



EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Ariela Cabral do Vale

Graduada pela Universidade Estácio de Sá do
Rio de Janeiro.

Resumo – O presente artigo demonstra que existem peculiaridades quando da decretação da prisão penal e da prisão cautelar, pois tratam de ocasiões e finalidades distintas. De outro lado, embora haja a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade, o ordenamento permite excepcionalmente a aplicação do instituto da prisão cautelar, pois este tem escopo específico, que não é a aplicação da sanção penal. Insta mencionar ainda, que foi feita uma análise conclusiva, a qual permitiu verificar a possibilidade de execução provisória da pena, sem violar a presunção de inocência, pois mediante consulta aos precedentes dos Tribunais Superiores, foram apresentadas as mudanças de entendimento acerca do início da execução da pena, quando ainda pendentes de julgamento, recursos nas instâncias superiores.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Execução provisória. Pena privativa de liberdade. Presunção de não culpabilidade.

Sumário – Introdução. 1. Diferenças quando da aplicação da prisão pena e da prisão cautelar preventiva. 2. Da importância de compatibilizar o princípio da presunção de não culpabilidade com o instituto da prisão preventiva. 3. A execução provisória após condenação em 2ª instância viola a presunção de não culpabilidade? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar que não caracteriza violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, o início da execução provisória da pena privativa de liberdade, após a prolação de acórdão condenatório em segunda instância, ainda que haja recursos da defesa, para os Tribunais Superiores.

O instituto da execução penal é de suma importância para a satisfação da pretensão punitiva do Estado em relação ao autor do delito e inicia-se na fase processual seguinte à prolação de sentença condenatória em processo de conhecimento, com trânsito em julgado - ao menos em tese - que determina a punição a ser aplicada ao agente infrator da norma penal. Destarte, é por meio da execução da pena que o condenado pagará pelo mal praticado.

O capítulo inicial discute o momento adequado para se decretar a prisão pena e a prisão cautelar, especificando os objetivos de cada uma, haja vista que são institutos que jamais podem ser confundidos, pois tem finalidades diversas.

Em seguida, o capítulo 2 aborda a importância de se compatibilizar a decretação da prisão preventiva, que é uma medida cautelar, com a garantia do princípio da presunção de



inocência, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No capítulo 3, demonstra-se a controvérsia entre doutrina e jurisprudência acerca do início da execução provisória da pena privativa de liberdade, quando ainda há recursos da defesa para os Tribunais Superiores, bem como verifica-se a possibilidade de se iniciar o cumprimento da referida pena, logo após a prolação de acórdão condenatório em segunda instância, sem violação à presunção de inocência.

Por fim, na construção do presente artigo jurídico a abordagem qualitativa é a que se mostra mais adequada, com o objetivo de compreender as divergências relevantes no ordenamento pátrio, que justificam a problemática em questão. Os métodos escolhidos para construir a pesquisa explicativa, foram o fichamento e análise de bibliografia doutrinária, legislação, artigos, bem como notícias do site do Poder Judiciário e consultas aos precedentes necessários à demonstração da controvérsia que envolve o tema, sendo estes últimos em meio eletrônico, a fim de agregar conteúdo mais atual possível, haja vista as constantes as transformações no ordenamento jurídico, na busca de acompanhar os avanços da sociedade.

1. DIFERENÇAS QUANDO DA APLICAÇÃO DA PRISÃO PENA E DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA

A prisão penal se dá, quando houver a decretação de sentença condenatória impositiva de pena privativa de liberdade, após o trânsito desta, pois com este título, aplica-se a sanção ao autor do fato, em virtude do delito praticado por ele, satisfazendo definitivamente a pretensão punitiva do Estado. Tal decisão deve ser emitida por autoridade competente em observância ao princípio constitucional do devido processo legal durante todo o processo de conhecimento e execução¹.

A referida prisão tem o objetivo de punir o autor do fato pelo delito praticado e consequentemente privá-lo de sua liberdade. Por se tratar de medida de punição extrema, ao réu deve ser garantida a aplicação mínima dos princípios da ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, sendo estes dois últimos previstos no Pacto Internacional sobre direitos Cíveis e Políticos em seus artigos 14.1, 14.2 e 14.3 – b² e também no Pacto de San José da Costa Rica

¹LIMA. Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador – Bahia: Juspodivm, 2020. p. 973.

²BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre direitos Cíveis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso: 06 mar. 2021.



em seu artigo 8.1 e 8.2 – H³, a fim de que seja possível ao réu defender-se de maneira ampla e legal, haja vista o desequilíbrio entre as partes, vez que o Estado é mais forte do que o indivíduo que sofrerá a punição⁴.

Por outro lado, a prisão cautelar pode ocorrer mediante decretação de prisão preventiva, antes de sentença condenatória a pena privativa de liberdade transitar em julgado, configurando-se assim uma medida excepcional a ser aplicada somente em situações expressas em lei e não tem o caráter definitivo como na prisão penal. Vale ressaltar ainda, que com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19⁵, não é mais possível decretar a prisão preventiva de ofício, mas apenas a requerimento do órgão do Ministério Público, assistente, querelante ou representação da autoridade policial. Ainda de acordo com a lei supra, é possível revogar a prisão preventiva de ofício quando a medida não for mais necessária, bem como voltar a decretá-la, mediante razões que a justifiquem e aqui criou-se um problema, pois embora a redação do artigo descreva a impossibilidade de aplicar tal privação de liberdade *ex officio*, é possível entender pela viabilidade de uma nova decretação de ofício nas hipóteses em que se verifica a decretação inicial a pedido das partes; revogação *a posteriori*, em virtude de ausência de motivos para sua continuidade e por fim, quando o réu/investigado solto, dá ensejo à nova decretação⁶. Nesse sentido, em obediência aos princípios da celeridade e economia processual, esta é a solução mais acertada, pois sujeitar a nova decretação da preventiva *ex officio* apenas ao requerimento das partes, poderia tornar ineficaz a medida, face a possível demora na atuação dos peticionantes.

No tocante à observância do princípio da presunção de inocência, ou não culpabilidade, a decretação da prisão cautelar, em especial a preventiva, tem como objetivo garantir que haja o resultado útil ao processo e não uma forma de antecipação da pena, pois o mérito para aplicação da referida prisão é a periculosidade e não culpabilidade, sendo tal entendimento corroborado pela norma supracitada. Cumpre destacar que, a prisão cautelar está prevista não só na legislação penal atual, mas também no artigo 9.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dos quais o Brasil é signatário, demonstrando assim, que a liberdade de

³BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de julho de 1992. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso: 06 mar. 2021.

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35-36.

⁵BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

⁶ALVES, Leonardo Barreto Moreira; JOSITA, Higyra. *O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 06 mar. 2021.



locomção do indivíduo pode ser restringida de forma excepcional, para que se alcance a efetividade do processo criminal, não configurando uma prisão-pena.

Outra peculiaridade trazida pela Lei nº 13.964/19, que distingue a aplicação da prisão preventiva da prisão penal é quanto a autoridade competente para impô-la, isto é, a primeira pode ser decretada na fase de investigação pelo juiz das garantias e/ou na fase processual, pelo magistrado da instrução, ao passo que a segunda modalidade restritiva de liberdade só pode ser imposta pelo magistrado que conduziu a instrução processual, não se admitindo sua aplicação pelo juiz das garantias.

Destarte, a prisão cautelar preventiva não se confunde com a prisão penal por não poder ser aplicada como forma de punição ao autor do delito, aplicando-se somente de forma excepcional, pois se assim não fosse, feriria o princípio da presunção de inocência. Tal medida aplica-se às hipóteses taxativamente previstas nos artigos 312-313⁷, ambos do Código de Processo Penal, ou seja, quando não cabíveis outras medidas cautelares e restando evidenciada a necessidade de tal aplicação, observando-se a razoabilidade de sua duração, bem como é utilizada para que não haja a frustração do provimento jurisdicional definitivo⁸. Sendo assim, por ser medida restritiva da liberdade cautelar, não pode ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória, diferindo mais uma vez, da prisão penal que exige a formação do título judicial para enfim, aplicar a punição ao condenado.

