

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

MARIANA LAMB KRAEMER

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:
Análise crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal à luz do
princípio da presunção de inocência e seus efeitos no processo penal
brasileiro**

**São Leopoldo
2018**

MARIANA LAMB KRAEMER

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:

Análise crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da presunção de inocência e seus efeitos no processo penal brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Profa. Ms. Débora Poeta Weyh

São Leopoldo

2018

Aos meus pais, Elisabeth e Eduardo, por todo o amor, apoio e incentivo conferidos a mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à minha família, em especial meus pais, Elisabeth e Eduardo, e meu irmão, João Armando, por toda a compreensão, incentivo, apoio, carinho e amor conferidos durante o período da graduação. Ainda, a meus pais, pelos quais tenho muita admiração, sou grata por todo o auxílio prestado e por todas as dúvidas sanadas durante este período.

Também agradeço a Universidade do Vale do Rio dos Sinos, especialmente aos professores do Curso de Direito, pela aprendizagem e por todo o conhecimento que me foi transmitido.

Em especial, agradeço a minha orientadora, Professora Débora Poeta, por toda a dedicação no auxílio da elaboração do presente trabalho. Da mesma forma sou grata por todo o aprendizado compartilhado e por todo o suporte dado na confecção deste trabalho.

Agradeço, igualmente, a todos os meus amigos, que de uma forma ou de outra, me apoiaram e me incentivaram na realização deste trabalho, bem como durante toda a graduação. Sou grata pela compreensão nos momentos de estudo, pelo companheirismo nos momentos de diversão e pela amizade de todos vocês.

Por fim, agradeço aos meus colegas do Curso de Direito da UNISINOS, pelo companheirismo, pela amizade e por todos os momentos compartilhados durante esta jornada.

“Ninguém sabe verdadeiramente o que é uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pela forma como trata seus cidadãos mais elevados, mas seus menos queridos.”¹

Nelson Mandela

¹ MANDELA, Nelson. **Longa caminhada até a liberdade**. Tradução de Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.

RESUMO

O presente trabalho versa acerca execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e os seus efeitos no processo penal brasileiro. Primeiramente, buscou-se fazer uma análise da execução provisória da pena, diante da previsão do princípio da presunção de inocência no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal. Também foi realizada uma análise das principais decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, examinando-se os argumentos centrais expostos pelos Ministros, tanto favoráveis, quanto desfavoráveis. Por fim, foram expostos alguns dos possíveis efeitos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no processo penal brasileiro, tais como a prescrição da pretensão punitiva, a prescrição da pretensão executória, a reincidência e os maus antecedentes. A principal problematização da presente pesquisa é a ausência de definição do momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ante a possibilidade de execução da pena logo após a condenação em segunda instância e os dispositivos legais que estabelecem ser necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se dê início a execução da pena.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Trânsito em julgado. Presunção de inocência. Prescrição. Reincidência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO CULPABILIDADE E SEUS EFEITOS NO PROCESSO PENAL	10
2.1 Breve histórico da presunção de inocência	10
2.2 Conceito de presunção de inocência	12
2.2.1 Presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.....	15
2.3 Presunção de inocência e devido processo penal.....	17
2.4 A Presunção de inocência e a carga probatória no processo penal	18
2.5 Presunção de inocência e prisões cautelares	22
3 DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – ANÁLISE CRÍTICA DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO TEMA	24
3.1 Da ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário.	25
3.2 Da impossibilidade de reexame de provas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.....	29
3.3 Presunção de inocência: regra ou princípio?.....	33
3.3.1 Do princípio da proporcionalidade.....	36
3.4 Da (in)constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal	39
3.5 Da Lei de Execuções Penais	46
3.6 Da impossibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos .	50
4 EFEITOS DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	54
4.1 Da necessidade de definição do momento da ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória	54
4.2 Reflexos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal na prescrição penal.....	58
4.2.1 Dos possíveis efeitos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal na contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva	60
4.2.2 Da possível influência do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no marco inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória.....	62

4.3 Dos efeitos do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de inocência na reincidência.....	66
4.4 Das influências das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da execução antecipada da pena nos maus antecedentes	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como seus efeitos no processo penal brasileiro. O tema é de grande relevância no cenário atual, uma vez que recentemente, o Supremo Tribunal Federal modificou sua posição acerca do tema, sendo necessário, portanto, a análise da questão, bem como a análise dos efeitos dessa mudança de posicionamento do tribunal referido.

No julgamento do Habeas Corpus 126.292, o tribunal firmou entendimento no sentido de que a pena pode ser executada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo necessário somente a condenação nas instâncias ordinárias para que se inicie seu cumprimento. O entendimento anterior ia em sentido oposto, uma vez que só era admitida a execução da pena após o trânsito em julgado.

Entretanto, mesmo após ter fixado posição no sentido de ser possível a execução da pena após a decisão de 2º grau, o mesmo tribunal, por vezes, está concedendo ordens de Habeas Corpus para pacientes, cujo cumprimento provisório da pena foi determinado.

Além disso, há grande divergência acerca do tema dentro do próprio Supremo Tribunal Federal. Não há consenso entre os ministros acerca da interpretação do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Ademais, em caso de confirmação da decisão proferida no Habeas Corpus 126.292, é imprescindível a análise dos efeitos dessa decisão no processo penal. Nesse ponto, pode-se destacar, a título de exemplo, a prescrição penal, os maus antecedentes e a reincidência como institutos que restarão profundamente afetados, caso o entendimento se confirme.

Assim sendo, a análise dessa questão se justifica na medida que é necessário que se firme um entendimento acerca do tema, tendo em vista que a segurança jurídica é fundamental e que, caso o entendimento do Habeas Corpus 126.292 se consolide, será necessário verificar seus efeitos no processo penal. A partir disso, o presente trabalho se justifica à medida que é necessário que se analise como se dará a questão da prescrição, da reincidência e dos maus antecedentes – por exemplo – em caso de confirmação do referido entendimento.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar os efeitos da execução antecipada da pena no processo penal brasileiro, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência.

Para atingir esse desiderato, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo do trabalho foi apresentado o princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro, ante a sua estreita relação com a (im)possibilidade de execução provisória da pena.

No capítulo seguinte, foram analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal que autorizaram a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como seus fundamentos.

Por fim, no último capítulo, foram expostos os efeitos da execução antecipada da pena no Processo Penal Brasileiro. Aqui, analisou-se o momento em que se dará o trânsito em julgado da ação penal, para efeitos de reincidência e maus antecedentes. Igualmente, os efeitos da execução provisória da pena na prescrição penal, dentre outros aspectos atinentes ao Processo Penal.

Para a confecção do presente trabalho utilizou-se, como forma de pensamento a indução e para a coleta de dados e conceitos foi utilizada a pesquisa textual, principalmente, na doutrina e na jurisprudência nacional.

2 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO CULPABILIDADE E SEUS EFEITOS NO PROCESSO PENAL

O Princípio da Presunção de Inocência e da não culpabilidade está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, integrando o rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Pretende-se, neste primeiro capítulo, analisar o princípio em questão à luz da Constituição Federal e do Processo Penal Brasileiro.

2.1 Breve histórico da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência surgiu em virtude das práticas do antigo regime contra a liberdade das pessoas, devido as prisões ocorridas antes da pessoa ser considerada culpada e das prisões arbitrárias².

A ocorrência das duas grandes guerras na primeira metade do século XX gerou a necessidade de se fazer algo quanto a proteção dos direitos fundamentais do homem e da dignidade da pessoa humana. Assim, no dia 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual acolheu o princípio da presunção de inocência, conforme explana Nereu José Giacomolli³.

Nesta linha, insta salientar o que dispõe o artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴:

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.

No âmbito americano, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)⁵, de 1969, também acolheu a presunção de inocência, dispondo, em seu artigo 8.2, que “Toda pessoa acusada de delito tem

² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016. p. 118.

³ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2013. p. 441.

⁴ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos do homem**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Nessa linha, Paulo Saint Pastous Caleffi⁶ assevera que:

Como forma de evitar o surgimento de Estados totalitários, a comunidade internacional percebeu a necessidade de as legislações internas respeitarem os indivíduos, não permitindo a perpetração de perseguições políticas e violações de direitos essenciais, em especial, por meio do sistema criminal.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência foi acolhido quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que dispõe, em seu artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷.

Nessa senda, Nereu José Giacomolli⁸ afirma que as constituições pátrias anteriores não previam de forma explícita o princípio da presunção de inocência, apenas asseguravam que os direitos e garantias contidos na Constituição não excluíssem outros direitos e garantias decorrentes do regime de princípios adotado. Entretanto, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ficou evidente a necessidade de uma maior proteção para a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, o que ecoa, de forma direta, nos debates acerca da presunção de inocência, bem como na estrutura do processo penal.

Por fim, importante destacar, ainda, conforme refere Paulo Saint Pastous Caleffi⁹, que o Pacto de San José da Costa Rica somente foi ratificado e promulgado pelo Brasil em 1992, através do Decreto Legislativo nº 27 e do Decreto Executivo nº 678.

⁶ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 21.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lv/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2013. p. 442.

⁹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 24.

2.2 Conceito de presunção de inocência

A Constituição Federal de 1988 prevê a presunção de inocência dispondo em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁰.

O artigo 283, do Código de Processo Penal¹¹ dispõe que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Assim, verifica-se que o diploma legal em questão também assegura ao indivíduo a garantia fundamental prevista na Constituição Federal.

A presunção de inocência, então, assegura aos indivíduos o estado de inocência, o qual somente poderá ser afastado caso existam provas da prática do crime¹².

Nereu José Giacomolli¹³ conceitua a presunção de inocência como estado natural e jurídico do indivíduo, por assim dizer¹⁴:

Inegável a necessidade de precisar o seu conteúdo, bem como os efeitos que do princípio-garantia são extraídos e seu grau de concretização nos ordenamentos jurídicos. Em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo constitucional e convencional, do devido processo (acusação, processo, ampla defesa, provas suficientes, debate contraditório, decisão judicial favorável fundamentada, duplo pronunciamento, v.g.). Assim, estado de inocência, na perspectiva de essência do ser, com características indubitadas, deferentemente da

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lv/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 63.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 119.

¹⁴ No mesmo sentido, conceitua a presunção de inocência Paulo Saint Pastous Caleffi: “O princípio da presunção de inocência prevê que toda pessoa acusada deve ser presumidamente inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. E, portanto, não sendo mais possível a apresentação de recursos. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 05.

presunção, a qual não passa de uma hipótese, permanecendo até a sentença final tanto na dimensão de culpado quanto de inocente.

De acordo com o mesmo autor, mesmo que o indivíduo esteja sendo investigado ou processado, isso não faz com que lhe seja retirada seu estado de inocência. Assim sendo, nenhum acusado pode ser considerado culpado sem o advento de uma decisão com trânsito em julgado. O fato de o réu ser considerado culpado durante o processo, afasta o princípio da presunção de inocência em toda a sua plenitude¹⁵.

Assim sendo, de acordo com o Princípio da Presunção de Inocência, o acusado deverá ser presumido inocente durante todo o processo penal. Somente ao final da persecução penal, se houver provas suficientes para a condenação esta presunção poderá ser desmantelada.

