não podem ser alterados pelos Estados no curso da persecução penal. No momento em que a Suprema Corte afasta a execução provisória da condenação criminal ou impede que o Estado decrete antecipadamente, de forma arbitrária, a prisão cautelar de alguém, baseando na presunção de inocência, ela confere amparo ao direito fundamental de qualquer cidadão de ser presumido inocente até que ocorra o trânsito em julgado<sup>67</sup>.

Destaca que não cabe ao acusado provar a sua inocência, ou seja, o ônus da prova é daquele que acusa. Assim sendo, cabe ao Ministério Público, comprovar a culpa do acusado, de modo que não restem dúvidas quanto a isso<sup>68</sup>.

Ressalta, ainda, que a presunção de inocência não se esvazia com progressivamente, na medida em que avança nos graus de jurisdição. O que significa que mesmo que a condenação penal seja confirmada por um Tribunal de segunda instância, ainda subsistirá o direito fundamental de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como é estabelecido do texto constitucional. Vemos, então, que o princípio da presunção de inocência funciona como um obstáculo constitucional para as decisões estatais que possam ir contra direitos básicos do cidadão<sup>69</sup>.

#### 4.1.1.3 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto

O Ministro entende que o artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88, traduz, na verdade, o princípio da não culpabilidade (sendo este o bem tutelado pela

---

<sup>66</sup> *Ibid.* p. 1111.

<sup>67</sup> *Ibid.* p. 1115-1116.

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 1118.

<sup>69</sup> *Ibid.* p. 1120.

Constituição), ao invés de princípio da presunção de inocência. E, assim, até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nessa presunção de não culpabilidade. Diz, ainda, que a presunção de inocência carrega consigo um sentido coloquial, pois, segundo ele, a Constituição estabelece que para além do sujeito ser considerado inocente até que se prove o contrário, ele só pode ser considerado culpado havendo elementos comprobatórios válidos, sob o amparo do devido processo legal<sup>70</sup>.

Ressalta a importância da liberdade de locomoção, isto é, o direito de ir e vir, que para salvaguardá-la, foi criado o remédio constitucional *habeas corpus*. Sendo este, o primeiro dos remédios que estão estabelecidos na Constituição. A partir daí, ele se volta, então, ao inciso LXI do artigo 5º da CRFB/88, a fim de demonstrar como a presunção de não culpabilidade poderá ser relativizada/mitigada, como quando indica que ninguém poderá ser preso, salvo em flagrante delito, tendo como regra a liberdade do indivíduo, o que significa que a interposição de recursos excepcionais não poderá relativizar tal princípio. Portanto, somente a circunstância do flagrante é constitucionalmente qualificada a mitigar a presunção da não culpabilidade<sup>71</sup>.

Destaca para as questões psicológicas que a prisão causa no indivíduo, estendendo seus efeitos ao ambiente familiar e com efeitos negativos no âmbito do trabalho, afetando em seu ganho profissional, bem como atingindo a sua qualificação laboral, no sentido de que, uma vez afetado no âmbito social, a partir do conhecimento de outras pessoas, o preso se vê com oportunidades de emprego reduzidas. Causando, um dano grave à vida do preso<sup>72</sup>.

Ao final do voto o Ministro votou a favor da concessão do *habeas corpus*.

#### 4.1.1.4 Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso conduz o início do seu voto fazendo referência à origem do princípio da presunção de inocência e cita Beccaria, aduzindo que um indivíduo não pode ser considerado culpado até que seja prolatada a sentença do juiz, bem como a sociedade não pode lhe negar proteção pública até que se prove que houve qualquer violação das convenções estabelecidas<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> *Ibid.* p. 1151.

<sup>71</sup> *Ibid.* p. 1152-1153.

<sup>72</sup> *Ibid.* p. 1153-1154.

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 1158-1159.

Recorda do passado ao mencionar do sistema da “prova legal”, ou seja, cada prova guardava um valor diferenciando-o das outras. Consequente, o Ministro conclui que a consagração do princípio da presunção de inocência é uma evolução do processo penal, sendo uma conquista história ao modo de tratamento processual do réu, servindo como uma reação à forma violenta que o Estado o tratava<sup>74</sup>.

Menciona os debates da Constituição Italiana que ocorreram em 1948, entre as correntes que divergiam entre si. Uma delas acreditava que o processo penal servia para a defesa do réu e da cidadania, e a outra corrente dizia que o processo penal funciona como instrumento de defesa da sociedade e do Estado. Assim como aponta o momento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que a doutrina e os tribunais de alguns países passaram a dar atenção a outro alcance do princípio<sup>75</sup>.

Expõe que este princípio tem um dos maiores valores político-ideológicos assumido pelo ordenamento jurídico a fim de proteger a dignidade da pessoa humana. Significa dizer que mesmo que uma pessoa seja ré em um processo, isso não justifica que haverá a perda de sua dignidade. Pois, esta deve ser preservada ao longo de todo o curso do processo até que sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo<sup>76</sup>.

Ao final do voto, o Ministro se volta à necessidade de proteger a liberdade física, que segundo ele, é um dos mais importantes bens jurídicos caracterizados pela dignidade humana, e que, portanto, a sociedade não pode deixar de preservá-lo enquanto não seja reconhecida a sua culpabilidade<sup>77</sup>.

#### 4.1.1.5 Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio ressalta, primeiramente, que no caso concreto não cabe discutir se o recuso extraordinário possui eficácia suspensiva ou não. Para ele o que deve ser definido é a possibilidade ou não de permitir tanto a execução provisória quanto a execução definitiva. Salaria que no campo patrimonial, se o recurso possui o tríplice efeito, sendo eles, respectivamente, obstaculizar a coisa julgada, devolutivo e suspensivo, não cabe qualquer um dos tipos de execução.

