



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES  
DO TRÂNSITO EM JULGADO

Julia Cunha Sanglard Torres

Rio de Janeiro  
2017

JULIA CUNHA SANGLARD TORRES

POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES  
DO TRÂNSITO EM JULGADO

Artigo Científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2017

## POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

Julia Cunha Sanglard Torres

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda em Direito *lato sensu* pela EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** - Desde 2009, o STF condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão, ressalvada a possibilidade de prisão preventiva. Assim, era possível a aplicação dos institutos benéficos da execução aos condenados presos preventivamente. Mas em 2016, ao julgar o HC nº126292, houve uma mudança de entendimento e passou a admitir a possibilidade de execução da sentença penal condenatória, depois de confirmada em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário. Portanto, a partir disso, os condenados podem iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade independente de decretação de prisão preventiva. Dessa forma, deve ser analisado o impacto desse novo entendimento no princípio da presunção de inocência. A partir de técnicas de interpretação constitucional o STF compatibilizou o princípio com as exigências e transformações da sociedade. Contudo, o objetivo principal deve ser a concretização e defesa da máxima efetividade dos direitos fundamentais e não a sua restrição.

**Palavras-Chaves:** Direito processual penal. Execução da pena. Princípio da presunção de inocência.

**Sumário:** Introdução. 1. Processo penal constitucional: princípio da presunção de inocência x Código de Processo Penal de 1941. 2. Análise de eventual incompatibilidade entre a presunção de inocência e execução provisória da pena. 3. Mudança de entendimento do STF como mecanismo de combate à impunidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a temática da possibilidade de execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, analisando eventual violação de garantias fundamentais como pressuposto de combate a criminalidade. Objetiva-se discutir como o novo entendimento do STF afeta a garantia constitucional da presunção de inocência.

Desde 2009, o STF condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão, ressalvada a possibilidade de prisão preventiva. Mas em 2016, ao julgar o HC nº126292, mudou o entendimento e passou a admitir a possibilidade da execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau.

A questão é controvertida, pois a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, LVII a garantia da presunção de inocência, impondo a liberdade como regra, ainda que

durante o curso do processo. Como o status de inocência apenas termina após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão durante o processo deve ser fundamentada na cautelaridade, ocorrendo de forma excepcional.

Além disso, no processo penal os recursos assumem uma função de grande importância, atuando como mecanismo para o reexame de decisões judiciais, caracterizando desdobramentos do princípio do devido processo legal e ampla defesa.

Contudo, o contexto atual de violência vivenciado no país exige que o direito penal seja utilizado como política social com o objetivo de solucionar o problema da criminalidade. Assim, é possível observar o problema da superlotação carcerária, sendo muitos presos provisórios. Surge, então, a necessidade de reconhecer a execução provisória da pena, admitindo a aplicação de benefícios previstos na Lei de Execução Penal, ainda exista a possibilidade de recurso da decisão de condenação.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando que o Código de Processo Penal foi criado em 1941 e seus artigos devem ser interpretados conforme os princípios constitucionais. O processo penal deixa de ser considerado mero instrumento do poder punitivo estatal para adquirir maior importância como limitador desse poder na proteção dos indivíduos.

No segundo capítulo, pondera-se sobre a compatibilidade entre a presunção de inocência e a execução provisória da pena a partir dos entendimentos dos Tribunais Superiores. Verifica-se a necessidade de discussão acerca da atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

O último capítulo é reservado à reflexão acerca da mudança de entendimento do STF em 2016 para permitir a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. Analisa-se os argumentos usados pelo STF na decisão do HC n 126292.

A pesquisa a ser apresentada será realizada, principalmente, pela metodologia hipotética-dedutiva para analisar os diferentes aspectos da colisão entre os direitos fundamentais que norteiam a questão. Além disso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, usando a bibliografia pertinente a temática para sustentar a sua tese.

## 1. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Apesar de mudanças posteriores, o nosso Código de Processo Penal entrou em vigor no ano de 1942. Significa que algumas normas de processo penal decorrem de um regime autoritário, pois estava vigente a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. Dessa forma, nosso código de processo é de uma época em que a pena de morte era admitida para alguns crimes, deixou-se de prever o princípio do juiz natural para permitir o julgamento perante Tribunal Especial.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, rompeu com o regime autoritário anterior e consolidou a democracia ao prever direitos e garantias fundamentais. J. Goldschmidt<sup>1</sup> assegura que o processo penal de uma nação caracteriza o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição.