2. DA IMPORTÂNCIA DE COMPATIBILIZAR O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE COM O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

O princípio da presunção de não culpabilidade está previsto no Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8^o que traz a presunção de inocência a todo acusado de delito, enquanto não comprovada legalmente sua culpabilidade. O mencionado princípio também encontra respaldo na Carta Magna, em seu art. 5, LVII¹⁰, que estabelece a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, para que seja formada a culpa do acusado.

A partir daí, pode-se entender que - em regra - é necessária uma sentença condenatória transitada, para que haja a efetiva culpabilidade do autor do delito. Este princípio traz consigo

⁷BRASIL. *Decreto Lei nº 3689*, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

⁸LIMA, op. cit., p. 973-975.

⁹BRASIL. op. cit. nota 3.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.



a chamada regra probatória, onde o ônus da prova é de quem acusa e a regra de tratamento, surgindo a ideia de não poder ser feito um pré-julgamento acerca do acusado/réu enquanto não houver a prolação de uma sentença transitada que o declare como culpado¹¹. Saliente-se ainda, que além de ser uma garantia constitucional, também é uma garantia processual penal de que o acusado não será declarado culpado, enquanto houver dúvidas acerca de sua culpabilidade¹².

Por outro lado, a legislação processual penal traz a possibilidade de determinar a prisão preventiva do acusado, antes de sentença transitada em julgado, tanto na fase pré-processual quanto no decorrer da ação penal, desde que presentes os requisitos dispostos no art. 312¹³ e não tenha sido suficiente a aplicação das outras cautelares estabelecidas no art. 319¹⁴, ambos do CPP. Dito isso, observa-se que tal prisão, é apenas uma medida cautelar e não uma antecipação de pena, e por isso, não há que se falar em violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, pois a finalidade da cautelar preventiva é a garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, observando-se a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, bem como o perigo no estado de liberdade do agente, sendo este último requisito incluído pela Lei nº 13.964/19¹⁵.

Nesse sentido, importante frisar que a medida restritiva de liberdade aplicada ao agente – antes da sentença condenatória transitar em julgado – não tem por objetivo a antecipação do cumprimento de pena, mas sim garantir o sucesso das investigações e um resultado útil ao final do processo, evitando assim, que o agente interfira nestes, com o objetivo de tumultuar as atividades exercidas no inquérito e na ação penal.

Além da finalidade de sua aplicação, outro motivo que gerou divergências sobre a prisão preventiva ferir ou não a presunção de não culpabilidade, se deu em razão da inexistência de norma regulamentando o seu prazo de duração, ou seja, por quanto tempo deveria perdurar essa medida, a fim de que ela não se tornasse uma punição, em vez de medida cautelar? A fim de resolver essa celeuma, após a reforma do CPP em 2008, a jurisprudência passou a considerar como prazo razoável de duração, a variação entre 110 e 190 dias, que se refere ao somatório dos prazos praticados desde o inquérito até o final da instrução processual. Além disso, a natureza cautelar do instituto em questão foi reforçada, pois a Lei nº 13.964/19 no art. 316, parágrafo único, determinou expressamente que o juiz revise a necessidade da manutenção da preventiva a cada 90 dias, isto é, ausentes os pressupostos que autorizaram a sua decretação, a

¹¹LIMA, op. cit., p. 48-49

¹²Ibid., p. 47.

¹³BRASIL. op. cit. nota 7.

¹⁴Ibid.

¹⁵LIMA, op. cit., p. 1056-1061.



medida deve ser revogada e se não for feita essa análise dentro desse período, a preventiva se tornará ilegal, cabendo o seu relaxamento¹⁶.

Todavia, vale destacar uma observação feita pelo autor Guilherme Nucci, o qual aponta para a morosidade judicial - na prática - como um fator determinante para que o prazo de duração da preventiva seja violado, transformando um instituto que tem viés cautelar, em uma antecipação de pena, por perdurar além do necessário. Sendo assim, embora haja compatibilidade entre o princípio da presunção de não culpabilidade e o instituto da prisão preventiva, a doutrina e jurisprudência devem buscar meios mais efetivos, para cessar a ocorrência do binômio prisão cautelar necessária x lentidão do trâmite processual, que tem implicado flagrante desrespeito não só ao princípio da proporcionalidade, quanto da duração razoável do processo¹⁷.