---

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 1160.

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 1160-1161.

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 1162.

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 1165-1166.

Porém, se ao recurso recai os dois primeiros efeitos é possível a execução provisória, desde que observados os limites de garantia do juízo ou prestação de caução (nos termos do CPC de 1973), isso porque é possível o retorno do *status quo ante*, coisa que não verifica-se na seara penal, uma vez que o sujeito esteja preso, a sua liberdade perdida não se retornará<sup>78</sup>.

#### 4.1.1.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro frisa a consciência de estar diante de uma decisão histórica do Tribunal, ao passo que acontece um processo de transição permanente, principalmente, no âmbito do Direito Constitucional. E, deste modo, as decisões das composições anteriores do STF não vinculam a atual composição. Segundo ele, tratam-se de decisões que são corretas em cada um de seus momentos e contextos<sup>79</sup>. A partir disso, podemos observar o fenômeno da mutação constitucional.

Para Mendes, não há compatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a antecipação do cumprimento de pena, já que existem outros fundamentos que permitem a prisão cautelar de uma pessoa. Contudo, esta prisão não pode ser tida como um castigo ao indivíduo que não tem uma sentença penal condenatória sequer contra si. Ademais, ressalta que a execução antecipada da pena configuraria uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>80</sup>.

Ele explicita que há, ainda, uma afronta ao princípio da proporcionalidade, na medida em que a execução antecipada da pena pode se mostrar desnecessária e inadequada àquela situação, dado que esta prisão não se trataria de custódia cautelar<sup>81</sup>.

#### 4.1.2 Votos favoráveis à execução antecipada da pena

##### 4.1.2.1 Voto da Ministra Ellen Gracie

---

<sup>78</sup> *Ibid.* p. 1178-1179.

<sup>79</sup> *Ibid.* p. 1184-1186.

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 1195-1196.

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 1200-1201.

Primeiramente, a Ministra externa a sua preocupação quanto aos rumos do julgamento. Por acreditar que este julgamento em questão transcende o caso concreto. E que o fato de estarem mudando a jurisprudência antiga, eles estariam dizendo que os seus antecessores estavam equivocados<sup>82</sup>.

A Ministra acredita que presunção de não-culpabilidade seria uma forma mais correta de chamar o princípio contido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição. Ela acredita que este princípio é apenas uma garantia de que os acusados sejam tidos como inocentes durante o a instrução criminal, resguardando-lhes o devido processo legal, no qual cabe à acusação o ônus da prova. Porém, ela aduz que a sentença condenatória confirmada em segundo grau, em que estiveram presentes a observação da ampla defesa e contraditório, não sustentam a presunção de inocência. Pois, esta, seria uma mera predeterminação, enquanto não seja invalidada por provas<sup>83</sup>.

Ressalta que o acusado deve ser considerado inocente durante o curso do processo penal, mesmo que seja réu confesso, uma vez que cabe ao Ministério Público comprovar a autoria, materialidade e imputabilidade do acusado. E, no momento em que o juiz de primeiro grau analisa as provas e prolata a sentença condenatória de maneira fundamentada, a confirmação em segunda instância impede qualquer rediscussão sobre os fatos relacionados ao caso concreto. Diante disso, afirma que é equivocado interpretar que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição, exige o esgotamento de toda a extensa gama de recursos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, para que só depois disso possa ser executada a sentença penal condenatória<sup>84</sup>.

Aduz, ainda, que o princípio da proporcionalidade é uma via de mão dupla, pois além de proibir o excesso, ele também proíbe a insuficiência. E afirma não visualizar qualquer excesso quando o legislador torna eficaz uma sentença ratificada pelo Tribunal, pois haveria aqui uma presunção de que a condenação foi acertada<sup>85</sup>.

Finaliza seu voto, sustentando que a prisão confirmada em segunda instância seria uma prisão provisória, e não a antecipação da pena, já que o condenado não

---

<sup>82</sup> *Ibid.* p. 1167.

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 1169.

<sup>84</sup> *Ibid.* p. 1171-1172.

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 1175.

ingressaria no regime prisional, e aguardaria em presídio próprio a decisão definitiva<sup>86</sup>.

#### 4.1.2.2 Voto-vista do Ministro Menezes Direito

O Ministro faz um retorno à historicidade da jurisprudência seguida pelo Tribunal de admitir o recolhimento à prisão do acusado condenado à pena privativa de liberdade, ainda na pendência da análise dos recursos excepcionais. Para ele não há qualquer motivo para a mudança desse entendimento, pois acredita que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição não alcança os recursos extraordinário e especial, na medida em que estes discutem a tese jurídica e não matéria de fato<sup>87</sup>.

Afirma que a prisão cautelar não vai de encontro ao princípio da presunção de inocência, pois, segundo ele, um dos objetivos da prisão cautelar é que seja assegurado um bom resultado ao processo. Na linha deste raciocínio, ele conclui que:

[...] admitir a prisão cautelar antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (e é inevitável fazê-lo após o que dispôs o constituinte dos oitenta) e não admitir a prisão para execução da pena é reconhecer ao bom resultado do processo um valor maior que o alvo mesmo desse processo: a sentença ou o acórdão<sup>88</sup>.

Aduz não ser possível dizer que a privação de liberdade antes de sentença condenatória definitiva em um momento viola o princípio da presunção de inocência, mas em outro não. Além disso, não vê diferença alguma entre as prisões processuais e aquelas prisões decorrentes da aplicação da lei pena. Portanto, conclui o Ministro que sendo a prisão processual admitida antes do trânsito em julgado, a execução antecipada da pena também o é, de acordo com a sua interpretação<sup>89</sup>.