Conforme explanam Nelson Nery Junior e Georges Abboud¹⁶, a presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade consiste em um princípio fundamental do Estado de Direito, pois o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, atribui a liberdade status de regra geral, sendo a prisão, ou o cumprimento da pena, somente possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Neste diapasão, Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁷ leciona acerca da importância da presunção de inocência em um sistema penal em que sejam resguardadas as garantias fundamentais do ser humano:

Descontada a carga emocional que a expressão traz em si, a denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal, deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal.

No mesmo sentido, Nereu José Giacomolli¹⁸:

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016. p. 122.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 222.

¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2013. p. 442-443.

A presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional de um modelo de processo penal.

Acerca do tema, especialmente no que se refere ao ordenamento jurídico pátrio, Domingos Barroso da Costa e Geraldo Felisberto Egg¹⁹:

[...] o ordenamento constitucional brasileiro, em termos processuais-penais, marca-se por conferir ao indivíduo um feixe de garantias, com que procurara assegurá-lo contra eventuais abusos por parte do Estado e seus agentes. Ou seja, no contexto do Estado Democrático de Direito fundado na CF/88, mais que instrumento que viabiliza a punição, apresenta-se o processo penal como verdadeira garantia do sujeito, que, para ser legitimamente punido, devera antes ter assegurada a oportunidade de defender-se pessoal e tecnicamente, sendo a dúvida decisiva em favor de sua liberdade, da qual só pode ser privado a partir de um juízo de máxima certeza, extraída de provas produzidas em atenção aos princípios constitucionais e determinações legais. E, até que se alcance tal juízo de certeza necessário à condenação, em nome da preservação geral da liberdade, o investigado ou acusado não pode ser considerado culpado [...]

Consoante os ensinamentos de Gustavo Badaró²⁰, a presunção de inocência é um princípio básico para modelos processuais que buscam respeitar a dignidade da pessoa humana, sendo que o referido princípio está ligado com a própria função do processo penal, qual seja, a de se verificar a materialidade e a autoria de um crime.

Por fim, importante salientar, ainda, de acordo com Antonio Magalhães Gomes Filhos²¹, que a presunção de inocência não deve ser observada somente na decisão do processo penal, como expressão máxima do *in dubio pro reo*, mas

¹⁹ COSTA, Domingos Barroso da; EGG, Geraldo Felisberto. Entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade: uma proposta de adequação terminológica para melhor expressão do princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF. **IBCCRIM**, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10533-Entre-a-presuncao-de-inocencia-e-a-nao-culpabilidade-uma-proposta-de-adequacao-terminologica-para-melhor-expressao-do-principio-previsto-no-art-5o-LVII-da-CF>>. Acesso em: 22 out. 2017.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 22.

²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37.

também deve ser observada ao longo de todo o processo penal, pois em momento algum o réu pode ser tratado como se culpado fosse.

2.2.1 Presunção de inocência e presunção de não culpabilidade

Conforme já referido no tópico anterior, o princípio da presunção de inocência está previsto expressamente na Constituição Federal, em seu rol de direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso LVII²². Percebe-se que a Constituição dispõe que *ninguém será considerado culpado* e nada fala acerca de presunção de inocência do réu. Entretanto as expressões de presunção de não culpabilidade e presunção de inocência possuem o mesmo significado, sendo dispensáveis esforços hercúleos para distinguir tais termos. Nesse sentido, Gustavo Badaró²³:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões 'inocente' e 'não culpável' constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Corroborando os ensinamentos de Badaró, assevera Nereu José Giacomolli²⁴:

As fórmulas 'presunção de inocência' (formulação positiva) e 'presunção de não culpabilidade' (formulação negativa) são equivalentes, independentes das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados; em suma, diferencia-las é afastar a presunção de inocência, embora se trate de presunção *iuris tantum*. Dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regramento probatório e a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; é dizer

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lv/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 16 out. 2017.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 21.

²⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2013. p. 442.

que o acusado é 'semi-inocente' (posição intermediária entre culpado e inocente).

Assim sendo, verifica-se que as tentativas de diferenciar as expressões presunção de inocência e presunção de não culpabilidade não tem outro objetivo, se não distanciar a previsão contida na Constituição Federal, ou seja, tem o condão de afastar a presunção de inocência.

Isso porque ambas as expressões são formas de denominar o direito fundamental do sujeito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme previsto na Constituição Federal. Ambas são equivalentes, possuem o mesmo significado. Então, qualquer tentativa de afastar a presunção de inocência, pelo simples fato de tal termo não estar literalmente previsto no texto constitucional, não pode ter outro fim, se não afastar uma garantia fundamental do indivíduo.

No mesmo sentido, Eduardo Ribeiro Moreira e Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes²⁵ explicam o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal:

O que o art. 5º, LVII, da CF/1988 quis assinalar era o momento em que o acusado passa a ser considerado culpado, ou presumido culpado, que é após o trânsito em julgado da sentença. Até essa data, portanto, o acusado deve ser tratado e presumido inocente e não uma categoria intermediária de aparente neutralidade, como tentaram empregar. É presunção *juris tantum*, já que, até a condenação definitiva, presume-se a inocência; consumando-se a condenação sem possibilidade de recurso, então, o réu passa a ser considerado culpado.

Desse modo, embora a expressão presunção de inocência não esteja prevista na sua literalidade no texto constitucional, a Constituição assinala que o réu somente poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ora, se o réu só poderá ser considerado culpado após tal momento, antes disso, deverá ser presumido inocente, mesmo que tais palavras não estejam expressamente previstas na Lei Maior.

O inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal indica o momento a partir do qual o acusado poderá ser considerado culpado, antes disso, deverá ser tratado como se inocente fosse, ou seja, antes disso, deverá ser presumido inocente.

²⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. FROÉS, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. Princípios penais constitucionais. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Coord.). **Doutrinas essenciais**: direito penal e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: Teoria geral do direito penal, p. 633.

Necessário, portanto, para que se considere o réu culpado, que se alcance o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2.3 Presunção de inocência e devido processo penal

O princípio da presunção de inocência, de acordo com Paulo Saint Pastous Caleffi²⁶, está diretamente ligado às garantias processuais que integram o devido processo penal. Dentre elas, pode-se citar a legalidade, a imparcialidade do julgador, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, o contraditório e a publicidade. Aqui, está se tratado da presunção de inocência como norma de tratamento, ou seja, em virtude desta garantia fundamental, durante todo o curso do processo penal o réu deve ser tratado como inocente.

Segundo Aury Lopes Junior²⁷ a presunção de inocência atribui inquestionável dever de tratamento no que se refere ao réu, pois exige que este seja tratado como inocente durante todo o processo.

Nesse seguimento, Antonio Magalhães Gomes Filho²⁸:

Presunção de inocência e 'devido processo legal', na verdade, são conceitos que se complementa, traduzindo a concepção básica de que o reconhecimento da culpabilidade não exige apenas a existência de um processo, mas sobretudo de um processo 'justo', no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termo de equilíbrio [...].

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior²⁹:

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a sua contestação do delito, e a aplicação da pena, será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença fundamentada (motivação como instrumento de controle de racionalidade).

²⁶ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 27.

²⁷ LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96.

²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 47.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 188.

O autor continua aduzindo que a presunção de inocência assegura ao réu as garantias fundamentais do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, do direito ao silêncio e do *nemo tenetur se deteger* – direito de não fazer prova contra si mesmo³⁰.

Conforme Nereu José Giacomolli³¹, é a partir da presunção de inocência que se deve realizar uma análise das leis processuais penais, tendo em vista o imposto pela Constituição Federal. Além disso, a previsão constitucional de tal princípio indica um elevado grau de valorização da pessoa humana e da cidadania.

Portanto, verifica-se que o princípio da presunção de inocência está estritamente ligado aos demais princípios penais constitucionais, pois, considerando-se o réu inocente durante todo curso da ação penal, tem-se a consequente necessidade de observância do devido processo penal.

2.4 A Presunção de inocência e a carga probatória no processo penal

Considerando que o réu, no ordenamento jurídico brasileiro, é presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ele não tem o ônus de, durante o processo, provar sua inocência. Cabe à acusação fazer prova da responsabilidade penal do réu³².

Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho³³:

Tanto é assim que, nos ordenamentos em que ele vem expresso legislativamente com a utilização da expressão tradicional, registra-se a tendência doutrinária em trata-lo como verdadeira presunção *iuris tantum*, com a consequência de se entender recair totalmente sobre a acusação o ônus da prova, pois as presunções, como é sabido, importam na dispensa do referido encargo para quem as tem a seu favor.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 188.

³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 126.

³² LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 189.

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37-38.

Da mesma forma, Nelson Nery Júnior e Georges Abboud³⁴ afirmam que o princípio da presunção de inocência incidirá de modo direito no sistema de ônus probatório do processo penal, pois não caberá ao réu provar sua inocência, mas sim caberá a acusação provar que é culpado.

Eugênio Pacelli³⁵ afirma que a presunção de inocência estabelece ao Poder Público, quanto a questão probatória especificamente, a observância da regra segundo a qual o ônus da prova, em matéria penal, deve recair à acusação, ou seja, cabe a à acusação provar a existência do fato, bem como a sua autoria. Segundo o autor, ainda, caberia ao réu, ou a defesa, apenas demonstrar a existência de excludentes da ilicitude e da culpabilidade.

Em sentido contrário, assevera Aury Lopes Júnior³⁶:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusado **provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.** (grifo do autor).

Conforme leciona Nereu José Giacomolli³⁷, no processo penal, em virtude do princípio ora em análise, o encargo probatório é exclusivo da acusação. Entretanto, isso não faz com que a defesa não possa, igualmente, produzir prova e contraprova, se assim desejar. Todavia, o que não pode se pode fazer é compelir o réu a produzir provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*.

Explana o autor supracitado³⁸:

A circunstância de a dúvida conduzir a absolvição do imputado (*in dubio pro reo*) e de que a este não se exigem cargas probatórias não pode suprimir ou restringir o direito do acusado provar, o direito ao contraditório à prova produzida, ou seja, de produzir a contraprova e participar do debate público do processo. O acusado poderá ter

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 227.

³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 50.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 190.

³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2013. p. 443-444.

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 123.

interesse em provar, um direito direto de provar, mas não um dever, obrigação, encargo, ônus. Esse interesse defensivo será atingido com a criação da dúvida razoável (*reasonable doubt*), em tornar crível a sua alegação.

No mesmo sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho³⁹:

Uma segunda decorrência do preceito constitucional, em relação à matéria probatória, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na investigação dos fatos; coloca-se aqui, fundamentalmente, a questão de conceber-se o interrogatório do réu como meio de prova ou meio de defesa, bem como a problemática do 'direito ao silêncio'.

Ademais, cumpre ressaltar, que a prova produzida no processo penal não pode ser qualquer prova, mas deve ser lícita, ou melhor, deve ser produzida através de meios lícitos. Em outras palavras, durante a produção das provas no processo penal, devem ser observados os preceitos constitucionais, bem como os padrões definidos em lei⁴⁰.