Por fim, conclui-se que há compatibilidade entre os institutos em questão, pois embora o acusado/autor só seja considerado culpado e tenha sua liberdade cerceada após o trânsito em julgado da sentença condenatória que lhe impuser a prisão penal, o ordenamento pátrio admite que tal indivíduo seja privado de sua liberdade temporariamente, quando da decretação da prisão preventiva, em razão desta constituir medida cautelar e excepcional, que visa assegurar a efetividade das investigações e/ou andamento regular da ação penal.

3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA VIOLA A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE?

A respeito da execução da pena restritiva de liberdade, é importante mencionar alguns dos princípios fundamentais garantidos aos réus, quais sejam, presunção de inocência e ampla defesa, ambos previstos no Pacto de San José da Costa Rica no art. 8.2 e 8.2-H¹⁸, bem como nos incisos “LVII” e “LV” do art. 5º da Constituição de 1988¹⁹ e por fim o princípio do duplo grau de jurisdição, disposto no art. 283²⁰ do CPP, os quais devem ser observados durante todo o processo penal, até que seja executada a pena restritiva de liberdade. Dito isto, no tocante ao início da execução da pena, este capítulo aborda as mudanças de posicionamento dos Tribunais

¹⁶Ibid., p. 1083-1086; 1093; 1099.

¹⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 92.

¹⁸BRASIL. op. cit. nota 3.

¹⁹BRASIL. op. cit. nota 10.

²⁰BRASIL. op. cit. nota 7.



Superiores quanto ao tema, bem como a possibilidade de executar provisoriamente a pena, após condenação em segunda instância.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena, ainda que pendente de julgamento os recursos especiais ou extraordinários, vez que são desprovidos de efeito suspensivo. A fim de acompanhar o posicionamento da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 267²¹, a qual dispõe sobre a expedição do mandado de prisão, ainda que interposto recurso sem efeito suspensivo contra decisão penal condenatória.

Entretanto, o julgamento do HC nº 84.078²² trouxe uma mudança no entendimento do Tribunal, que passou a não admitir a execução provisória, quando pendente de julgamento recurso extraordinário. O Ministro Eros Grau, relator desse HC, utilizou como fundamento, o princípio da dignidade da pessoa humana, a inadmissibilidade da exclusão social do agente, bem como a necessidade de considerar que mesmo os criminosos são sujeitos de direitos, não podendo transformá-los em objetos processuais.

Nesse sentido, a Suprema Corte passou a entender que a presunção de inocência só pode ser afastada com o trânsito em julgado da sentença condenatória penal, inviabilizando a execução provisória quando os recursos em Tribunais Superiores estiverem pendentes de julgamento, ressalvado a hipótese em que o acusado estiver preso preventivamente. Todavia, como o direito não é absoluto, em 2016 o julgamento do HC nº 126.292²³ trouxe à tona a orientação anterior acerca do início da execução da pena, passando a admiti-la novamente, na pendência de julgamento dos recursos especiais e extraordinários, quando em segunda instância, for mantida a sentença condenatória de primeira instância.

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.²⁴

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 267*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²²BRASIL. Tribunal Pleno. *Habeas corpus 84.078-7*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

²³BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corporis*. Princípio constitucional da presunção de inocência. *Habeas-corporis* nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

²⁴BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.



Em virtude da mudança de entendimento do STF acerca do tema, criou-se uma divergência quanto à constitucionalidade da redação contida no art. 283²⁵ do CPP e a fim de cessar o conflito, na deliberação cautelar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44²⁶, por maioria de votos, os ministros reconheceram que o referido artigo não impede a execução após condenação em segunda instância, pois neste caso já se afastou a presunção de inocência, uma vez que já foi prolatada uma decisão condenatória²⁷.

Entretanto, não era pacífico o entendimento entre os ministros da Suprema Corte quanto ao início da execução da pena, pois havia os defensores da prisão, após acórdão penal condenatório em segunda instância, notadamente o Ministro Alexandre de Moraes, que entende não haver nenhuma violação ao princípio da presunção de inocência²⁸ e em oposição, o Ministro Marco Aurélio de Mello, defensor da execução da pena somente após julgamento dos recursos interpostos nos Tribunais Superiores, em observância ao princípio supramencionado.