Chama atenção ao fato de que com a permissão da antecipação da pena, encontra-se uma forma de evitar manobras, como a busca desenfreada da prescrição das penas, que visam procrastinar os julgamentos, e assim impedir que a condenação dos réus seja executada<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> *Idem*.

<sup>87</sup> *Ibid.* p. 1101.

<sup>88</sup> *Ibid.* p. 1102.

<sup>89</sup> *Ibid.* p. 1103.

<sup>90</sup> *Ibid.* p. 1105.

#### 4.1.2.3 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Inicia seu voto, dizendo se alinhar à antiga corrente ora seguida no Tribunal, no sentido de ser a favor da prisão após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância. Para ele, as decisões das instâncias originárias devem ser respeitadas, pois são órgãos presumidamente idôneos para exercer tais funções<sup>91</sup>.

Explica que pode-se alcançar um estado de impunidade, caso seja adotada a tese de que somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria possível a execução da pena, na medida em que o Poder Judiciário, em especial a Suprema Corte, encontra-se sobrecarregado, o que poderia ocasionar, conseqüentemente, com a exigência dos esgotamentos dos recursos extraordinário e especial, que o processo jamais chegue ao seu fim, o que acabaria por acontecer a prescrição da pretensão executória<sup>92</sup>.

Ressalta que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, e por isso não se configura nenhuma violação ao princípio a não-culpabilidade a permissão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. Considera, também, que não há uma garantia ao duplo grau de jurisdição, uma vez que existem processos em que são julgados pelo STF em uma única instância. E assim, não seria razoável, que existisse um direito ao “triplo grau” de jurisdição, ou seja, recurso contra decisão de um tribunal superior. E declara que nem mesmo o Pacto de San José da Costa Rica estabelece que exista um terceiro grau de jurisdição<sup>93</sup>.

Finaliza seu voto salientando que os objetivos da pena, se perderão, caso sejam aguardados toda a grande infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa até que seja possível a execução do decreto condenatório<sup>94</sup>.

#### 4.2 HABEAS CORPUS 126.292/SP

Neste tópico passaremos a analisar outro caso que representou uma virada história da jurisprudência do STF. Em 17 de fevereiro de 2016, por maioria dos

---

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 1142.

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 1143.

<sup>93</sup> *Ibid.* p. 1144.

<sup>94</sup> *Ibid.* p. 1149.

votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP, entendeu que existia a possibilidade de início de execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau sem ofender o princípio constitucional da presunção de inocência. Como podemos perceber pela ementa abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado<sup>95</sup>.

Segundo o relator do caso, Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância coloca fim à análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza, segundo ele, o início da execução da pena<sup>96</sup>.

Foram vencidos os votos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski; sendo vencedores os votos dos seguintes Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes<sup>97</sup>. A história por trás do referido *habeas corpus* trata da condenação em primeira instância do paciente Márcio Rodrigues Dantas, que tem como autoridade coautora, o Ministro Presidente do STJ, Francisco Falcão, que através do HC 313.021/SP, indeferiu o pedido de liminar<sup>98</sup>. O paciente foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão no regime fechado pelo crime de roubo majorado, previsto no art. 157, § 2º, I e II do Código Penal brasileiro, com direito a recorrer.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 de maio de 2021

<sup>96</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. 17/02/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153&ori=1>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

<sup>97</sup> SOARES, Felipe Mota. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71315/habeas-corpus-n-126-292-sp>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 313.021/SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890256474/habeas-corpus-hc-313021-sp-2014-0343909-3>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

Contra a decisão, apenas a defesa interpôs recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirmou a sentença recorrida e determinou a expedição de mandado de prisão contra o apelante. Assim, em decorrência da ordem de prisão proferida pelo TJ-SP, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC 313.021/SP). O presidente do STJ negou o pedido liminar, razão pelo qual foi impetrado o HC 126.292 no Supremo Tribunal Federal (STF). O ministro relator Teori Zavascki deferiu a liminar e suspendeu a prisão decretada contra o paciente. Porém, o caso foi levado ao plenário para discussão dos ministros, e o HC 126.292 trouxe consigo uma nova jurisprudência, decidindo que não há violação do princípio da presunção de inocência em caso de execução da prisão sem ter ainda o trânsito em julgado.

Acontece que, a partir do entendimento dos ministros vencedores, o STF retomou a antiga jurisprudência ora vigorada até 2009, alterando o entendimento, por maioria, de que a presunção de inocência não impede a prisão que decorre de acórdão que confirma a sentença penal condenatória.

Analisemos, a seguir, de forma mais aprofundada cada um dos votos dos Ministros a favor e contrários à execução antecipada da pena.

#### 4.2.1 Votos a favor da execução antecipada da pena

##### 4.2.1.1 Voto do Ministro Relator Teori Zavascki

Na parte inicial do voto, o Ministro Relator elucida que a discussão sobre a execução provisória de sentenças penais gira em torno do princípio da presunção de inocência e da efetividade da função jurisdicional penal, que deve prestar atenção para atender aos valores não só do acusado, como também da sociedade<sup>99</sup>.

Relembra que a antiga orientação jurisprudencial seguida pela Suprema Corte era a permitir a execução provisória da pena, mesmo com a vigência da Constituição Federal de 1988, de forma que não haveria qualquer obstáculo referente ao princípio da presunção de inocência<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator(a): Min. Teori Zavascki. p. 4. Julgado em 17/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

<sup>100</sup> *Ibid.* p. 5.

Destaca em seu voto a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que consagra expressamente em seu artigo 1º, inciso I, como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado, por crimes nela relacionados. Significando que a presunção de inocência não impede que o acórdão condenatório produza efeitos mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>101</sup>.