Conseqüentemente, considerando-se também o princípio do *in dubio pro reo*, o réu só poderá ser condenado quando não restarem mais dúvidas acerca da materialidade e da autoridade delitiva. Do contrário, ou seja, em havendo dúvidas, o julgador deverá sempre decidir em benefício do réu. Durante a instrução do processo penal, caberá a acusação derrubar a presunção de inocência atribuída ao réu. Caso não obtenha êxito nisso, a absolvição é a medida que deve ser imposta⁴¹.

Outrossim, Nereu José Giacomolli⁴² afirma que é necessário que a prova produzida seja capaz de afastar qualquer dúvida razoável acerca da materialidade e da autoria do crime:

A prova é suficiente para dar suporte a um juízo condenatório quando afastar a dúvida razoável acerca da existência do crime, de todos os seus elementos, da autoria, ademais de fornecer um conjunto sólido acerca da satisfação da pretensão acusatória, de atribuir razão ao direcionamento afirmado pela acusação na

³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 40.

⁴⁰ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 39-40.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 190.

⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 124.

imputação. Cada elemento fático ou circunstância que inferir na autoria, materialidade ou nos componentes do delito e da culpabilidade comporta enfrentamento suficiente. Há suficiência quando o exame das provas, em seu conjunto, tiver capacidade para afastar, de forma bastante, contundente, hábil, em grau superior e racional, o estado de inocência; quando possuir entidade para removê-lo do sujeito na situação concretizada e discutida no processo, de modo que não reste argumento adequado a sua manutenção. Exige-se mais que a mera diminuição, a perda do equilíbrio ou a redução do estado de inocência à formação do juízo condenatório, ou seja, exige-se a sua quebra, o seu afastamento, no caso concretizado nos autos. Quando o conjunto probatório não fornecer lastro idôneo à quebra do estado de inocência (escassez), improcede o juízo condenatório. No âmbito do processo penal, há exigência de um máximo de adequação problemática para afastar o estado de inocência e não uma mínima ou duvidosa idoneidade. A suficiência não se infere na quantidade probatória, mas de seus elementos qualitativos, de sua adequação factível à universalidade do que dos autos consta, bem como de sua filtragem constitucional e convencional. Sem isso, não haverá juízo condenatório válido e nem tutela jurisdicional efetiva.

A presunção de inocência introduz ao processo penal suas regras probatórias, dentre elas, a principal, aquela que afirma que a carga probatória é de quem acusa. Em consequência disso, caso a acusação não consiga comprovar ser o réu o autor do delito ou que o delito tenha efetivamente ocorrido, deve o juiz decidir, sempre, em favor do réu, em decorrência de outro princípio, qual seja, o do *in dubio pro reo*⁴³.

Corroborando o exposto, Gustavo Badaró⁴⁴ assevera que a presunção de inocência também pode ser analisada como sendo uma regra de tratamento sempre que houver dúvida acerca da ocorrência do crime ou de sua autoria. Nesse caso a princípio em análise deve ser examinado em conjunto com o princípio do *in dubio pro reo*, pois em caso de dúvida, deve-se sempre se decidir em favor do réu. Assim sendo, caso a acusação não consiga derrubar a presunção atribuída ao réu, provando a existência de materialidade e de autoria, deve-se decidir a seu favor, ou seja, pela sua absolvição.

Desse modo, verifica-se que é obrigação ao acusador eliminar qualquer dúvida quanto a autoria do crime ou sua materialidade⁴⁵. Findo o processo e ainda

⁴³ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2013. p. 443-444.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 22

⁴⁵ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 47.

havendo dúvidas acerca de tais aspectos, deverá o réu ser absolvido, em virtude, tanto do princípio da presunção de inocência, pois cabe a acusação dismantelar a inocência que é presumida ao réu, quando do *in dubio pro reo*, porque sempre que houver dúvida, deve-se decidir em favor do réu.

2.5 Presunção de inocência e prisões cautelares

Uma vez previsto na Constituição Federal que o réu só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, verifica-se que a liberdade é a regra. Desse modo e de acordo com a literalidade do texto constitucional, a prisão – quando se tratar de cumprimento de pena – só pode ocorrer após passada em julgado a sentença condenatória. Durante o processo o réu poderá vir a ser recolhido de forma cautelar, o que não simbolizará uma antecipação de pena. E a referida prisão cautelar apenas é possível em casos excepcionais e quando necessário ao processo⁴⁶.

Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli⁴⁷:

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela de efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

Na mesma senda, Guilherme de Souza Nucci⁴⁸:

Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. A partir disso, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por representar uma nítida – e indevida – antecipação de pena, lesando a presunção de inocência.

⁴⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016. p. 121.

⁴⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 51.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 33. Livro eletrônico

Nelson Nery Junior e Georges Abboud⁴⁹ asseveram que a prisão preventiva, que é cautelar, só poderá ser decretada quando presentes seus requisitos autorizadores. Ademais, afirmam que as prisões cautelares não afrontam a presunção de não culpabilidade, o que ofende o princípio em tela é a expedição automática de mandado só pelo fato de haver sido prolatada sentença condenatória ou decisão de pronúncia, as quais são passíveis de recurso e ainda não transitaram e julgado.

Nesse sentido leciona Eugênio Pacelli⁵⁰:

[...] o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

Na mesma maneira, Antonio Magalhães Gomes Filho⁵¹:

Nessa linha de raciocínio, importa verificar, então, dentre as finalidades atribuídas pelo legislador ordinário – ‘garantia da ordem pública’, ‘conveniência da instrução criminal’ e ‘assegurar a aplicação da lei penal’ –, em que medida estaria, ou não, afrontada a presunção de inocência; além disso, parece-nos importante procurar estabelecer certos parâmetros para evitar que, mesmo nas hipóteses em que não se manifeste incompatibilidade, não se afaste da ideia de *excepcionalidade* que deve revestir a prisão anterior à condenação definitiva.

Destarte, é possível verificar que as prisões cautelares não ferem a presunção de inocência, se decretadas, tão somente, quando imprescindíveis para o processo penal e se presentes seus requisitos autorizadores, pois aqui não está a se falar de uma execução antecipada de pena e sim de uma medida cautelar com a finalidade de se dar seguimento o processo.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 223.

⁵⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 51.

⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 66.

3 DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – ANÁLISE CRÍTICA DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO TEMA

Até o ano de 2009, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal era no sentido de admitir a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda que antes disso tenha havido julgados esparsos de habeas corpus demonstrando uma alteração de entendimento, foi com o julgamento do Recurso Extraordinário 84.087-7, de relatoria do então ministro Eros Grau, que a jurisprudência do tribunal consolidou-se no sentido de que é necessário o trânsito em julgado da ação penal para que se possa executar a pena.

No início do ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal modificou sua posição acerca do momento em que se dá o início do cumprimento da pena. No julgamento do Habeas Corpus 126.292⁵², o tribunal firmou entendimento no sentido de que a pena pode ser executada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo necessário somente a condenação nas instâncias ordinárias para que se inicie seu cumprimento. Entendimento esse que foi confirmando no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43 e de número 44.

Entretanto, recentemente, o mesmo tribunal tem se inclinado para juízo diverso, conforme se verifica no Habeas Corpus 146.815 e no Habeas Corpus 146.818, por exemplo. Ademais, há grande divergência acerca do tema dentro do próprio Supremo Tribunal Federal. Não há consenso entre os ministros acerca da interpretação do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

⁵² “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”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

Assim sendo, diante das divergências acerca do tema, pretende-se, neste capítulo, analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, as quais serão abordadas tendo como parâmetro os argumentos jurídicos que foram empregados.

3.1 Da ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário

Primeiramente, relevante fazer alusão aos dispositivos presentes na codificação processual civil atinentes a questão da presença de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário. O artigo 995 do Código de Processo Civil dispõe que “Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”⁵³. Já o parágrafo 5º, do artigo 1.029⁵⁴, do mesmo diploma legal, dispõe acerca da concessão do efeito suspensivo. Assim sendo, verifica-se que a regra é que todo o recurso especial ou extraordinário possui somente o efeito devolutivo, sendo a concessão do efeito suspensivo uma exceção⁵⁵.

Imperioso mencionar que, subsidiariamente, em virtude do artigo 3º, do Código de Processo Penal⁵⁶, as disposições atinentes aos recursos especial e

⁵³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

⁵⁴ “§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037”.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

⁵⁵ Acerca da alteração trazida pelo novo CPC, Badaró explana que “Substancialmente, a situação não se alterou com o novo CPC. Não havendo dispositivo em contrário, aplica-se aos recursos especial e extraordinário a regra geral do *caput* do art. 995, no sentido de que tais recursos não têm efeito suspensivo, não impedindo a eficácia imediata da decisão recorrida, isto é, o acórdão do tribunal local.”

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 924.

⁵⁶ Art. 3º “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

extraordinário do Código de Processo Civil, podem, também, ser aplicadas ao Processo Penal.

Ademais, importante, neste ponto, fazer menção ao artigo 637, do Código de Processo Penal, que dispõe 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”⁵⁷. Ou seja, o próprio Código de Processo Penal prevê que os recursos especial e extraordinário somente possuem o efeito devolutivo, não possuindo o efeito suspensivo.

O Ministro Teori Zavascki⁵⁸, ao proferir seu voto no julgamento do Habeas Corpus 126.292, defendeu a possibilidade de recebimento dos recursos especial e extraordinário apenas no efeito devolutivo com a consequente execução antecipada da pena:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo, único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

No mesmo sentido, votou o Ministro Edson Fachin⁵⁹:

Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, §2º, da Lei nº

⁵⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.

O Ministro reafirmou seu posicionamento quando do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade de número 43 e de número 44⁶⁰, aduzindo que a ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário está em conformidade com a Constituição Federal:

Ao contrário, prevaleceu o entendimento segundo o qual às Cortes Superiores foi conferida competência recursal pela Constituição da República visando a tutelar o direito subjetivo. Sendo assim, a atribuição de efeitos ordinariamente devolutivos a esses recursos, que são excepcionais até pela denominação que lhes emprega a Constituição (especial e extraordinário), está em absoluta conformidade com o sistema constitucional visto como um todo.

Assim sendo, verifica-se que a posição atual do Supremo Tribunal Federal (STF) é que os recursos especial e extraordinário somente possuem efeito devolutivo, sendo possível, portanto, a execução provisória da pena, após a condenação nas instâncias ordinárias, diante da ausência de efeito suspensivo em tais recursos.

Todavia a doutrina tem posicionamento diverso acerca do tema. Segundo Paulo Saint Pastous Caleffi⁶¹ receber os recursos especial e extraordinário, na esfera penal, apenas no efeito devolutivo é uma afronta à presunção de inocência.

O mesmo autor⁶² afirma que o artigo 995, *caput*, do Código de Processo Civil é inaplicável ao processo penal:

O art. 995, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, assim como o revogado art. 27, §2º da Lei nº 9.038/90, que previa o recebimento dos recursos especial e extraordinário apenas no efeito devolutivo, deve ser compreendido como um dispositivo inaplicável ao processo penal e, portanto, incapaz de justificar a incidência da execução provisória da pena privativa de liberdade.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁶¹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 62.

⁶² CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 60.