Assim, segundo o Min. Alexandre de Moraes, um dos defensores da execução da pena após condenação em segunda instância, em sua decisão monocrática proferida no HC nº 148.369, concluiu da seguinte forma:

Quanto ao mais, a pretensão formulada não encontra amparo na orientação firmada por esta Corte, que, no julgamento do HC 126.292/SP (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016), concluiu que a execução provisória de condenação penal confirmada em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse entendimento foi confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (julgadas em 05-10-2016), oportunidade na qual se decidiu, também, pelo indeferimento do pedido de modulação dos efeitos. E, em repercussão geral, foi reafirmada a jurisprudência, no exame do ARE 964.246 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).²⁹

Em contrapartida, o Min. Marco Aurélio de Mello ao deferir a liminar no HC nº 151.819³⁰, suspendendo a prisão até o julgamento do mérito do referido *habeas corpus*, ratifica

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância*. 2016. Brasília-DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

²⁶BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

²⁷MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 15. ed Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36-38.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mantida execução provisória da pena de ex-prefeito de Miguelópolis (SP)*. 2017. Brasília-DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359120&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus nº 148.369*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312916602&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁰Consultor Jurídico. *Marco Aurélio concede HC a mandante do assassinato da missionária Dorothy Stang*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/supremo-concede-hc-mandante-assassinato-dorothy-stang>>. Acesso em: 26 set. 2020.



a sua orientação no sentido de que a execução da pena não deve ser iniciada após condenação em segunda instância:

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do habeas corpus nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

3. Defiro a liminar para suspender, até o julgamento do mérito desta impetração, a execução provisória do título condenatório. Comuniquem ao Juízo que se abstenha de expedir o mandado de prisão, ou, se já o tiver feito, que o recolha, ou, ainda, se cumprido, que expeça o alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja preso por motivo diverso do retratado no processo nº 2010.2.012127-8, da Segunda Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Belém/PA, considerada a execução açodada, precoce e temporã da pena. [...] ³¹

Ainda sobre a maneira como os ministros têm se posicionado acerca do tema, vale frisar o voto da Ministra Rosa Weber no HC nº 152.752³², que optou por acompanhar o voto da maioria, enfatizando que, “independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado meu ponto de vista”, em observância ao princípio da colegialidade no processo de decisão nos tribunais Superiores, deve prevalecer o entendimento adotado desde 2016, permitindo-se a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, pois não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência³³, entendimento que se coaduna com as razões já expostas em defesa da execução provisória da pena.

Vale mencionar ainda, que a controvérsia sobre o assunto ainda está longe de terminar, pois o Ministro Gilmar Mendes, que votou nas cautelares das ADC 43³⁴ e 44³⁵, por manter a

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar. Habeas-corpus 151.819*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ministro-manda-soltar-mandante.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto da ministra Rosa Weber no habeas corpus do ex-presidente Lula*. 2018. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

³³Consultor Jurídico. Princípio da Colegialidade. *Leia o voto da ministra Rosa Weber no julgamento do HC de Lula*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/leia-voto-ministra-rosa-weber-julgamento-hc-lula>>. Acesso em: 21 junho. 2021.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 27 set. 2021.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 27 set. 2021.



execução da pena após condenação em segunda instância, alegando a possibilidade de formação da culpa do agente após esgotadas as instâncias ordinárias, declarou em seguida a possibilidade de mudar seu entendimento quanto ao tema, conforme trecho destacado do seu voto no HC nº 142.173³⁶, p. 5, que diz: “Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ”.

Nessa linha, é possível verificar um impasse dentro do Supremo Tribunal Federal, que até 2019, admitia a possibilidade de execução provisória da pena³⁷, após condenação em grau recursal, contudo, nada impediria que houvesse outra mudança de entendimento como ocorrido em 2009, vez que a diferença entre os votos na última sessão em que o assunto foi posto em pauta foi ínfima, a saber, 6 votos favoráveis e 5 contra ao início da execução antes de julgado os recursos interpostos nos Tribunais Superiores.