No âmbito internacional, em países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Portugal, Espanha e Argentina, depois que o duplo grau de jurisdição é observado, em nenhum desses países citados, a condenação fica suspensa enquanto aguarda o julgamento da Corte Suprema<sup>102</sup>.

Insiste, ainda, que os recursos de natureza extraordinária não têm como objetivo específico examinar se há justiça ou injustiça das sentenças no caso concreto. Para ele, a finalidade é de preservação do sistema normativo<sup>103</sup>.

Ao final do voto, afirma que com a retomada da antiga jurisprudência, de atribuir aos recursos extraordinário e especial apenas o efeito devolutivo, é um mecanismo legítimo para equilibrar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado, o que justificaria o cumprimento antecipado da pena<sup>104</sup>.

#### 4.2.1.2 Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro ressalta que não pode ser dado ao princípio da presunção de inocência caráter absoluto, e acabar por desconsiderar sua conexão a outros princípios, bem como outras regras constitucionais<sup>105</sup>.

Afirma que as instâncias originárias são soberanas no que se diz respeito à avaliação das provas e à definição dos fatos apontados pelas partes. Portanto, não deve estar ao alcance das instâncias superiores uma nova análise sobre os fatos do caso concreto, mas, somente, uma nova definição jurídica<sup>106</sup>.

Por fim, o Ministro enfatiza que se a presunção de inocência não ceder nem mesmo após um juiz monocrático ter firmado sua culpa, com a posterior confirmação

---

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 11-12.

<sup>102</sup> *Idem, ibid.* p. 12-15.

<sup>103</sup> *Idem.*

<sup>104</sup> *Ibid.* p. 18.

<sup>105</sup> *Ibid.* p. 21.

<sup>106</sup> *Ibid.* p. 23.

dos julgadores de segundo grau, seria afirmar que a Constituição consagrou uma presunção absoluta de desconfiança no que se refere às decisões das instâncias ordinárias<sup>107</sup>.

#### 4.2.1.3 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

No começo do voto, o Ministro afirma que a prisão após decisão condenatória em segundo grau não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. Além disso, ressalta que esta prisão se justifica com a conjugação de três pilares jurídicos. Primeiro porque a Constituição Federal não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas sim a culpabilidade, de maneira que para que a prisão ocorra é necessário apenas ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Segundo porque a presunção de inocência é princípio, e não regra, e como tal, pode ter seu uso de forma com maior ou menor intensidade, quando se choca com outro princípio ou bens jurídicos constitucionais, e, nessa lógica, já havendo uma condenação no juízo originário, a presunção de inocência adquire um menor peso frente ao interesse constitucional na efetividade da lei penal. Terceiro porque, a partir do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, as instâncias ordinárias são esgotadas e a execução da pena passa a representar uma exigência necessária a fim de assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal<sup>108</sup>.

O Ministro fala sobre a mutação constitucional ocorrida no ano de 2009, com o julgamento do HC 84.078/MG, quando o STF alterou o entendimento que vinha seguindo durante décadas. E, que no momento do julgamento do presente caso, caminha para outra mudança de entendimento, em decorrência das consequências do caso mencionado. Ele cita três consequências, em primeiro lugar, a mudança da orientação jurisprudencial funcionou como um incentivo à interposição de recursos meramente protelatórios. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do processo penal, ao favorecer àqueles que têm mais dinheiro e podem contratar os melhores advogados para realizar a defesa em sucessivos recursos. Em terceiro lugar, ele

---

<sup>107</sup> *Ibid.* p. 25.

<sup>108</sup> *Ibid.* p. 27-28.

afirma que o novo entendimento contribuiu para que aumentasse o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça penal<sup>109</sup>.

No final do voto, Barroso conclui que a prisão executada ainda na pendência de recursos especial e extraordinário não viola o princípio da presunção de inocência<sup>110</sup>.

#### 4.2.1.4 Voto do Ministro Luiz Fux

Primeiramente, ressalta que a presunção de inocência está calcada na ideia de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada, e, faz um paralelo desta afirmação e a realidade na prática, que na sua função popular, ninguém consegue compreender como o sujeito é condenado no juízo originário, é condenado ao ser realizado o juízo da apelação, condenado também no STJ, e ingressa no STF presumidamente inocente. Assim, para ele isso não garante efetivamente ao que a sociedade entenda como presunção de inocência<sup>111</sup>.

Para ele, a presunção de inocência cessa no momento em que a culpabilidade do agente é comprovada, pois, segundo Fux, encerra um julgamento que não poderá ser modificado pelos Tribunais Superiores<sup>112</sup>.

#### 4.2.1.5 Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra inicia seu voto falando sobre a importância que essa matéria tem não só para a comunidade jurídica, mas para a sociedade inteira. Para a Ministra, o artigo 5º, inciso LVII não determina a impossibilidade de que haja a condenação após as decisões das instâncias ordinárias, mas sim, que não haverá culpa definitiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, percebe-se que isso reflete nas consequências da condenação, que deverá aguardar o trânsito em julgado, todavia, a condenação que leva ao início do cumprimento de pena, não afronta o princípio da presunção de inocência<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> *Ibid.* p. 32-34.

<sup>110</sup> *Ibid.* p. 54.

<sup>111</sup> *Ibid.* p. 58.

<sup>112</sup> *Ibid.* p. 60.

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 61.

#### 4.2.1.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro assevera que o princípio da presunção de inocência, ou como ele chama nesse momento, princípio da não-culpabilidade tem como núcleo essencial atribuir à acusação o ônus de provar a materialidade do crime e a autoria, de modo que se trata de um direito fundamental processual. Sendo que esta garantia impede que o réu seja tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença<sup>114</sup>.