Uma vez que os objetos tutelados pelas esferas civil e penal são absolutamente distintos, deve ser pontuado que a insurgência ora estabelecida em nada se relaciona com a presença (ou não) de determinado efeito recursal, mas, sim, ao fundamental direito de liberdade do indivíduo de ser presumido inocente.

Gustavo Badaró⁶³ assevera que o §5º do artigo 1.029, do Código de Processo Civil apresenta as situações em que o recorrente pode requerer o efeito suspensivo em seu recurso especial ou extraordinário. O efeito suspensivo poderá ser concedido em caso a imediata produção dos efeitos do acórdão houver risco de grave dano, de difícil ou impossível reparação ou se ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Entretanto, a aplicação do dispositivo legal em comento ao processo penal viola o princípio da presunção de inocência⁶⁴, haja vista que o réu deve ser presumidamente inocente até que findo o processo, não podendo a pena ser executada de forma provisória quando ainda pendentes recursos.

Para o Gustavo Henrique Badaró⁶⁵:

A mesma orientação que, decorre diretamente da garantia constitucional da presunção de inocência, deveria continuar válida no novo regime do CPC, afastando para o processo penal a regra que nega ao recurso especial e ao extraordinário o efeito suspensivo. O correto é, em matéria criminal, mesmo diante da regra do art. 995, *caput*, do CPC/2015, que nega efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário, ainda assim tais recursos terão efeito suspensivo *ope legi*, por força do art. 5º, *caput*, LVII, da Constituição. A consequência prática de tal posicionamento é que os tribunais locais não poderão, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.

No mesmo sentido, assevera Aury Lopes Junior⁶⁶, defendendo a não aplicação da lei civil no processo penal:

Pensamos que a problemática em torno do direito de recorrer em liberdade está muito além da categoria “efeito recursal”, tipicamente civilista e inadequada ao processo penal, situando-se noutra

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 924.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 925.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 925.

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2. p. 605.

dimensão: a eficácia do direito fundamental da ampla defesa e da presunção de inocência.

Assim sendo, verifica-se a doutrina possui entendimento oposto ao do Supremo Tribunal Federal, pois considera que a aplicação dos dispositivos referentes a ausência de efeito suspensivo no recurso especial e extraordinário presentes na esfera civil no processo penal viola a presunção de inocência, uma vez que, segundo Aury Lopes Junior⁶⁷, “Tratar a questão como mera ‘ausência de efeito suspensivo’ é, processual e constitucionalmente, um absurdo, pois é completamente inadmissível uma pena antecipada.”.

3.2 Da impossibilidade de reexame de provas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

O entendimento acerca do reexame probatório nos tribunais superiores já está, há muito tempo, sumulado. No Supremo Tribunal Federal, a Súmula 279⁶⁸ preceitua que “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” e no Superior Tribunal de Justiça a Súmula 7⁶⁹ dispõe que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”.

Quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292, o fato de os tribunais superiores não reexaminarem provas foi utilizado como argumento a favor da possibilidade de execução antecipada da pena. Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki⁷⁰ explanou que:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instancias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 605.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em 23 abr. 2018.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

natureza extraordinária não configuraram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, apreze inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º, da Lei 8.038/1990.

Da mesma maneira votou o Ministro Luís Roberto Barroso⁷¹:

Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “*as causas decididas em única ou última instância*”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, §5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

No mesmo sentido, o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43 e de número 44⁷²:

[...] depois da condenação em segundo grau, quando já há a certeza quanto à autoria e quanto à materialidade – ou seja, o crime foi

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

cometido e o autor é “este” –, porque as instâncias extraordinárias não discutem mais provas e fatos, o início do cumprimento da pena é uma exigência constitucional em nome da ordem pública, sob pena de descrédito e desmoralização do sistema de justiça.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, no que tange à questão da impossibilidade de reexame probatório nos tribunais superiores, vai em consonância com o entendimento já sumulado, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Gustavo Badaró⁷³ esclarece que não é possível a interposição de recurso especial e extraordinário para impugnação de matéria relacionada aos fatos tratados no processo. Para que se analisem fatos, conseqüentemente, é necessário a análise de provas, exame das quais também não é possível nos tribunais superiores.

Desse modo, os referidos recursos não podem ser utilizados para reexaminar questões referentes a fatos que dependam de análise probatória. Caso isso fosse possível, os recursos aos tribunais superiores seriam uma espécie de segunda, ou até mesmo terceira, apelação. Ademais, o reexame de fatos e provas é contrário a natureza de tais recursos⁷⁴.

Entretanto, aduzem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes⁷⁵ que o que não é permitido é o simples reexame probatório pelos tribunais superiores. Porém, isso não exclui a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reavaliarem questões referentes a disciplina legal da prova e a qualificação jurídica da prova, por exemplo.

E no mesmo sentido, Gustavo Badaró⁷⁶:

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 899.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 201.

⁷⁵ Os mesmos autores afirmam que “Assim, nos recursos extraordinários e especial, o que não se admite é o simples reexame de provas, como enfatizam as duas súmulas mencionadas. Isso implica em que o STF e o STJ não avaliem mais as provas que foram aceitas ou rejeitadas pelo órgão inferior como base da decisão recorrida. Não se exclui, entretanto, a reapreciação de questões atinentes à disciplina legal da prova e também à qualificação jurídica de fatos assentados no julgamento de recursos ordinários.”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 201.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 899.

É possível, porém, a interposição do recurso especial e extraordinário para se questionarem os critérios de apreciação de prova, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não “de fato”, mas “de direito”.

Também é possível, em recurso especial e extraordinário, questionar a qualificação jurídica dada a um determinado fato, ou a valoração e interpretação conferida a conceitos juridicamente indeterminados (por exemplo, boa-fé, injúria grave, justa causa, etc.).

Aury Lopes Junior⁷⁷ explica que o que ambas as Súmulas vedam é o simples reexame de provas. Assim, os tribunais superiores podem, por exemplo, realizar um juízo acerca da qualificação jurídica dos fatos realizada pelo tribunal *a quo*. As provas não serão o objeto principal da discussão, embora estejam em um segundo plano.

Assim, verifica-se que predomina o entendimento de que a análise de fatos e provas se esgota nas instâncias ordinárias. Entretanto, é possível que os tribunais reavaliem questões relacionadas a validade das provas, bem como o que diz respeito a qualificação jurídica dada aos fatos.

Contudo, o fato de os tribunais superiores não reexaminarem fatos e provas não pode ensejar a culpabilidade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência, que determina que o sujeito somente poderá ser considerado culpado após tal marco. Ou seja, antes do trânsito em julgado, mesmo que não haja mais possibilidade de análise de fatos e provas, não se pode considerar o acusado culpado. Neste sentido, Gustavo Badaró⁷⁸:

O constituinte de 1988 seguiu os modelos italiano e português e, dando efetividade máxima ao compromisso do Estado brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana, reforçou entre nós a garantia da presunção de inocência: estabeleceu como marco temporal final de sua aplicação o momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito de que se presuma a sua inocência ‘até o trânsito em julgado’ da sentença penal condenatória. Com a definição clara do momento de cessação do estado de inocência, evitava-se — ou se imaginava que evitaria — discussões sobre se a presunção de inocência estaria garantida: (i) até que estivesse

⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1064.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

legalmente provada ou comprovada a culpa, significaria apenas o momento final uma sentença condenatória, ainda que recorrível; (ii) ou mesmo até um acórdão em que se julgasse, pela última vez, matéria fática; (iii) ou, finalmente, se só com o trânsito em julgado de uma condenação penal seria destruído o estado de inocente.

Assim sendo, o simples fato de os tribunais superiores não analisarem matéria fática e probatória não autoriza, por si só, a execução antecipada da pena, pois a Constituição Federal garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Então, para a formação da culpa do agente, e a consequente execução de sua pena, é necessário o trânsito em julgado, de acordo com o disposto na Constituição Federal, e não o simples esgotamento da análise de fatos e provas.

3.3 Presunção de inocência: regra ou princípio?

É de suma importância a diferenciação entre regra e princípio no âmbito dos direitos fundamentais. Isso porque, segundo Robert Alexy⁷⁹, esta distinção é a solução para diversos problemas centrais na dogmática dos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, cabível a diferenciação entre regra e princípio. Para Robert Alexy⁸⁰:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (grifo do autor).

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 85.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 90/91.

Humberto Ávila⁸¹ também define os princípios como sendo deveres de otimização. Segundo o autor, a aplicação dos princípios depende das regras e dos princípios aos quais eles entram em um conflito, pois os princípios são normas de conduta e só podem ser determinados quando diante de fatos. As regras, por sua vez, podem ou não serem realizadas. Quando a regra for válida, deverá ser realizado o que ela preceitua e nada diferente disto, ou seja deve ser feito o que ela exige. Já, quando ocorrer a colisão entre duas regras a solução do problema terá que se dar por uma inserção de uma exceção à regra, para que se elimine o confronto, decretando-se, por ventura, a invalidade de uma das regras.

Corroborando o exposto, o Ministro Luís Roberto Barroso⁸², no julgamento do Habeas Corpus 126.292, afirmou que os princípios não são absolutos, ou seja, não se permite a utilização de forma integral de suas prerrogativas, como é o caso da presunção de inocência. Geralmente, as regras são narrativas objetivas e descritivas de certa conduta. Ocorrendo tal conduta, a regra incide em virtude da subsunção. As regras se aplicam na modalidade “tudo ou nada”, por assim dizer, ou a regra regula toda a matéria e é cumprida ou é descumprida. Os princípios, por sua vez, exprimem valores a serem resguardados ou fins públicos a serem efetivados. Esses não são aplicados na base do “tudo ou nada”, como as regras, pois são “mandamentos de otimização” e são exercidos na medida das probabilidades fáticas e jurídicas. Deste modo, os princípios podem ser empregados com maior ou menor força, sem que isso faça com que ele perca seu valor. Já quando houver uma colisão entre princípios deverá ser utilizada a ponderação, utilizando-se como base o princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, verifica-se que quando se tratar de princípios deve-se analisar a situação fática, sendo que esses poderão ou não ser aplicados, dependendo do caso concreto. Em outras palavras, mesmo estando em vigência, o princípio poderá não ser aplicado, se não se amoldar a situação fática. Já quando se tratar de uma regra, sendo essa válida, deverá sempre ser aplicada.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 29/30.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

Especificamente quanto à presunção de inocência, o Ministro Luís Roberto Barroso⁸³, ao proferir seu voto no julgamento do Habeas Corpus 126.292, afirmou categoricamente ser um princípio, ao aduzir que:

Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

O Ministro Gilmar Mendes⁸⁴, também no julgamento do Habeas Corpus 126.292, da mesma maneira afirmou que a presunção de inocência “não é um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa fórmula de tudo ou nada.”

Já o Ministro Edson Fachin⁸⁵ sustentou que não se pode dar caráter absoluto à presunção de inocência e que é necessário ponderá-la com outros princípios e regras constitucionais:

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

Destarte, diante do exposto acerca da diferenciação entre princípio e regra e do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a presunção de inocência pode ser afastada em determinadas situações, como por exemplo em

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

caso de prisão cautelar, é possível concluir que a presunção de inocência é um princípio⁸⁶. Assim, a presunção de inocência, em sendo um princípio, poderá ser ponderada com outros princípios e aplicada de acordo com a situação fática.