Pois bem, em novembro de 2019, tal entendimento mudou novamente, como já esperado. Mais uma vez, a votação foi apertada, sendo 5 votos favoráveis e 6 votos contra ao início da execução provisória da pena. A decisão foi proferida no julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43³⁸, 44³⁹ e 54⁴⁰, ambas do DF. Todavia, a Suprema Corte deixou claro que a orientação atual, não impede a prisão realizada antes de esgotados os recursos, desde que demonstrada a necessidade da garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, bem como nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri⁴¹, quando a pena imposta for igual ou superior a 15 anos.

Ainda que a orientação atual da Suprema Corte seja pela impossibilidade de se executar a pena provisoriamente, por entender se tratar de violação à presunção de não culpabilidade prevista no art. 5º, LVII da CRFB/88⁴², o que certamente acarretará vultosas interposições de

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 142.173. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

³⁸BRASIL. op. cit. nota 32.

³⁹BRASIL. op. cit. nota 33.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 27 set. 2021.

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos*. 07 nov. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&&ori=1>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

⁴²BRASIL. op. cit. nota 10.



recursos com o objetivo de protelar o fim do processo impedindo o trânsito em julgado e o início da execução penal, até que se alcance a prescrição da pretensão punitiva, os argumentos trazidos pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, na ADC 43⁴³, que sustentaram o oposto, devem ser considerados para a defesa do início da execução provisória em segunda instância, pois conforme argumentos já expostos, não há violação ao princípio da presunção de inocência, que exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal, isto é, a decisão de segundo grau condenatória analisa de forma muito mais ampla a materialidade e autoria que a decisão de primeiro grau, que decretou prisão temporária ou preventiva, devendo tal condenação, em grau recursal, ser devidamente motivada e observar os demais princípios constitucionais, tais como o contraditório, ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.⁴⁴

É imperioso citar também, na defesa da tese supracitada, trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, que aduziu o seguinte "A eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade." Importante observação da Ministra, pois com essa mudança de orientação do STF, somente aqueles que dispõem de um amplo aparato defensivo, incorrendo, inclusive, em abuso dos meios recursais, para conseguir fugir da responsabilização pelo delito e como já mencionado antes, alcançar a prescrição da pretensão punitiva, em razão de inúmeros recursos protelatórios, tem essa certeza ou crença de que não será penalizado.⁴⁵

Por fim, ao considerar também os fundamentos aduzidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁶, verifica-se que - embora a Suprema Corte tenha fixado orientação diversa - de fato, não se vislumbra ofensa ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, quando do início da execução penal ora citada, pois não se trata de regra absoluta, devendo ser ponderada entre outros princípios e valores constitucionais, bem como não há que se falar em dúvidas acerca da autoria e materialidade, quando da condenação em segunda instância, uma

⁴³BRASIL. op. cit. nota 32.

⁴⁴BATISTA, Paulo Roberto. *O cumprimento da pena antes do trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-17/opinioao-cumprimento-pena-antes-transito-julgado> />. Acesso em: 17 jun. 2021.

⁴⁵COELHO, Gabriela. *Cármem Lúcia vota a favor da prisão após condenação em 2ª instância*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/carmen-lucia-vota-favor-prisao-instancia>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

⁴⁶BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.



vez que o objetivo é tornar mais efetiva a justiça criminal e, assim, obstar a interposição exacerbada de recursos com o intuito meramente procrastinatório.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o trabalho objetivou demonstrar que em observância à Carta Magna, o Estado impõe limites a si mesmo para que a pena imposta não seja superior ao mal praticado, nem impossibilite o indivíduo de voltar a viver em sociedade, garantindo a este a aplicação dos princípios norteadores de um processo justo e o mais razoável possível, a saber: presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, ampla defesa e contraditório e, na fase executória, velar pela dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física e moral.

Apontou-se importantes diferenças entre a prisão penal e a prisão cautelar, que não podem ser confundidas, pois a prisão penal tem o objetivo de punir o autor do fato delituoso e só pode ser decretada ao final do processo, ou seja, é um tipo de sanção, enquanto que a prisão cautelar é uma modalidade de prisão excepcional a fim de resguardar o sucesso das investigações policiais e/ou garantir o resultado útil ao processo criminal, que pode ser decretada tanto na fase pré-processual quanto no decorrer da ação penal. Logo, são dois tipos distintos de prisão que jamais podem ser equiparadas.