Aduz que, a norma preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, mas não define o que seria considerar alguém culpado. Deste modo, ele entende que o réu não deve ter tratamento de culpado durante o processo penal, e sim, com respeito. Contudo, a partir da evolução processual, ficando sedimentada a sua culpa, de forma progressiva, para o Ministro, não se pode estabelecer uma presunção de inocência absoluta até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, Mendes justifica como aceitável um tratamento mais gravoso desde que não se atinja o núcleo fundamental<sup>115</sup>.

#### 4.2.2 Votos contrários à execução antecipada da pena

##### 4.2.2.1 Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra explica, inicialmente, que costuma adotar a manutenção da jurisprudência da Suprema Corte, pois julga ser importante à sociedade a segurança jurídica nas decisões. Mesmo que nada impeça a revisão de determinada jurisprudência, uma vez que a sociedade está em constante movimento<sup>116</sup>. Portanto, pelo motivo explicitado acima, Weber optou por não alterar o entendimento majoritário do Tribunal que vigorava desde o HC 84.078, de 2009.

##### 4.2.2.2 Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro inicia seu voto de forma a revelar não ter sido uma tarde feliz, referindo-se aos rumos que as decisões do Tribunal estavam tomando naquele dia. Ressalta que a Constituição garantista é clara em seu texto, não permitindo interpretações diversas<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> *Ibid.* p. 67.

<sup>115</sup> *Idem, ibid.* p. 67-68.

<sup>116</sup> *Ibid.* p. 55.

<sup>117</sup> *Ibid.* p. 76.

Afirma que no campo patrimonial (Direito Civil), a execução provisória tem como pressuposto a possibilidade de retorno ao estágio anterior, isto é, o *status quo ante*. Em vista disso, no âmbito penal, a permissão da execução provisória, com a consequente privação de liberdade do acusado, havendo mudança na sentença, a sua liberdade não será reestabelecida<sup>118</sup>

#### 4.2.2.3 Voto do Ministro Celso de Mello

Para o Ministro, o princípio da presunção de inocência é uma grande conquista histórica dos cidadãos contra o abuso de poder e opressão do Estado<sup>119</sup>.

Considera que, a consagração constitucional do referido princípio como direito fundamental de qualquer indivíduo faz com que se garanta que a pessoa seja sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ademais, funciona como um bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que vão de encontro à esfera jurídica dos indivíduos em geral. Sendo por tal motivo que ninguém deverá ser tratado como culpado antes que sobrevenha decisão contra ele já transitada em julgado<sup>120</sup>.

Ressalta a importância da função do Supremo Tribunal Federal de proteger e defender a Constituição Federal. Ao passo que esta Constituição estabelece limites que não podem ser alterados pelo Estado e seus agentes ao praticar as atividades da persecução penal. E assim, ele afirma que a própria Lei Fundamental que estabelece que “para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal”<sup>121</sup>.

Além disso, para o Ministro a presunção de inocência não é esvaziada progressivamente, na medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Ou seja, mesmo que um Tribunal confirme a condenação em segunda instância, ainda

subsistirá a presunção de inocência, que só deixará de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> *Ibid.* p. 78.

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 80.

<sup>120</sup> *Ibid.* p. 84-85.

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 87-88.

<sup>122</sup> *Ibid.* p. 93.

Ao final, concede o *habeas corpus*, justificando que a prematura execução da sentença condenatória é incompatível ao direito fundamental do réu, que é assegurado pela própria Constituição<sup>123</sup>.

#### 4.2.2.4 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro expõe ao início do voto sua posição no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência estabelecido constitucionalmente<sup>124</sup>. Atenta-se ao fato de o sistema jurídico brasileiro dar maior valor à propriedade do que à liberdade da pessoa, pois o legislador cuidou de que o sujeito pudesse evitar qualquer prejuízo, que tivesse a restituição integral do bem, no caso de uma alteração da sentença nos Tribunais Superiores, porém isso não seria possível de acontecer na seara penal, quando a pessoa perdesse sua liberdade de maneira prematura<sup>125</sup>.

Ao final, ressalta que possibilitar a execução provisória só prejudicaria a situação do sistema carcerário brasileiro, que enfrenta problemas de superlotação<sup>126</sup>.

Diante do que vimos, percebe-se que o STF entendeu haver a possibilidade da execução da pena após sentença condenatória confirmada em segunda instância.

Durante sete anos, com uma virada jurisprudencial, o entendimento era de que seria necessária a decisão definitiva, e porventura, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Porém, a partir de 2016, uma nova virada jurisprudencial ocorreu, retomando o antigo entendimento que permitia a execução antecipada da pena.

Por esse motivo, surgiu uma certa insegurança jurídica, que resultou nas ADC's 43, 44 e 54, julgadas em 2019, em que o STF firmou o entendimento acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, e a partir disso, confirmou-se a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para poder dar início à execução da pena.

---

<sup>123</sup> *Ibid.* p. 96.

<sup>124</sup> *Ibid.* p. 97.

<sup>125</sup> *Ibid.* p. 99-101.

<sup>126</sup> *Ibid.* p. 101.

Sobre este assunto, falaremos melhor no próximo capítulo. Além disso, faremos uma análise em relação à inconstitucionalidade que está presente na execução antecipada da pena após sentença penal condenatória confirmada em segunda instância.

## 5 ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Conforme apresentado no capítulo anterior, tivemos duas importantes alterações na jurisprudência do STF. Primeiro em 2009, quando o Tribunal julgou o HC 84.078 e entendeu que a execução provisória da pena seria incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência. Segundo em 2016, com o HC 126.292/SP em que ocorreu uma nova virada no entendimento da maioria dos Ministros, que voltou à jurisprudência conservadora de décadas anteriores em que era permitida a execução provisória da pena, a partir da justificativa de que não configuraria qualquer violação à presunção de inocência do acusado, além de negarem efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, ou seja, significa dizer que após o acórdão condenatório será possível a expedição do mandado de prisão, objetivando a execução antecipada da pena.