Flávio Martins<sup>2</sup> ao discorrer sobre a constitucionalização do processo afirma:

[...] é inescusável que o processualista analise sua ciência se não tiver os olhos voltados para o regramento constitucional explícito e implícito. Estudar o processo olvidando-se da base constitucional sobre o qual ele se fundamenta é o mesmo que edificar sem se preocupar com as estruturas.

Diante disso, se verifica a importância da interpretação do Código de Processo Penal conforme à Constituição de 1988, lei que se encontra no ápice do ordenamento jurídico. O processo penal deve ser entendido como instrumento da eficácia de garantias constitucionais do indivíduo.

A liberdade individual, protegida pela Constituição de 1988, decorre do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Por isso, Aury Lopes Jr.<sup>3</sup> assegura que o processo não pode ser considerado mero instrumento do poder punitivo estatal, mas limitador do poder e garantidor do indivíduo.

Jacinto Coutinho<sup>4</sup> afirma que "o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. Mais do que isso, é a porta de

---

<sup>1</sup>GOLDSCHIMDT APUD LOPES JR., AURY. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [ebook].

<sup>2</sup>MARTINS ALVES NUNES JR., Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.927.

<sup>3</sup>LOPES JR., op. cit.

<sup>4</sup>COUTINHO, Jacinto. Por Que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro? In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 162.

entrada da democracia". Assim, caracteriza garantia de tratamento igualitário na aplicação da lei.

Posto isso, se percebe que o processo penal tem finalidade além de fornecer os meios para materializar a aplicação da pena no caso concreto e dar efetividade ao direito penal, como propõe Nestor Távora<sup>5</sup>. A função constitucional do processo garante a máxima eficácia dos direitos e garantias individuais.

Assim, princípios constituem regras de julgamento. Como aplicadores do direito, juízes e tribunais, devem buscar a máxima eficácia dos princípios. No processo penal, deve-se ter especial cuidado, pois está em jogo a liberdade dos indivíduos.

O princípio da presunção de inocência foi inserido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988. O artigo 5º, LVII CRFB/88 determina que o status de inocência somente se encerra com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para Nestor Távora<sup>6</sup>, o princípio determina que a parte acusatória tem o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado, mas também caracteriza regra de tratamento que impede qualquer antecipação de juízo condenatório. Aury Lopes Jr.<sup>7</sup> assevera que:

sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição "negativa" (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Portanto, a presunção de inocência pode se manifestar por meio diferentes aspectos no processo penal: incide no âmbito probatório, impondo a absolvição se a culpabilidade não estiver demonstrada de forma suficiente e se relaciona ao tratamento do imputado, pois exige maior cuidado com imposição de medidas cautelares, que restringem direitos, durante a persecução penal.

Entende-se que o princípio veda o uso abusivo de prisões cautelares. O encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória caracteriza medida excepcional.

Contudo, o que se verifica é uma grande quantidade de presos de forma cautelar. Por isso, se defende a possibilidade de execução penal provisória com a aplicação dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal. Para parte da doutrina, isso não significa adotar a prisão

---

<sup>5</sup>TÁVORA, Nestor; ROSMAR RODRIGUES, Alencar. *Curso de Direito Processual Penal* 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.48.

<sup>6</sup>Ibid, p.72.

<sup>7</sup> LOPES JR., op. cit.

como efeito automático da sentença ainda passível de recurso, mas viabilizar a aplicação de alguns institutos em benefício do réu<sup>8</sup>.

Nesse sentido, o Superior Tribunal Federal editou as Súmulas 716 e 717 admitindo a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata do regime menos severo imposto na sentença, ainda que pendente de trânsito em julgado.

Aury Lopes Jr.<sup>9</sup> alerta para a inversão da lógica do sistema jurídico-constitucional. A prisão cautelar não pode ser entendida como a regra e o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade.