3.3.1 Do princípio da proporcionalidade

Também no julgamento do Habeas Corpus 126.292, o Ministro Luís Roberto Barroso⁸⁷ explana acerca da necessidade de ponderação entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da lei penal, em razão da necessidade de proteção dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal. Salienta-se que, ao mencionar a ideia de ponderação, o Ministro está reafirmando a ideia de que a presunção de inocência é um princípio, pois os princípios são ponderados e aplicados em conformidade com a situação fática, já as regras só não são aplicadas em caso de invalidade. Expôs o ministro acerca da presunção da inocência:

Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normais constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

⁸⁶ No mesmo sentido, afirma Lenio Streck que “Nada se deve objetar a que algumas teses sejam construídas de forma pragmati(ci)sta. Essas teses podem fazer sucesso no mundo jurídico. Mas não hão de subjugar décadas de discussões e avanços produzidos na Teoria do Direito. Talvez a maior conquista nesse (e desse) direito pós-Auschwitz tenha sido, efetivamente, a principiologia constitucional, pela qual ingressa o mundo prático no direito, com a institucionalização da moral no direito (não esqueçamos de Habermas). Por isso, não se pode vir a dizer que a presunção da inocência não seja um princípio. Por mais “valor” pragmático que isso possa vir a ter. O direito não sobrevive de pragmati(ci)smos. Direito não é um conjunto de casos isolados. Portanto, o “problema” não é a decisão de um determinado caso, mas, sim, como se decidirão os próximos. Definitivamente, não há grau zero de sentido!”. STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 nov. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fox-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

E continuou explanando acerca da defesa dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, em especial no interesse da Constituição em resguardar a efetividade da lei penal, em benefício do objetos e bens jurídicos amparados pelo direito penal. A Constituição determinada que o direito penal deve ser sério, efetivo e munido de credibilidade, pois a aplicação da pena, além de desestimular que o delinquente pratique novos crimes, previne de uma forma geral a prática de crimes, ao desestimular que os demais integrantes da sociedade pratiquem crimes. O que está se tratando aqui são princípios constitucionais de alto valor axiológico.⁸⁸

Diante disso, verifica-se que caso ocorra o embate de princípios constitucionais é preciso realizar uma ponderação para que se avalie qual dos princípios possui o maior valor axiológico e, portanto, qual deles será empregado. Nesse ínterim, pertinente fazer alusão aos ensinamentos de Robert Alexy acerca do tema⁸⁹:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (grifo do autor).

Nesta senda, é necessária a realização de uma ponderação entre o princípio da presunção de inocência e os outros princípios colidentes, para que assim se possa verificar qual deles possui maior peso e somente esse último ser aplicado.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 117-118.

Especificamente quanto a execução antecipada da pena, o relator do Habeas Corpus 126.292, o Ministro Teori Zavascki⁹⁰:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como aliás, está previsto nos textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

No mesmo sentido, explanou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto quando do julgamento da medida em cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43 e de número 44⁹¹:

Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculadas sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal, ao ponderar os princípios da presunção de inocência e da efetividade da lei penal entendeu que o último se sobressai sobre o primeiro. Deste modo, a presunção de inocência foi afastada em detrimento da efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Segundo Douglas Fischer⁹², o afastamento da presunção de inocência se dá em razão de que há um conflito entre os direitos fundamentais do réu (aqui, especificamente, o seu direito de ser presumido inocente) e os direitos da sociedade à garantia de proteção e da efetividade da proteção jurisdicional, e que os direitos comuns a todos se sobrepõem sobre aqueles do indivíduo.

Neste ponto, importante salientar que, em que pese os argumentos apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da relevância do princípio da efetividade da prestação jurisdicional, tal princípio não possui previsão constitucional, tão pouco integra o rol de direitos e garantias fundamentais, como o princípio da presunção de inocência. Assim sendo, é de se observar que o princípio da presunção de inocência encontra-se em um patamar acima da efetividade da lei penal, vez que possui previsão constitucional. Desta maneira, não há como ponderar estes dois princípios, pois para ponderá-los deveriam, em tese, ter a mesma valoração constitucional, o que não ocorre no caso em apreço.

Insta salientar, ainda, que a mais alta instância do poder judiciário brasileiro deveria encontrar outra forma de demonstrar a credibilidade da justiça para o povo que não retirando um direito fundamental dos indivíduos.

3.4 Da (in)constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal

Após o julgamento do Habeas Corpus 126.292, o PEN – Partido Ecológico Nacional – e a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil – ajuizaram no Supremo Tribunal Federal as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43 e 44, respectivamente, pretendendo o reconhecimento da legitimidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal.⁹³

⁹² FISCHER, Douglas. Execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, RS, v. 6, n. 25, jan./fev. 2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1442/913>>. Acesso em: 23. abr. 2018.

⁹³ AÇÕES pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência. **Notícias STF**, Brasília, DF, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal indeferiu medida cautelar nas referidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁹⁴, ratificando o entendimento anteriormente firmado⁹⁵.

⁹⁴ “Entretanto, registramos que, no dia 5.10.2016, por 6x5 votos, apreciando pedidos de liminares nas ADCs 43 e 44, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento consolidado no julgamento do HC nº 126.292-SP, reconhecendo que o disposto no art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após decisão de segunda instância, não havendo como se falar em violação ao Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade. Votaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que concluíram que seria necessário o exaurimento de todas as instâncias recursais para o início da execução da pena. O Ministro Dias Toffoli deu nova interpretação, entendendo que, após o exaurimento da instância recursal perante o STJ, seria possível a execução da pena, mesmo que interpostos eventuais recursos extraordinários ao STF.” PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 587.

⁹⁵ MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “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. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

A interposição das Ações Diretas de Constitucionalidade deu-se em razão do que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal⁹⁶:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Analisando o dispositivo legal, verifica-se que o determinado na legislação processual penal é contrário ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Conforme já explanado, o referido tribunal decidiu pela possibilidade de execução da pena após a decisão de segundo grau, ainda que pendentes recursos e ainda não alcançada o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já o dispositivo legal em comento prevê que só haverá prisão em caso de flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso de processo, em caso de prisão cautelar.

O Ministro Luís Edson Fachin⁹⁷ votou pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, afirmando que o referido dispositivo legal não veda qualquer tipo de prisão que não esteja previsto em seu texto. Explanou o Ministro:

Não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda a forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

É indiscutível que as demais prisões reguladas por outros ramos do direito, como é o caso da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, permanecem com suas regulamentações intactas, a despeito da posterior entrada em vigor do disposto no art. 283 do CPP.

⁹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Vale dizer, fosse correta a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas.

Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratando exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do ar. 283 do CPP e a aquela que atribui efeito suspensivo aos recursos excepcionais.

Continuou o Ministro aduzindo que as regras que dispõem que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo são uma exceção à regra do artigo 283 do Código de Processo Penal⁹⁸:

Como dito, o art. 283 do CPP, **em regra**, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório foi proferido por Tribunal de Apelação. (grifo do autor).

O Ministro Luís Roberto Barroso⁹⁹, por seu turno, afirma que o disposto no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal não confronta o determinado pelo artigo 283 do Código de Processo penal, pois a Constituição trata de culpabilidade e não de prisão:

[...] ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do inc. LVII do art. 5º poderia sugerir, a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal norma define que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*. É o inc. LXI que trata da prisão e este, diferentemente do anterior, não exige o trânsito em julgado para fins de privação de liberdade, mas, sim, determinação escrita e

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

fundamentada expedida por autoridade judiciária. Nesse sentido, prevê que “ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Não há, portanto, que se falar que o art. 283 do CPP apenas “espelha” o disposto no texto constitucional e, por isso, não poderia ser questionado. (grifo do autor).

O Ministro Barroso¹⁰⁰ também fundamentou a compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com o disposto na Constituição Federal com o fato de que o dispositivo infraconstitucional prevê a possibilidade de prisões cautelares – que podem ser decretadas antes mesmo da condenação de primeiro grau –, o que é, segundo o Ministro, compatível com a execução da pena após a condenação em segunda instância:

Por esses motivos, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nota-se que o próprio art. 283, ao admitir a prisão temporária e a prisão preventiva – ambas decretáveis antes mesmo da primeira decisão condenatória –, é perfeitamente compatível com a prisão após o julgamento em segundo grau, quando então, já concluída a instrução e exercida a ampla defesa, se estabeleceu uma decisão interpretativa que apenas exclui uma das possibilidades de sentido da norma, afirmando-se uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. Como se vê, a técnica não importa em nulidade da norma, de modo a preservar a sua presunção de constitucionalidade.

Acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, o Ministro Dias Toffoli, por sua vez, expôs que a legislação infraconstitucional, aqui o Código de Processo Penal, deve ser interpretada de acordo com os ditames da Constituição Federal. Nesse sentido, asseverou o referido Ministro¹⁰¹:

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

O art. 283 do Código de Processo Penal, portanto, limita-se a **densificar** os dispositivos constitucionais que estabelecem que a liberdade de locomoção constitui a regra, e a prisão, a exceção. Mais precisamente, densifica o art. 5º, LVII, CF, que consagra a presunção de inocência.

Assentados os dispositivos constitucionais que constituem o fundamento de validade material do art. 283 do Código de Processo Penal, **cuja compatibilidade com a Constituição Federal é inequívoca**, resta, tão somente, atribuir a ele a correta significação, ou seja, dar a ela uma interpretação conforme à Constituição Federal, para o fim de autorizar ou não a execução provisória da pena.

Como salienta **Eros Grau**, não se interpretam os textos do direito em tiras, aos pedaços. O significado normativo de cada texto só é detectável no momento em que ele é inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional. (grifo do autor).

No mesmo sentido do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer¹⁰² lecionam que:

Antes dela (da Lei nº 12.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão *decorreria de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente* já impunha a *regra* da proibição da execução provisória.

No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma *interpretação conforme* (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da impossibilidade concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.

Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória. (grifo do autor).

Ou seja, a Lei 12.403/11¹⁰³, ao modificar o artigo em apreço concretizou o princípio da presunção de inocência, garantido pela Constituição Federal, na esfera processual penal, sendo a liberdade do acusado – até o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória – a regra geral. A prisão do acusado, de acordo com o referido dispositivo somente poderia ocorrer em situações de fundada necessidade, tendo, portanto, caráter cautelar¹⁰⁴.

¹⁰² PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 590.

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

¹⁰⁴ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 122.

Diante disso, nota-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto no Habeas Corpus 126.292, quanto no julgamento da medida cautelar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, são totalmente contrárias ao disposto no Código de Processo Penal. Ainda mais, as decisões violam a própria Constituição que preconiza que o ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁰⁵.

Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli¹⁰⁶:

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, com regra, está absolutamente correto, *em face de nossas determinações constitucionais*, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. Assim não pareceu ao Supremo Tribunal Federal, todavia, que nas ADC nº 43 e 44 (julgadas pelo Plenário em 5.10.16) fixou a execução provisória como *regra*, após condenação em segundo grau. Não vemos como defender a decisão, posto que diametralmente oposta ao texto de lei (CPP) e à norma constitucional, muito embora endosseemos as críticas feitas ao legislador. (grifo do autor).