Távora e Alencar entendem que a decisão proferida pelo STF ofende o princípio da presunção de inocência. Para eles, admitir a execução provisória da pena antes à formação de coisa julgada, usando a justificativa acerca da eficiência do sistema e, também, pelo fato da sentença condenatória ter sido confirmada em outro tribunal, vai de encontro ao que está preceituado na Constituição Federal de 1988<sup>127</sup>.

Sabemos que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em já não é mais possível interpor ou opor qualquer outro recurso em face da decisão proferida. Desta forma, a preservação da inocência do acusado até que se tenha a coisa julgada serve como uma proteção de injustiças que podem acontecer contra ele.

Junior e Badaró ressaltam que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, mas “não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas”<sup>128</sup>. Portanto, não cabe ao STF criar novos conceitos processuais que já estão sendo estudados há séculos<sup>129</sup>. Assim dizendo, o trânsito em julgado é o marco temporal que justifica o início da execução da pena condenatória. É o que está preconizado no artigo 283, do Código de Processo

<sup>127</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, op. cit., p. 70.

<sup>128</sup> JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer**. São Paulo, 20 de maio 2016. p. 17. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2021.

<sup>129</sup> *Ibid.* p. 17.

Penal: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”<sup>130</sup>.

Para Badaró e Junior é temerário o STF querer criar um conceito novo para o trânsito em julgado, uma vez que se trata de um conceito já assentado historicamente<sup>131</sup>. Eles afirmam que é equivocada a ideia de a culpa comprova-se com a confirmação da sentença em segundo grau, pois, no nosso sistema jurídico a presunção de inocência vincula-se ao trânsito em julgado, sendo este o momento que pode ser caracterizada, enfim, a culpa do acusado<sup>132</sup>.

Para Lênio Streck a decisão do HC 126.292/SP é um exemplo de ativismo judicial, visto que não há qualquer fundamento jurídico constitucional que o sustente. Mesmo com belos votos justificando a decisão, o autor entende que o STF errou, ao agir no sentido de tentar reescrever a Constituição e assim, acabou aniquilando a garantia constitucional<sup>133</sup>.

Streck ressalta, ainda, que o Ministro Relator Teori Zavascki não fez menção alguma ao artigo 283 do CPP, justificando que não poderia ter deixado de aplicar o texto normativo sem que antes fosse declarada, formalmente, a sua inconstitucionalidade<sup>134</sup>.

Sobre esse fato, da ausência da referência ao artigo 283, do CPP, Badaró e Junior também ressaltam o erro do Tribunal por não terem antes declarado que este dispositivo seria inconstitucional. Assim:

[...] de duas uma: ou o acórdão viola direta e frontalmente o disposto no caput do art. 283 do Código de Processo Penal, e isso precisa ser reformado e suprindo-se tal omissão do v. acórdão; ou o referido dispositivo é inconstitucional e assim precisa ser expressamente declarado. O que não pode ocorrer é simplesmente não enfrentar a (in)constitucionalidade do referido dispositivo, sobre tema de tamanha relevância práticas, com inelimináveis prejuízos para a liberdade dos acusados.<sup>135</sup>

<sup>130</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 de maio de 2021.

<sup>131</sup> JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., p. 17.

<sup>132</sup> Ibid. p. 20.

<sup>133</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Consultor Jurídico. Publicado em: 19 de fev. de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 23 de maio de 2021.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., p. 36.

A partir de tudo o que já foi exposto, falemos, então, sobre as ADC's 43, 44 e 54.

No dia 07 de novembro de 2019, o Supremo julgou em conjunto as referidas ADCs, e, por 6 votos a 5, decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, e com isso, vislumbra-se a inconstitucionalidade da execução provisória da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado da decisão, que afronta o que está preceituado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>136</sup>. Sendo necessário, enfim, que se aguarde o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O senador Oriovisto Guimarães, do Podemos, é o autor da PEC 5/19<sup>137</sup>, e com isso, pretende inserir um novo inciso no artigo 93 da Constituição Federal, positivando a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado. Isto é, ela determinaria que a decisão condenatória fosse executada de forma imediata, independentemente da pendência de quaisquer recursos.

Com o intuito de não ferir a cláusula pétreia, o senador Oriovisto Guimarães, utilizou como estratégia, a inserção deste conteúdo referente à prisão em segunda instância no artigo 93, da Constituição Federal, que dispõe sobre os princípios básicos do Estatuto da Magistratura.

Sabemos que as cláusulas pétreas não podem ser alteradas, e em decorrência de sua natureza de inalterabilidade, não podem ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional.

Ao analisarmos a proposta do senador Oriovisto Guimarães, fica claro que ele não faz menção alguma ao inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, de forma que fica explícito que a sua intenção é pura e simplesmente a de ir contra ao que o plenário do Supremo Tribunal Federal havia decidido sobre a impossibilidade

---

<sup>136</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Análise jurídica da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade**. Meu Site Jurídico. Publicado em: 18 de nov. de 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/11/18/analise-juridica-da-decisao-stf-sobre-inconstitucionalidade-da-execucao-provisoria-da-pena-privativa-de-liberdade/>. Acesso em: 23 de maio de 2021.

<sup>137</sup> BRASIL, SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

de execução provisória da pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância.

Importante salientar, que uma segunda estratégia utilizada pelo senador, com a inclusão da redação da prisão em segunda instância no artigo 93 da CRFB/88, foi de tentar estabelecer como regra geral do marco para decretação da pena a segunda instância. De forma que o que sempre esteve estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, passasse a ter caráter de regra especial. O que estaria completamente equivocado.