Nesse sentido, Odone Sanguiné<sup>10</sup> ao analisar a evolução histórica da prisão cautelar conclui que:

o Direito Penal passou a impor seus fins preventivos e dirigiu ao processo penal, e ao encarceramento durante seu transcurso, o cumprimento de fins materiais da pena antecipada. Na realidade da atual sociedade de risco, a prisão preventiva está cada vez mais sendo usada como um fácil mecanismo preventivo de controle e da estratégia estatal de gestão de risco. Não é mais o *ultimum remedium*, mas, pelo contrário, um instrumento popular preventivo servindo ao uso intensivo com o propósito de segurança.

Portanto, a prisão preventiva, na prática, tornou-se verdadeira pena antecipada, usada como instrumento de prevenção social. Nesse contexto, o princípio constitucional da presunção de inocência surge como regra que visa combater o abuso de prisões preventivas.

## 2. ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

A possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecia no STF até 2009. De acordo com o entendimento da época, a presunção de inocência não impedia a prisão decorrente de acórdão em apelação que confirmava a sentença.

---

<sup>8</sup>Ibid.

<sup>9</sup>LOPES Jr., op. cit.

<sup>10</sup>SANGUINÉ, Odone. Genealogia e Evolução Histórica da Prisão Cautelar. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.221.

Depois, o STF<sup>11</sup> manifestou-se de forma contrária à execução provisória da pena. Firmou-se o entendimento de que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução provisória, com o objetivo de efetivar as garantias processuais do réu.

A partir de 2009 o STF considerou o trânsito em julgado como o esgotamento da via recursal, pois a ampla defesa engloba todas as fases recursais, inclusive, as de natureza extraordinária. No julgamento do HC n.84.078/MG os Ministros consideraram que a execução da sentença depois do acórdão confirmatório em recurso de apelação restringe o direito de defesa.

Conforme leciona Aury Lopes Jr.<sup>12</sup>, o sistema recursal se fundamenta em dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado. Os recursos representam desdobramentos da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório.

Sobre o contraditório, Aury<sup>13</sup> afirma que:

numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com o juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas.

Portanto, pode ser conceituado como o direito de participar e de se manter informado de todos os atos do processo. Como ampla defesa, divide-se em defesa técnica, realizada por profissional habilitado, e autodefesa, realizada pelo próprio acusado.

Ada Pellegrini Grinover<sup>14</sup> explica a interação da defesa e contraditório:

defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida [...]

No Processo Penal, os recursos são classificados em ordinários e extraordinários<sup>15</sup>. Os recursos ordinários tem a finalidade de reexaminar o caso decidido em primeira instância, por um órgão superior. Considera a matéria de fato e de direito. Enquanto os recursos

---

<sup>11</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 84078/MG*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>> Acesso em: 03 abr. 2017

<sup>12</sup> LOPES Jr., op. cit., [ebook].

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> PELLEGRINI GRINOVER APUD LOPES JR., AURY. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>15</sup> LOPES Jr., op. cit.

extraordinários são previstos constitucionalmente. Neles, os Tribunais Superiores examinam apenas a aplicação da norma jurídica realizada pelo órgão inferior, ou seja, se limitam a discussão de questões de direito<sup>16</sup>.

Por sua vez, os recursos extraordinários classificam-se em especial e extraordinário. A diferença são as hipóteses de cabimento: o recurso especial é dirigido ao STJ e será cabível contra eventual violação à direito infraconstitucional, já o recurso extraordinário é dirigido ao STF quando houver eventual violação à Constituição Federal<sup>17</sup>.

Existe controvérsia<sup>18</sup> sobre a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários. O artigo 637 CPP determina que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo. Significa que a sentença penal condenatória produz efeitos, ainda que pendente do recurso, e pode ser executada.

A Lei nº 8038/90<sup>19</sup>, que disciplina os processos perante o STF e STJ, não solucionou a questão, pois não considera a especificidade do processo penal e confere igual tratamento aos recursos de matéria civil. Para Aury Lopes Jr<sup>20</sup>, desconsiderou-se a existência da presunção de inocência e a importância do direito de recorrer em liberdade no processo penal.