A despeito das possibilidades que o Supremo Tribunal Federal possui para que adeque sua decisão aos dispositivos legais vigentes, Paulo Saint Pastous Caleffi afirmou¹⁰⁷:

Por força disso, acabaram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, buscando que fosse assentada a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988. Assim, os Ministros da Suprema Corte tinham as seguintes opções: a) decretar que a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292 violou frontalmente o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, necessitando, por consequência, ser reformada; b) declarar expressamente que o destacado dispositivo legal é inconstitucional. Como visto, os Ministros da Suprema Corte, em sua maioria, não fizeram nem um, nem outro, optaram por declarar a constitucionalidade do dispositivo processual penal e não reconhecer como absoluta a regra “*em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado*”. (grifo do autor).

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹⁰⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 507.

¹⁰⁷ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 124.

Entretanto, em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, o óbice encontrado é que para que não se aplique uma regra ela deve, ou deveria ser declarada inconstitucional¹⁰⁸.

3.5 Da Lei de Execuções Penais

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) reporta-se ao trânsito em julgado como pressuposto para o início da execução da pena nos artigos 105¹⁰⁹, 107¹¹⁰, 147¹¹¹ e 160¹¹². Assim, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução antecipada da pena é contrário ao disposto na referida lei, como expôs o Ministro Celso de Mello¹¹³, quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292:

Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. Supremo e a presunção de inocência: interpretação conforme a quê? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹⁰⁹ 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. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹¹⁰ Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹¹¹ 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. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹¹² Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das conseqüências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas. BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado. (grifo do autor).

O Ministro continua explanando acerca do disposto no artigo 105, da Lei de Execução Penal, segundo o qual a execução da pena privativa de liberdade está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Outrossim, afirma que o artigo 147, da mesma Lei, também condiciona a execução das penas restritivas de direito ao trânsito em julgado¹¹⁴.

Da mesma maneira, votou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43 e de nº 44. Para o Ministro a Lei de Execução Penal – especificamente o artigo 105¹¹⁵, combinado com o artigo 107¹¹⁶ – exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se dê início ao cumprimento da pena¹¹⁷.

Nesse interim, explana Guilherme de Souza Nucci que, segundo o artigo 105, da Lei de Execução Penal, a execução da pena (privativa de liberdade) somente poderia se dar com a expedição da guia de recolhimento, a qual somente pode ser expedida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹¹⁸.

No mesmo sentido, Norberto Avena¹¹⁹:

Na dicção do art. 105 da LEP, transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade e encontrando-se preso o réu, deve ser expedida a **guia de recolhimento**, dando-se, assim, início formal à execução da pena. Como se vê, para a expedição da guia dois requisitos devem estar presentes: um, o trânsito em julgado da decisão condenatória; e dois, que o réu esteja preso, quer porque

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 318. Livro Eletrônico.

¹¹⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 203. Livro eletrônico.

assim já se encontrava quando prolatada a sentença, quer porque, posteriormente ao seu trânsito, foi cumprido mandado de prisão. [...]. A guia de recolhimento é documento indispensável à execução da pena privativa de liberdade (art. 107, *caput*, da LEP), materializando o título executivo judicial na medida em que insere os principais elementos acerca da pena executada (data do fato, sentença, acórdão, trânsito em julgado, término da pena, data-base para futuros benefícios, término da pena etc.). (grifo do autor).

De igual sorte, o artigo 147, da mesma Lei, quando se trata de pena restritiva de direitos, também condiciona o início da execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ocorre que, neste caso, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é sim necessário aguardar o trânsito em julgado, não bastando a condenação nas instâncias ordinárias para que se dê início ao cumprimento da pena, como ocorre nos casos de pena de restritiva de liberdade¹²⁰. Refere-se, por fim, que esse ponto será aprofundado no próximo tópico.

Destarte, verifica-se que a Lei de Execução Penal condiciona o início da execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo, portanto, conforme já referido, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, contrário ao que preconiza a referida Lei.

Cumpra mencionar, ainda, que o Ministro Lewandowski afirmou que em virtude da não declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos, estes ainda devem ser aplicados¹²¹:

Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com espeque no art. 5º, LVII, da Constituição, todos são plenamente aplicáveis.

Nesse interim, tendo em vista as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais vão em desencontro com a Lei de Execução Penal, Paulo Saint Pastous Caleffi¹²² afirma que:

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 391. Livro Eletrônico.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹²² CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 130.

Com efeito, de modo a sustentar a alteração jurisprudencial advinda do *Habeas Corpus* nº 126.292, os Ministros favoráveis ao novo entendimento, necessariamente, deveriam ter declarado a inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, bem como dos artigos 105, 147 e 160 da Lei de Execução Penal. Ficaram silentes. Outrossim, diante da decisão proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, que tivessem posto em prática o pensamento de Ludwig van *Beethoven*: “*nunca quebres o silêncio se não for para melhorá-lo*”. (grifo do autor).

Assim, o mesmo que ocorreu com o artigo 283 do Código de Processo Penal aconteceu com os referidos dispositivos da Lei de Execução Penal. Embora não tenha sido declarada sua inconstitucionalidade, não foram aplicados pelo Supremo Tribunal Federal. Melhor dizendo, o Supremo Tribunal Federal ficou-se silente acerca de sua aplicação ou de sua não aplicação.

Outro ponto da decisão da medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43 e de nº 44 que merece destaque é a questão trazida pelo Ministro Dias Toffoli acerca do local onde seriam recolhidos os indivíduos submetidos a execução provisória¹²³:

Nesse diapasão não se pode olvidar que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) estabelece que o preso provisório e o condenado por sentença transitada em julgado deverão ser custodiados separadamente, observados os critérios legalmente fixados (arts. 2º e 84).

A Lei de Execução Penal também delimita os estabelecimentos prisionais destinados ao condenado e ao preso provisório, preconizando que a penitenciária se destina ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (art. 87); que a Colônia Agrícola, Industrial ou Similar se destina ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art. 91); que a Casa do Albergado se destina ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 93) e que a cadeia pública se destina ao recolhimento de preso provisório (art. 102).

Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos?

Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória da pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Destarte, de suma relevância o questionamento do Ministro Dias Toffoli, uma vez que a legislação não prevê um local específico para o recolhimento daqueles que ainda não são considerados condenados, pois a sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado e, igualmente, não são considerados presos cautelares, uma vez que o seu encarceramento se dá em virtude de uma execução antecipada da pena.

3.6 Da impossibilidade de execução provisória de pena restritiva de direitos

O Supremo Tribunal Federal, ao firmar novo entendimento acerca da execução antecipada da pena, quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292¹²⁴ e na sua confirmação, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43 e de número 44¹²⁵, apenas referiu-se a penas restritivas de liberdade, não fazendo menção as penas restritivas de direitos.

Superior Tribunal de Justiça, então, ao deparar-se com uma situação em que se questionava a viabilidade ou não de execução da pena restritiva de direitos após a decisão em segunda instância, decidiu, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.619.087-SC¹²⁶ pela não possibilidade de execução antecipada de penas

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹²⁶ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos. 2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. 3. Embargos de divergência rejeitados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Divergência em RESP nº 1.619.087-SC**. Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargado: João Luiz Cunha. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 14 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613576&num_registro=201602089490&data=20170824&formato=PDF>. Acesso em: 27 abr. 2018.

restritivas de direito, ante o contido no artigo 147, da Lei de execuções Penais, o qual dispõe que¹²⁷:

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.

Analisando o dispositivo legal em questão verifica-se que ele exige o trânsito em julgado da sentença que aplicou a pena restritiva de direito para o início de sua execução. Ou seja, a execução de penas restritivas de direito, consoante disposto na Lei de Execução Penal, não pode se dar logo após a condenação em segunda instância, pois é necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão que aplicou a pena.

Nesse sentido foi o voto do Ministro Jorge Mussi, que afirmou que à época do julgamento do Habeas Corpus 84.078 (05.02.2009), da relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal manifestou expressamente que as penas restritivas de direito não poderiam ser executadas antecipadamente, ante o previsto no artigo 147, da Lei de Execução Penal. Continuou o Ministro explanando que¹²⁸:

Todavia, o mesmo não ocorreu atualmente, já que o Supremo Tribunal Federal, ao modificar sua jurisprudência, não considerou a possibilidade de se executar provisoriamente, especificamente, a pena restritiva de direitos. No julgamento do HC n.º 126.292/SP, a análise se restringiu à reprimenda privativa de liberdade, na medida em que dispôs tão somente sobre a prisão do acusado condenado em segundo grau, antes do trânsito em julgado. Assim, em vista da ausência de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de executar a reprimenda restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, somado ao texto expresso do art. 147 da Lei de Execução Penal, deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão ora embargado

¹²⁷ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Divergência em RESP nº 1.619.087-SC**. Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargado: João Luiz Cunha. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 14 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613576&num_registro=201602089490&data=20170824&formato=PDF>. Acesso em: 27 abr. 2018.

Assim sendo, o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça foi que, na falta de manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade ou não de execução provisória de pena restritiva de direitos e diante da necessidade de trânsito em julgado para o início da execução de tais penas, conforme dispõe o artigo 147, da Lei de Execução Penal, não é possível a execução antecipada de penas restritivas de direitos.

Corroborando o exposto, o que expôs o Ministro Ribeiro Dantas¹²⁹, no mesmo julgamento, em seu voto:

‘Transitando [gerúndio] em julgado a sentença que condena à pena (...)’, e no art. 147 está no particípio passado: ‘Transitada em julgado (...)’. Então, no art. 147, exige-se que, realmente, haja o trânsito em julgado indiscutível. Mas, no artigo das penas privativas de liberdade, está ‘transitando’, ou seja, aquela decisão condenatória, mesmo que ainda não tenha transitado, mas esteja transitando, e aí me parece cabível imaginar que o exaurimento das instâncias ordinárias, que era onde os recursos tinham efeitos suspensivos, se acabou. Então, ele caminha para transitar, o que mostra que é possível imaginar uma diferença. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não expungir de vez essa dúvida, temos, em nome da preservação da liberdade, de optar pela exegese que melhor defende essa mesma liberdade.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci¹³⁰, nesse caso, para que se possa dar início ao cumprimento da pena, é necessário que se aguarde o trânsito em julgado da sentença que fixou a pena restritiva de direitos. Segundo o autor, a execução provisória, em se tratando de pena restritiva de direitos, não traria nenhum benefício ao condenado, tão somente malefícios, uma vez que estaria cumprindo a pena antes mesmo de sua confirmação, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Igualmente, Paulo Saint Pastous Caleffi¹³¹ afirma que dado o fato de o Supremo Tribunal Federal, ao firmar o novo entendimento acerca da possibilidade de execução provisória da pena, apenas fez referência a pena privativa de liberdade,

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Divergência em RESP nº 1.619.087-SC**. Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargado: João Luiz Cunha. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 14 de junho de 2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613576&num_registro=201602089490&data=20170824&formato=PDF>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. Livro Eletrônico.