Pela sua natureza de cláusula pétrea, o princípio da presunção de inocência não pode ser relativizado por parlamentares, e muito menos pelo Superior Tribunal Federal, que deve atuar como guardião Constituição. Portanto, essa relativização não encontra qualquer respaldo jurídico que possa corroborar com essa iniciativa feita pelo senador.

A justificativa dada pelo senador para essa proposta está calcada na ideia de colocar um fim às impunidades do sistema processual penal brasileiro. Para o senador é preciso que seja dado à sociedade respostas sobre a grande sensação de insegurança pública que vivenciamos diariamente, bem como, no que se refere aos atos de corrupção praticados pelos governantes do país.

A insistência por argumentos vazios sobre a corrupção brasileira e a questão da impunidade, que são utilizadas na justificativa para elaboração dessa PEC, apenas servem para reforçar ainda mais o discurso punitivista. Na medida em que não existe qualquer possibilidade jurídica para que seja dado o encaminhamento necessário para que siga adiante.

O pensamento de que quanto mais prisões realizadas, menores seriam os índices de criminalidade é completamente errado. Em 2019, o Brasil ocupou o 3º lugar no ranking mundial com maior número de presidiários, de acordo com dados do Infopen, que é o sistema de informações estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (Depen)<sup>138</sup>. Isso mostra que, prender mais e mais no país, fundamentando-se em argumentos rasos, não serviu para que acontecesse a redução dos índices de criminalidade, pelo contrário. A insistência no discurso

---

<sup>138</sup> **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo.** Conectas. Publicado em: 18 de fev de 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

punitivista contribui para a explosão de casos de encarceramento, e não traz qualquer sensação de tranquilidade.

Para concluir, sabemos, ainda, que o Poder Judiciário tem limitações quanto às suas decisões, devido ao princípio da separação de poderes, e por isso, deve-se ater ao respeito das normas jurídicas e, principalmente, a todo ordenamento jurídico, sem que seja realizada a criação de novas normas ou que se ignore o que está disposto em lei, sob pena de acabar indo além do que faz parte da sua competência.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo o que foi exposto ao longo do trabalho cumpre ressaltar a importância do princípio da presunção de inocência para a proteção do réu no curso do processo criminal e, além disso, entendemos que é uma forma de evitar os excessos punitivos do Estado contra o cidadão. Principalmente, no que tange a proteção de uma das principais garantias do ser humano, que é a sua liberdade, expressada no direito de ir e vir.

Sabe-se que a presunção de inocência é considerada uma cláusula pétrea dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, de acordo com o que está expresso no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, fica garantido que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Qualquer outro entendimento que não prestigie esta passagem da Constituição será inconstitucional. Ou seja, está garantida a presunção de não culpabilidade do indivíduo até o trânsito em julgado, e torna-se indevida qualquer limitação que surja antes desse momento.

O legislador brasileiro de forma cristalina no artigo 5º, inciso LVII, diz que é o trânsito em julgado o marco capaz de fazer com que a presunção de inocência do indivíduo seja cessada, e não o duplo grau de jurisdição, simplesmente. Dito isto, entendemos que não é necessário apenas o respeito ao duplo grau de jurisdição ou que as matérias fáticas e as provas cheguem ao momento em que não poderão ser mais decididas, o que demonstra ser imprescindível que seja seguido o que a CRFB/88 determina em seu texto sobre o momento do início da execução penal.

No que diz respeito ao conflito entre o princípio do ordenamento jurídico e o princípio da presunção de inocência, compreendemos que o segundo deve prevalecer sobre o primeiro, concluindo que a execução provisória da pena é inconstitucional, em razão disso estar expressamente preconizado constitucionalmente. Além disso, o Supremo Tribunal Federal deve atuar de forma que proteja a constituição, não podendo, de forma alguma, ir além do que for estabelecido em seu texto.

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória acontece quando não há mais nenhuma possibilidade de interposição de recurso em face da decisão proferida, ou também, quando as partes realizam algum tipo de acordo, tornando-a,

desta forma, imodificável. Ao preservar a presunção de inocência do acusado conjugado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, existirá, ainda, a proteção ao réu de alguma decisão que venha a conter punição indevida, o que configuraria uma enorme injustiça à pessoa. Deste modo, o direito a liberdade deve-se manter intacto até que exista a coisa julgada.

Insta salientar sobre a época em que o Código de Processo Penal foi criado, ou seja, um período completamente diferente ao que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada. Durante a época da criação da CRFB/88 o país sentia de forma mais efetiva o fantasma da ditadura indo embora. Consequentemente, com a evolução da sociedade, muitas normas que existiam no CPP foram revogadas, por não caber mais ao contexto de evolução social.

Com o olhar voltado às decisões históricas analisadas neste trabalho pudemos compreender a dinâmica das jurisprudências do STF. Em que, por anos admitiu-se que a prisão fosse executada antes do trânsito em julgado, o que durou até o ano de 2009, em que se consagrou um novo entendimento, que isso não seria possível, por afrontar o princípio da presunção de inocência, já consolidada constitucionalmente. Ocorre que, em 2016, com o julgamento do HC 126.292/SP, a Suprema Corte voltou à jurisprudência ora ultrapassada. Em novembro de 2019, consolidou-se o entendimento de não se admitir a execução provisória da pena, em decorrência do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que tinha como objeto a constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

Não há qualquer dúvida que a execução antecipada da sentença penal condenatória é inconstitucional à luz do princípio da presunção de inocência. Isso significa dizer que a execução penal não pode ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão, sendo possível, somente no caso de prisão cautelar, como analisamos. A alteração desse entendimento se mostraria possível, somente a partir de mudança legislativa, não sendo, portanto, tarefa do Poder Judiciário, que deve atuar como guardião da Constituição Federal.