De acordo com Nestor Távora<sup>21</sup>, no processo penal, a execução caracteriza um novo processo com caráter jurisdicional e administrativo que objetiva efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal. Assim, os recursos proferidos contra a sentença penal condenatória deveriam ter efeito suspensivo, impedindo seus efeitos e garantindo ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Em relação ao efeito suspensivo dos recursos, Aury Lopes Jr.<sup>22</sup> afirma que:

como regra, os recursos proferidos contra a sentença penal condenatória devem ter efeito suspensivo, assegurando-se ao réu o direito de recorrer em liberdade e assim permanecer até o trânsito em julgado. Isso porque, no processo penal, a liberdade é a regra; e a prisão, uma exceção.

Ainda adverte Aury Lopes Jr<sup>23</sup>:

---

<sup>16</sup>Ibid.

<sup>17</sup>TÁVORA, op. cit., p.1399.

<sup>18</sup>LOPES JR., op. cit.

<sup>19</sup>BRASIL. *Lei nº 8038 de 28 de maio de 1990*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8038-28maio1990365654normaactualizadapl.html>>. Acesso em: 21 out. 2017.

<sup>20</sup>LOPES JR., op. cit.

<sup>21</sup>TÁVORA, op. cit., p.1694.

<sup>22</sup>LOPES JR., op. cit.

<sup>23</sup>Ibid.

[...] deve-se ter muito cuidado com o "efeito suspensivo", ou melhor, sua ausência, no caso de recurso contra decisão condenatória. Muito mais do que a categoria processual de "efeito recursal", o que está em jogo é a eficácia da garantia constitucional da presunção de inocência.

Ressalta-se que a discussão sobre a atribuição de efeito suspensivo aos recursos interessa apenas em relação à sentença penal condenatória. Os efeitos da absolvição são plenos; o réu deve ser posto em liberdade imediatamente, mesmo que interposto recurso pela parte acusatória.

A discussão torna-se complexa, pois a Lei de Execução Penal<sup>24</sup>, nos artigos 105 e 147, condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Na decisão do HC nº 84078/MG<sup>25</sup> os Ministros entenderam que essa disposição se adéqua aos princípios e garantias previstos na CRFB/88 e deve prevalecer ao artigo 637 CPP. Por isso, deve ser atribuído efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

Ressalta-se que essa discussão refere-se apenas aos casos em que não foi mantida a prisão preventiva e o condenado tem o direito de recorrer em liberdade. Caso estejam presentes os pressupostos da prisão previstos no art. 312 CPP<sup>26</sup> será possível a aplicação dos benefícios da execução penal, independente do trânsito em julgado.

Assim, firmou-se o entendimento de que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença nos casos em que o réu estava em liberdade. A prisão não era efeito automático da confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição Além disso, se atribuiu efeito suspensivo ao recurso extraordinário no processo penal. O trânsito em julgado só ocorria depois de esgotadas todas as instâncias recursais.

Contudo, em 2016, ocorreu uma nova modificação no entendimento da Suprema Corte para admitir a compatibilidade entre a execução provisória da pena e o princípio constitucional da presunção de inocência. Com isso, o STF reconheceu que os recursos de natureza extraordinária não possuem efeito suspensivo.

---

<sup>24</sup>BRASIL. *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: 20 set. 2017.

<sup>25</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>26</sup>Idem. *Código de Processo Penal*. 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: 20 set. 2017.

### 3. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF: ARGUMENTOS JURÍDICOS E EXECUÇÃO PROVISÓRIA COMO FORMA DE COMBATE À IMPUNIDADE

No julgamento do HC nº126292<sup>27</sup>, os Ministros do STF, por maioria de votos, admitiram a execução de decisão penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário. No presente capítulo serão analisados os argumentos usados na decisão sob o ponto de vista jurídico e social.

O atual entendimento do STF<sup>28</sup> considera que os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, pois nas instâncias ordinárias se exaure a possibilidade do exame de fatos e provas. Significa que não se discute a responsabilidade criminal. Esses recursos não tem finalidade de examinar a justiça das sentenças, mas manter a higidez do ordenamento jurídico.

Além disso, se exige a repercussão geral da matéria a ser julgada. O recorrente tem o ônus de comprovar a relevância jurídica, social, política ou econômica da matéria debatida, pois os Tribunais Superiores só podem conhecer os recursos que transcendam o interesse subjetivo da parte.