Ademais, verificou-se a possibilidade de se compatibilizar o princípio da presunção de não culpabilidade com a aplicação da prisão preventiva, pois a finalidade desta é garantir que o indivíduo não crie embaraços no curso do inquérito/ação penal, ou seja, não se trata de restringir a liberdade do agente como forma de antecipação de pena, mas sim utilizar essa medida cautelar, que por ser temporária e excepcional, não tem cunho condenatório e via de consequência, não fere a presunção de não culpabilidade.

Em última análise verificou-se que a execução provisória da pena não viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Tal princípio estabelece que, ninguém será considerado culpado até decisão condenatória transitada em julgado. Entretanto, ainda há controvérsias a respeito da execução provisória da pena, quando houver recursos pendentes de julgamento nas instâncias superiores, pois há quem defenda a possibilidade de iniciar a execução, logo após acórdão penal em segunda instância e há os que defendem a impossibilidade de iniciar desde logo a referida execução, por ser uma violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, vez que ainda há recursos aguardando apreciação, ou seja, decisões não transitadas.



Conclui-se, assim, que a execução provisória da pena não fere o princípio da não culpabilidade, pois já houve uma decisão que declarou o réu como culpado em primeira instância, sendo ratificada por acórdão em segunda instância, bem como no procedimento do Tribunal do Júri, o condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 15 anos, já pode iniciar o cumprimento provisoriamente. Além disso, após recorrer ao juízo *ad quem*, onde é reanalisada toda matéria processual e ainda assim é mantida a condenação do juízo *a quo*, não há que se falar mais em inocência, não havendo, portanto, nenhuma violação ao princípio supracitado. Por fim, observou-se ainda, que ao se determinar o julgamento de todos os recursos interpostos nas instâncias superiores para somente depois iniciar a execução, isso garante à defesa a oportunidade de impetrar vultosos recursos visando impedir o trânsito da sentença penal condenatória e o início do cumprimento da pena e, conseqüentemente, alcançar a prescrição da pretensão punitiva, esquivando o apenado da sua responsabilidade penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; JOSITA, Higyna. *O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

BATISTA, Paulo Roberto. *O cumprimento da pena antes do trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-17/opiniao-cumprimento-pena-antes-transito-julgado/>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

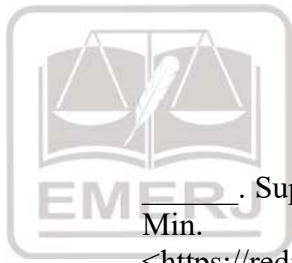
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 267*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência. *Habeas-corpus* nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 27 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 27 set. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 27 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância*. 2016. Brasília-DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos*. 07 nov. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&&&ori=1>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mantida execução provisória da pena de ex-prefeito de Miguelópolis (SP)*. 2017. Brasília-DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359120&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto da ministra Rosa Weber no habeas corpus do ex-presidente Lula*. 2018. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

_____. Tribunal Pleno. *Habeas corpus 84.078-7*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar. Habeas-corpus 151.819*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ministro-manda-soltar-mandante.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. Decreto Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. Decreto nº 678, de 6 de julho de 1992. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso: 06 mar. 2021.



_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso: 06 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus nº 148.369*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312916602&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 142.173*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248> >. Acesso em: 26 jun. 2021.

COELHO, Gabriela. *Cármem Lúcia vota a favor da prisão após condenação em 2ª instância*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/carmen-lucia-vota-favor-prisao-instancia>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. *Marco Aurélio concede HC a mandante do assassinato da missionária Dorothy Stang*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/supremo-concede-hc-mandante-assassinato-dorothy-stang>>. Acesso em: 21 junho. 2021.

_____. Princípio da Colegialidade. *Leia o voto da ministra Rosa Weber no julgamento do HC de Lula*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/leia-voto-ministra-rosa-weber-julgamento-hc-lula> >. Acesso em: 21 junho. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador – Bahia: Juspodivm, 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.