¹³¹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 130-131.

para que haja execução das demais, dentre elas a pena restritiva de direitos, é necessário que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4 EFEITOS DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual é possível a execução de pena logo após a decisão de segunda instância, é imperioso que se realize uma análise desta nova aceção acerca do tema por parte do Supremo Tribunal Federal no processo penal brasileiro, ante o contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal¹³², qual seja, o Princípio da Presunção de Inocência.

Neste capítulo pretende-se analisar alguns pontos do processo penal que poderiam restar afetados em virtude da execução antecipada da pena.

4.1 Da necessidade de definição do momento da ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória

A Constituição Federal ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹³³, estabelece, de forma clara e inequívoca, que para que o indivíduo seja considerado culpado é necessário que se aguarde o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma explana Gustavo Badaró¹³⁴:

Do ponto de vista dinâmico, a Constituição é clara ao estabelecer o marco temporal final da presunção de inocência: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não se trata de uma garantia que se aplica somente até a sentença penal recorrível, ou mesmo até o julgamento em segundo grau de jurisdição.

¹³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lv/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lv/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

Ademais, pode-se extrair do artigo 283¹³⁵, do Código de Processo Penal que só haverá prisão decorrente de cumprimento de pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme explanado no item 3.4.

Importante fazer alusão, ainda, à Lei de Execução Penal¹³⁶, que em vários dos seus dispositivos faz menção ao trânsito em julgado como pressuposto para início da execução da pena, consoante exposto nos itens 3.5 e 3.6.

Primeiramente, importante destacar o momento em que ocorre o trânsito em julgado. Para Gustavo Badaró¹³⁷: “[...] o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material”. Ou seja, o trânsito em julgado somente se dá ao final de toda a persecução penal, como explanado pelo autor, quando não há mais possibilidade de modificação da sentença ou do acórdão.

Quanto a previsão constitucional do Princípio da Presunção de Inocência, Paulo Saint Pastous Caleffi¹³⁸ afirma que:

Diante disso, verifica-se que a presunção de inocência, traduzida na ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, apresenta-se como instrumento de garantia do cidadão tanto na fase recursal como na fase executória.

E quanto ao contido no artigo 283, do Código de Processo Penal, afirma que, segundo o dispositivo em questão, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente é possível quando estiver presente fundada necessidade, sendo que, nessas situações, deverá ser decretada uma prisão cautelar e não haverá uma execução antecipada de pena.¹³⁹

¹³⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27. Abr. 2018.

¹³⁶ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹³⁸ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 130.

¹³⁹ CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 122.

No mesmo interim, Pacelli¹⁴⁰ aduz que “[...] somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independente da instância em que se encontrar o processo”.

Igualmente, quanto a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer¹⁴¹ afirmam que:

Eis, então, em resumo, a afirmação da justificativa cautelar das prisões antes do trânsito em julgado: não se podem antecipar juízos acerca de futura *condenação*, para fins de determinação da prisão; pode-se, no entanto, preservar os interesses da Justiça Criminal, quando efetivamente em risco, e outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 e art. 320, CPP) mostrem-se insuficientes.

Assim, tendo em vista o disposto na Constituição Federal, bem como o que estabelece a legislação infraconstitucional, caso o Supremo Tribunal Federal mantenha seu entendimento no sentido de permitir a execução da pena logo após a decisão de segundo grau, será necessário definir em que momento se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é contrário ao que preceitua a Constituição Federal, bem como aos demais dispositivos supramencionados, que impõem a necessidade do trânsito em julgado para o início da execução da pena.

Em não o fazendo, bem como não declarando a inconstitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal e dos dispositivos inculpidos na Lei de Execução Penal que condicionam o início da execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se faz possível que se execute a pena em momento anterior ao fim da persecução penal, ou seja, antes do trânsito em julgado. Nesse segmento, Luciano Feldens e Débora Poeta¹⁴² afirma que:

Em resumo: ou o Supremo terá declarado inconstitucional o artigo 283 do CPP e todos seus congêneres normativos — o que certamente não o fez —, ou nada mudou em termos de marco inicial

¹⁴⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 507.

¹⁴¹ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 589.

¹⁴² FELDENS, Luciano; POETA, Débora. Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>>. Acesso em 27 abr. 2018.

de execução da pena privativa de liberdade. Direto ao ponto: *a prisão de qualquer pessoa, excetuada a hipótese de flagrante delito ou de prisão temporária ou preventiva, segue legalmente condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória*. No particular, não importa que os recursos especial e extraordinário sejam destituídos de efeito suspensivo; essa ‘desinvestidura’, prévia à Reforma do Código de Processo Penal, que passou a condicionar a prisão-pena ao trânsito em julgado da decisão condenatória, não ostenta aptidão normativa para anular os efeitos da lei processual reformadora, em pleno vigor. (grifo do autor).

Entretanto, pertinente mencionar que, segundo Gustavo Badaró¹⁴³, o Supremo Tribunal Federal não tem o poder de transmutar o conceito de trânsito em julgado, já consolidado. Nas palavras do autor:

É temerário admitir que o Supremo Tribunal Federal possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação dos institutos do Direito. Trânsito em julgado é um conceito assentado ao longo de secular evolução histórica. Diante do texto constitucional, e mesmo sem confundir o enunciado linguístico com a norma, é preciso reconhecer — nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está imune a isso — que há limites hermenêuticos insuperáveis para a interpretação de um dispositivo que atribua um direito — qualquer que seja — até o ‘trânsito em julgado’.

Destarte, verifica-se que é necessário que o Supremo Tribunal Federal, haja vista o novo entendimento firmado acerca da possibilidade de execução provisória da pena, defina – se é que é possível que o STF faça isso – o que significa trânsito em julgado, tendo em vista o disposto na Constituição, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais.

Ademais, imperioso que se estabeleça em que momento se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em virtude dos diversos institutos penais e processuais penais, além dos já mencionados, que restariam afetados pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, cita-se os seguintes artigos, todos do Código de Processo Penal¹⁴⁴: 63, 118, 119, 122, 123, 131, III, 334, 377, 379, 428, 581, XIX, 674, 675, 686, 689, §2º, 691, dentre outros.

¹⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹⁴⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

A seguir, demonstrar-se-á os efeitos da do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal em alguns destes institutos.

4.2 Reflexos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal na prescrição penal

Antes de adentrarmos na análise dos possíveis reflexos do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal no âmbito da prescrição penal, é importante conceituarmos, ainda que sucintamente, o referido instituto.

A prescrição, conforme disposto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal¹⁴⁵ é uma causa extintiva da punibilidade, conceituada por Rogério Greco¹⁴⁶ como sendo “[...] o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com o que ocorra a extinção da punibilidade”.

Existem duas espécies de prescrição, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prevista no artigo 109, do Código Penal¹⁴⁷; e a prescrição da pretensão executória,

¹⁴⁵Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou perempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁴⁶GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 803.

¹⁴⁷Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

que se verifica após o trânsito em julgado e encontra-se regulada no artigo 110, do Código Penal¹⁴⁸.

Segundo Guilherme de Souza Nucci¹⁴⁹ a prescrição da pretensão punitiva “é a perda do direito de punir, levando-se em consideração prazos anteriores ao trânsito em julgado definitivo, isto é, para ambas as partes”. Já a prescrição da pretensão executória, para o mesmo autor¹⁵⁰:

É a perda do direito de aplicar efetivamente a pena, tendo em vista a pena em concreto, com trânsito em julgado para as partes, mas com o lapso percorrido entre a data do trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação e o início do cumprimento da pena ou a ocorrência da reincidência.

Eugênio Pacelli e André Callegari¹⁵¹, levando em consideração o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, diferenciam as duas espécies de prescrição da seguinte maneira:

A pretensão punitiva é quando o Estado não obteve o reconhecimento judicial da responsabilidade penal, isto é, quando o Estado se encontra ainda na fase de investigação preliminar (administrativa) ou da acusação em juízo. O prazo estipulado para a descoberta do crime, a identificação dos autores, a imputação do fato na ação penal e a condenação dos réus, todos eles, dizem respeito a pretensão *punitiva*.

Uma vez obtida a condenação e estando já em condições de ser executado o *título judicial* (sentença penal condenatória), o que já ocorre, segundo atual entendimento do STF (HC 126.292, ADCs 43 e 44), após a condenação em segunda instância, põe-se em curso, então, a pretensão executória. (grifo do autor)

Considerando a conceituação dada pelos autores é possível observar que ambas as espécies de prescrição restarão afetadas pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme será demonstrado nos tópicos que seguem.

¹⁴⁸ Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 563.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 563.

¹⁵¹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 580.

4.2.1 Dos possíveis efeitos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal na contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva, aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, está regulada no artigo 109, Código Penal¹⁵², o qual determina os prazos prescricionais, conforme a pena aplicada a cada delito, ou seja, segundo a gravidade do crime. Quanto mais grave e quanto maior a pena do crime, maior será o prazo prescricional. Para fins de cálculo desta espécie de prescrição é considerada a pena máxima cominada ao tipo penal, sendo incluídas as causas de aumento, de diminuição e as qualificadoras¹⁵³.

Quando alcançado o prazo previsto no dispositivo ora em apreço restará extinta a punibilidade do indivíduo. Caso ainda não houver denúncia, o inquérito policial deverá ser arquivado, conforme artigo 61, do Código de Processo Penal¹⁵⁴, em caso de já existir processo judicial em curso, a absolvição é a medida que deverá ser imposta, na forma do artigo 397, inciso IV, também do Código de Processo Penal¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

Rogério Greco¹⁵⁷ expõe as consequências do advento da prescrição, afirmando que “Por intermédio do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde a possibilidade de formar seu título executivo de natureza judicial”.

Segundo Eugênio Pacelli e André Callegari¹⁵⁸, “A prescrição da pretensão punitiva impede a imposição de qualquer consequência penal ao fato [...]”. Ou seja, conforme explica Rogério Greco¹⁵⁹: “O réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do *status* de primário e

¹⁵² BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁵³ PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 583.

¹⁵⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁵⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁵⁶ PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 583

¹⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 804.

¹⁵⁸ PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 581

¹⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 804.

não poderá ver maculado seus antecedentes penais, ou seja, será como se não tivesse praticado a infração penal”.

Ademais, segundo César Dario Mariano da Silva¹⁶⁰, a prescrição da pretensão punitiva continua a fluir mesmo com a execução provisória da pena. Nas palavras do autor:

Destarte, enquanto não transitada em julgado a sentença para as partes, o lapso prescricional correrá, podendo ensejar o reconhecimento da prescrição intercorrente com base na pena concretizada na sentença condenatória. Isso porque somente com o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão é que a prescrição da pretensão punitiva deixará de correr e a pena poderá ser executada, desde que, logicamente, não tenha sido ultrapassado o lapso temporal previsto no art. 109 do Código Penal. Se completado o prazo prescricional, advirá a prescrição intercorrente.

Nesse ponto surge um impasse. Supondo-se que o réu, condenado em segunda instância, inicie o cumprimento provisório da pena e, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, transcorra o prazo do artigo 109, do Código Penal, qual a medida que deveria ser tomada em tal situação?

Nesta situação hipotética pouco importa se o réu terminou ou não o cumprimento da pena, mas sim que o iniciou sem que o Estado possuísse o título executivo para se dar início ao cumprimento da pena e que transcorreu o prazo prescricional antes mesmo do advento do título mencionado, que o Estado só auferir com o trânsito em julgado.