Nesse sentido, Teori Zavascki<sup>29</sup> reconhece que:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

---

<sup>27</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

<sup>28</sup>Ibid.

<sup>29</sup>Ibid..

Com isso, os Ministros<sup>30</sup> entenderam que a possibilidade de exame de fatos e provas se exaure no âmbito das instâncias ordinárias. Os recursos de natureza extraordinária não representam desdobramentos do duplo grau de jurisdição. Se houver confirmação da incriminação em segundo grau, com fundamento em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, não há obstáculo para que a sentença seja executada.

O Ministro Edson Fachin<sup>31</sup> afirma que:

o revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.

Observa-se que com o novo entendimento do STF, o princípio da presunção de inocência não deve ser interpretado de forma literal, pois os Tribunais Superiores não decidem acerca da culpabilidade do réu. Ao exigir repercussão geral das questões debatidas em recursos dirigidos ao STJ e STF, a CRFB/88 estabelece como papel desses Tribunais a uniformização e pacificação da interpretação de normas.

Para Luís Roberto Barroso<sup>32</sup>, trata-se de mutação constitucional para conferir ao art. 5º, LVII CRFB/88<sup>33</sup> interpretação adequada à realidade social e garantir a efetividade da lei penal. Portanto, ainda que não tenha havido alteração formal no texto da CRFB/88, alterou-se o sentido da presunção de inocência.

Além dos fundamentos jurídicos apresentados anteriormente, os Ministros do STF ainda avaliaram o uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer. Nesse ponto, o princípio acaba atuando como mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal. Luís Roberto Barroso<sup>34</sup> sustenta que "não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade".

Teori Zavascki<sup>35</sup>, em seu voto, afirma que:

[...] e não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida,

---

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>34</sup>BRASIL. op. cit. nota 27.

<sup>35</sup>Ibid.

a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU<sup>36</sup> determina que a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei e assegurada a defesa. Assim, não haveria necessidade do esgotamento de todas as instâncias.

Posto isso, Gilmar Mendes<sup>37</sup> propõe que o marco para a cessação da presunção de inocência é o momento em que a culpa é comprovada de acordo com o direito. De acordo com o Ministro: "é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável."

Em sentido contrário, Celso de Mello<sup>38</sup>, apesar de vencido, assegura que não há progressividade de culpabilidade, ainda que a condenação seja confirmada por Tribunal de 2ª instância, subsiste o direito à presunção de inocência. O Ministro<sup>39</sup> ressalta que o princípio "representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder".

Conclui-se após sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau há possibilidade de execução provisória. Ainda que sujeita à recurso especial ou extraordinário, não há violação ao princípio constitucional da presunção de inocência previsto artigo 5º, LVII CRFB/88<sup>40</sup>.

Ressalta-se que o STJ, em recente julgado<sup>41</sup>, decidiu que deve esgotar a instância ordinária para que seja possível a execução da sentença. Nesse sentido, há ilegalidade na imediata expedição de mandado de prisão no acórdão condenatório.

Com a alteração de entendimento em relação à pena privativa de liberdade, surgiu discussão sobre a possibilidade de execução da pena restritiva de direitos. No próprio STJ<sup>42</sup> é

---

<sup>36</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

<sup>37</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

<sup>38</sup>Ibid.

<sup>39</sup>Ibid.

<sup>40</sup>BRASIL op. cit. nota 33.

<sup>41</sup>Idem. Superior Tribunal de Justiça. *HC 371870/SP*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+371870&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+371870&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR)> Acesso em: 03 abr. 2017.

possível encontrar decisões conflitantes sobre o tema. Contudo, no julgamento do EREsp nº1619087<sup>43</sup> as turmas pacificaram o entendimento no sentido de não ser possível a execução provisória com base na vedação expressa do art. 147 LEP<sup>44</sup>.

Para Maria Thereza de Assis Moura<sup>45</sup>, a nova orientação jurisprudencial do STF não exclui a execução provisória das penas restritivas de direitos. Além disso, não há justificativa para diferenciação das penas restritivas de direitos em relação à pena privativa de liberdade no que tange à possibilidade de execução provisória da condenação.