Para reafirmar a questão do assunto referente à preclusão da discussão dos fatos e das provas no segundo grau. Isto não é motivo que justifique o início da execução penal a partir desse momento, uma vez que a culpa do sujeito só é preenchida após a sentença transitar em julgado. Ela não se esvazia aos poucos, mas de uma só vez, isto é, no momento estabelecido constitucionalmente, do

trânsito em julgado. A execução da pena que seja realizada antes disso será indevida.

A função do Supremo Tribunal Federal está em, acima de qualquer coisa, defender e proteger o que se encontra na Constituição Federal. Por tal motivo é que as garantias e direitos dos indivíduos estabelecidos na CRFB/88 devem ser respeitados ao máximo, a fim de se manter o legado de muitos anos de lutas sociais durante toda a história brasileira. Conseqüentemente, a partir disso, permite-se a conservação do Estado Democrático de Direito.

No âmbito social, existem diversos problemas gerados a partir da ideia de se prender cada vez mais pessoas, utilizando o argumento de que dessa forma aconteceria a redução da criminalidade e da sensação de impunidade que a sociedade convive diariamente.

A superlotação dos presídios é um dos problemas graves que existem no país. Como já foi salientado anteriormente, o país é um dos que mais prendem no mundo inteiro. É necessário que esse número seja reduzido a partir de ações concretas do poder público. Uma delas seria a opção de aplicação de penas alternativas, observando, é claro, o crime que estaria sendo julgado.

Outro problema presente no sistema carcerário brasileiro diz respeito ao tratamento dispensado aos indivíduos. Apesar de toda a luta em prol dos direitos humanos, sabemos que diversas barbáries e maus tratos acontecem nos interiores das penitenciárias. Uma das conseqüências decorrentes dessa situação é a reincidência dos crimes cometidos, que acaba gerando um caos em todo o sistema. Portanto, é preciso que o sistema penitenciário brasileiro cumpra o seu papel de ressocializar os presos, mantendo um tratamento digno, principalmente.

A própria sociedade muitas vezes assume um papel inquisidor quanto a esse assunto, no sentido em que muitas pessoas acreditam que aqueles que estão encarcerados seriam merecedores de tais sofrimentos. Percebemos também, que ao sair da penitenciária, é comum que essas pessoas sofram preconceitos e não consigam se reestruturar dignamente com trabalhos e no acolhimento em meios familiares e de amigos, tendo como resultado, muitas vezes, o cometimento de crimes novamente. E, dessa forma, entendemos ser necessária uma reestruturação do olhar social perante esses indivíduos marginalizados.

A questão sanitária também é grave, sendo este um dos maiores desafios para os que coordenam o sistema prisional. Os presos vivem expostos a situações assombrosas, como a já mencionada superlotação. Há, ainda, riscos de doenças infecciosas que se dissipam rapidamente, como é o caso da Covid-19, atualmente. Para tratar esse problema, o Estado deve realizar e garantir medidas públicas a fim da proteção da vida e da dignidade humana dessas pessoas encarceradas.

Para finalizar, entendemos que a preservação do princípio da presunção de inocência é primordial para a manutenção do Estado Democrático de Direito e proteção do réu. Devendo ser observado e respeitado de forma que se adeque ao que está estabelecido constitucionalmente.

O presente trabalho, portanto, teve como objetivo analisar a inconstitucionalidade que envolve a questão da execução antecipada da pena, seguindo, principalmente, o princípio da presunção de inocência.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em <[https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy\\_of\\_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais](https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais)>. Acesso em 05 de abr. de 2021.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das Penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

**Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. Conectas. Publicado em: 18 de fev de 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de out. de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em 19 de abr. de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 de abr. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078-7/MG**. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 20 de maio de 2021.

BRASIL. Jusbrasil. Superior Tribunal de Justiça. **HC 313.021/SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890256474/habeas-corpus-hc-313021-sp-2014-0343909-3>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

BRASIL, **Lei nº 7.210/84. Lei de Execução Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 04 de abr. de 2021.

BRASIL, SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. 17/02/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153&ori=1>. Acesso em 20 de maio de 2021.

CABRAL, Thiago. **As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941**. Canal Ciências Criminais. Atualizado em: 19/06/2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de-1941/>. Acesso em 04 de abr. de 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASARA, Rubens R R. **Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência**. Justificando. Publicado em: 17 de jan. de 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

**CIDADÃO, Declaração de Direitos do Homem e do**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%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: 05 de abr. de 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.

**HOMEM, Declaração Universal dos Direitos do**. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 05 de abr. de 2021.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodvim. 2012.

MORAES, Henrique Viana. Bandeira. **Das funções da pena**. Âmbito Jurídico.

Publicado em 01 de jan. de 2013. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/das-funcoes-da-pena/>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

**POLÍTICOS, Pacto internacional de Direitos Civis e**. 1966. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 04 de abr. de 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

**RICA, Pacto de San José da Costa**. 1969. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 04 de abr. 2021.

SHIMADA, Maria Fernanda Paci Hirata. **A finalidade de pena e os efeitos da prisionização**. Âmbito Jurídico. Publicado em 17 de set. de 2019. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-finalidade-de-pena-e-os-efeitos-da-prisionizacao/>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

SOARES, Felipe Mota. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/71315/habeas-corpus-n-126-292-sp>. Acesso em 20 de maio de 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Consultor Jurídico. Publicado em: 19 de fev. de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 23 de maio de 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13.ed.rev. e atual. Salvador: Ed, Juspodvim, 2018.