De forma contrária, os demais Ministros<sup>46</sup> entenderam que ao modificar a jurisprudência, o STF a análise da execução provisória à pena privativa de liberdade, na medida em que decidiu somente acerca da prisão do condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado. Assim, deve prevalecer o texto expresso do art. 147 da LEP<sup>47</sup>.

## CONCLUSÃO

A pesquisa verificou que o STF já admitia a execução provisória da pena do condenado preso preventivamente. O objetivo não era defender a prisão como efeito automático da sentença, mas viabilizar a aplicação dos institutos previstos na Lei de Execução Penal em benefício do réu.

Entretanto, atualmente é possível a execução da sentença penal condenatória, depois de confirmada em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita à recurso especial ou extraordinário. Portanto, a partir da confirmação em segundo grau, os condenados podem

---

<sup>42</sup>Idem. Superior Tribunal de Justiça *AgRg no AREsp 826955/RJ*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201503128702&dt\\_publicacao=09/06/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503128702&dt_publicacao=09/06/2017)> Acesso em: 21 out. 2017.

<sup>43</sup>Idem. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 1619087*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302066237&dt\\_publicacao=28/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302066237&dt_publicacao=28/08/2017)>. Acesso em 20 set 2017.

<sup>44</sup>Idem. *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: 20 set. 2017.

<sup>45</sup>BRASIL. op. cit., nota 41.

<sup>46</sup>Ibid.

<sup>47</sup>BRASIL. *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: 20 set. 2017.

iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade independente de decretação de prisão preventiva.

Após análise da decisão no julgamento do HC nº126292 foi possível constatar um fundamento processual e outro material para argumentar a alteração de entendimento do STF. A partir da matéria processual se concluiu que o Recurso Extraordinário e o Especial são excepcionais. Não há discussão de provas, apenas de direito. Assim, a culpa estaria firmada em segunda instância, último recurso no qual pode haver aferição de provas.

O argumento material envolve o princípio da presunção de inocência. O STF conferiu nova interpretação e concluiu que há uma presunção de não culpabilidade que funcionaria como regra de tratamento, no sentido de que não se pode considerar a pessoa culpada, e de prova, de forma que o ônus da prova é integral de quem acusa. Dessa forma, não haveria qualquer violação na execução da sentença condenatória a partir da confirmação em segunda instância.

O princípio da presunção de inocência foi introduzido na CRFB/88 como uma garantia dos cidadãos para tutela da liberdade pessoal. No contexto em que a prisão preventiva se tornou verdadeira pena antecipada, usada como instrumento de prevenção social, o princípio constitucional da presunção de inocência surgiu com o objetivo de combater o abuso de prisões.

Contudo, esse princípio tem sido visto pela sociedade como mecanismo de impunidade e cada vez mais se exige do direito penal como resposta à problemas sociais. A realidade vivida pela sociedade demanda novas posturas dos Tribunais e influencia na interpretação de direitos.

O STF é considerado órgão guardião da Constituição. Existe a possibilidade do uso de técnicas de interpretação constitucional para compatibilizar os princípios com as exigências e transformações da sociedade. O objetivo principal deve ser a concretização e defesa da máxima efetividade dos direitos fundamentais e não a sua restrição. Dessa forma, pode haver nova alteração de entendimento no futuro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. 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: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *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: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8038\\_28maio1990365654normaactualizadapl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8038_28maio1990365654normaactualizadapl.html)> Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 20 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 371870*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+371870&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=hc+371870&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR)> Acesso em: 03 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 1619087*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/verista/inteiroteor/?num\\_registro=201302066237&dt\\_publicacao=28/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/verista/inteiroteor/?num_registro=201302066237&dt_publicacao=28/08/2017)>. Acesso em 20 set 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça AgRg no AREsp 826955/RJ. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201503128702&dt\\_publicacao=09/06/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503128702&dt_publicacao=09/06/2017)> Acesso em: 21 out. 2017.

COUTINHO, Jacinto. Por Que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro? In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014 [ebook].

MARTINS ALVES NUNES JR., Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SANGUINÉ, Odone. Genealogia e Evolução Histórica da Prisão Cautelar. In: Prado, Geraldo; Malan, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, páginas 204-224.

TÁVORA, Nestor, Alencar, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal* 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.