Conforme mencionado acima, a consequência do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva é a extinção da punibilidade do agente e, em decorrência disso não surtirá nenhum efeito penal, ou seja, será como se o agente não tivesse praticado o crime. Nesse sentido, leciona Rogério Greco¹⁶¹: “Se for reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, o Estado não poderá impingir qualquer sequela ao agente pela prática da infração penal [...]”.

Assim, considerando o acima exposto, poderia um indivíduo cumprir a pena, ou parte dela, logo após a decisão de segunda instância, como forma de execução

¹⁶⁰ SILVA, César Dario Mariano da. Execução provisória da pena também afeta a prescrição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/cesar-dario-execucao-provisoria-pena-tambem-afeta-prescricao>>. Acesso em: 05 maio 2018.

¹⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral, p. 807.

provisória, como se culpado fosse, e, depois, ou durante o cumprimento da pena, ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, sendo extinguida sua punibilidade? Como fica o fato de que extinção da punibilidade proíbe a determinação de qualquer consequência penal ao acusado?

Destarte, para a solução do problema em apreço, mais uma vez, faz-se necessária a definição do momento em que se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ante o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Necessária a definição, uma vez que somente com o trânsito em julgado a prescrição da pretensão punitiva para fluir. Conforme já explanado, quando ultrapassado o prazo estabelecido no artigo 109, do Código Penal¹⁶², deverá ser reconhecida a extinção da punibilidade do agente, não podendo a ele ser aplicada nenhum tipo de consequência penal, o que é contrário a execução provisória da pena, pois o indivíduo ao cumprir a pena provisoriamente já está sofrendo um dos efeitos da sentença penal condenatória. Assim, com a definição do momento em que se dá o trânsito em julgado, haja vista o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, poder-se-á definir o termo final da prescrição da pretensão punitiva e, conseqüentemente, o termo inicial da contagem da prescrição pretensão executória, que será abordada no próximo tópico, bem como, conforme já explanado, poder-se-á adequar a execução provisória da pena aos demais dispositivos legais que possuem o trânsito em julgado como pressuposto para o início da execução penal.

4.2.2 Da possível influência do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no marco inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória

Já a prescrição da pretensão executória é aquela que começa a fluir após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e está regulada no artigo 110, do Código Penal¹⁶³. Consoante o referido dispositivo legal, esta espécie de

¹⁶² BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁶³ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

prescrição regula-se pela pena aplicada e os prazos serão os mesmos do artigo 109, do Código Penal¹⁶⁴. Para César Dario Mariano da Silva¹⁶⁵:

Transitada em julgado a sentença penal condenatória para as partes, surge para o Estado o poder-dever de executá-la a fim de que a reprimenda seja cumprida pelo infrator. O Estado, também nesse caso, estará sujeito a prazo estabelecido pela Lei para executar o título judicial. Decorrido o prazo sem o início da execução, ocorrerá a prescrição da pretensão executória estatal.

Nesse interim, Eugênio Pacelli e André Callegari¹⁶⁶ explicam o exposto no dispositivo legal que trata da prescrição da pretensão executória, principalmente, quanto ao previsto no seu parágrafo primeiro:

Ainda que referido ao trânsito em julgado, o dispositivo contempla duas hipóteses distintas de prescrição. A primeira, do *caput*, que atinge a pretensão executória, e a segunda, relativa à pretensão punitiva, quando presente recurso exclusivo da defesa ou improvido da acusação.

Rogério Greco¹⁶⁷ elucida o disposto no parágrafo primeiro do artigo 110, do Código Penal, ao aduzir que:

Contudo, caso não tenha havido recurso no Ministério Público, ou de depois de ter sido ele improvido, como a pena aplicada não poderá ser elevada em face do princípio que impede sua reforma para pior (*non reformatio in pejus*), a contagem do prazo prescricional já poderá ser levada a efeito com base na pena concretizada na sentença.

Assim, verifica-se que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o título executivo, em outras palavras, ela surge com o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁶⁸.

¹⁶⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁶⁵ SILVA, César Dario Mariano da. Execução provisória da pena também afeta a prescrição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/cesar-dario-execucao-provisoria-pena-tambem-afeta-prescricao>>. Acesso em: 05 maio 2018.

¹⁶⁶ PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 584.

¹⁶⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 807.

¹⁶⁸ PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 584.

Além disso, importante mencionar, ainda, que o reconhecimento da prescrição da pretensão executória manterá, em face do agente, todos os efeitos da sentença penal condenatória, apenas o Estado não mais poderá executar a pena aplicada¹⁶⁹.

Então, o início da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória¹⁷⁰, de acordo com o disposto no Código Penal, dá-se com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja para ambas as partes ou somente para a acusação.

Assim, de acordo com César Dario Mariano da Silva¹⁷¹, se a pena for executada de forma antecipada, ou seja, sem que haja trânsito em julgado, o prazo da prescrição da pretensão executória não começara a fluir, em tese.

Isso porque, segundo o autor¹⁷², o prazo da prescrição da pretensão executória somente começa a fluir com o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que não ocorre no caso de execução antecipada da pena, não sendo possível, portanto, a fluência do referido prazo prescricional.

Entretanto, não é razoável que um entendimento jurisprudencial impeça a fluência de um prazo prescricional previsto na legislação. Neste ponto, mais uma vez, será necessário que o Supremo Tribunal Federal defina o momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para que, enfim, se possa definir o momento em que se inicia a contagem do prazo da prescrição da pretensão executiva.

¹⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 807.

¹⁷⁰ O artigo 112, do Código Penal dispõe acerca do termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁷¹ SILVA, César Dario Mariano da. Execução provisória da pena também afeta a prescrição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/cesar-dario-execucao-provisoria-pena-tambem-afeta-prescricao>>. Acesso em: 05 maio 2018.

¹⁷² SILVA, César Dario Mariano da. Execução provisória da pena também afeta a prescrição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/cesar-dario-execucao-provisoria-pena-tambem-afeta-prescricao>>. Acesso em: 22 maio 2018.

Para Eugênio Pacelli e André Callegari¹⁷³ o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal autorizaria o início da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória quando do julgamento em segundo grau:

Hoje, segundo nos parece, a decisão histórica do STF nas ADCs 43 e 44, ao “ressuscitar” a execução provisória da pena após a condenação em segundo grau, acabou por tornar plenamente admissível o transcurso do prazo da pretensão executória já a partir daquela decisão. Nem é preciso qualquer esforço para se compreender tal conclusão: a partir daquele momento o título condenatório já pode ser executado, e a prescrição é consequência imposta justamente à inércia, à morosidade e à leniência dos poderes públicos.

No mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini¹⁷⁴:

Com a decisão do Supremo, o Estado passa a ter o direito/dever de iniciar a execução da pena a partir da decisão de segundo grau, exista ou não recurso da acusação ou da defesa, independente de *trânsito em julgado* para a primeira. Parece criada aqui uma situação, no mínimo, incoerente. Se a lei busca com a prescrição *sancionar* o poder público omissivo, que não inicia o cumprimento da pena quando autorizado para tal, o prazo deve contar a partir do momento em que é admissível a prisão como sanção. Se esse momento foi antecipado para a decisão de segundo grau, também deve ser a partir daqui contada a prescrição.

Deste modo, de acordo com os autores supracitados, o prazo da prescrição da pretensão executória começa a fluir do momento em que a pena pode ser executada e este momento, segundo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, é a decisão em segunda instância. Então, segundo tais autores, o prazo da prescrição da pretensão executória começaria a correr tão logo quando fosse possível executar a pena, ou seja, logo após a decisão das instâncias ordinárias.

Entretanto, o Código Penal, em seu artigo 112¹⁷⁵, dispõe que a prescrição da pretensão executória começaria a correr somente após o trânsito em julgado. Mais uma vez está-se diante de um impasse, uma vez que a prescrição da pretensão

¹⁷³ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 587

¹⁷⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁷⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

executória começaria a fluir do momento do início da execução, que, por sua vez, só poderia ser iniciada com o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, a pena está sendo executada antes do momento que, até então, se entende por aquele em que se atinge o trânsito em julgado. É necessário que o Supremo Tribunal Federal defina em que momento se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou, então, que declare inconstitucional os dispositivos infraconstitucionais que exigem o trânsito em julgado como pressuposto para execução da pena.

4.3 Dos efeitos do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de inocência na reincidência

A reincidência está prevista no Código Penal, em seu artigo 63¹⁷⁶, o qual preconiza que “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” Para José Antonio Paganella Boschi¹⁷⁷:

[...] será reincidente: quem for condenado em sentença definitiva, por crime, no país ou no estrangeiro, e vier a praticar novo crime (art. 63 CP); aquele que, nas mesmas condições, for condenado definitivamente por crime, no país ou no estrangeiro, e vier a praticar, no Brasil, uma contravenção; aquele que, do mesmo modo, no Brasil, for condenado, definitivamente por contravenção e vier a cometer nova contravenção (art. 7º da LCP).

Assim, o agente será considerado reincidente quando contra ele já houver condenação penal transitada em julgado, a qual deverá ser anterior a prática do novo ilícito penal¹⁷⁸.

Outro ponto importante a ser mencionado é o fato de que, caso estejam pendentes recursos, ou seja, caso a decisão ainda não tenha transitado em julgado, o fato em questão não servirá para fins de reincidência, em caso de cometimento de

¹⁷⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

¹⁷⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed.. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 203/204.

¹⁷⁸ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 503.

novo crime, sendo aproveitado apenas para os maus antecedentes¹⁷⁹. Nesse sentido, leciona José Antonio Paganella Boschi¹⁸⁰:

Disso resulta que a pendência de julgamento de recurso especial e extraordinário por impedir a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória atuará como óbice à configuração da reincidência se, durante o processamento do recurso, o condenado vier a praticar outra infração penal.

Destarte, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há que se falar em reincidência.

Insta salientar, ainda, que o artigo 64, do Código Penal¹⁸¹ dispõe que o agente somente pode ser considerado primário nos cinco anos que sucedem o fim da execução, retomando ao *status* de primário após o transcurso do tal período. Nesse segmento, Guilherme de Souza Nucci¹⁸² afirma que:

Há um prazo que a condenação anterior possa surtir efeito, caso alguém torne a prática crime. Estipula o art. 64 do Código Penal que, para efeito de gerar reincidência, a condenação definitiva, anteriormente aplicada, cuja pena foi extinta ou cumprida, tem o prazo de 5 anos para perder força. Portanto, decorrido o quinquênio, não é mais possível caso haja o cometimento de um novo delito, surgir a reincidência. Não se trata de decair a reincidência, mas sim a condenação: afinal, quem é condenado apenas uma vez na vida não é reincidente, mas sim primário.

No mesmo sentido, aduz José Antonio Paganella Boschi¹⁸³ que:

O inciso I do art. 64 do CP declara que, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver

¹⁷⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 644.

¹⁸⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed.. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p 204.

¹⁸¹ Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

¹⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

¹⁸³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed.. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 203/204. p. 208.

decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova, da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Ante todo o exposto, é possível vislumbrar diversas problemáticas envolvendo a reincidência e o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena.

Imagine-se a situação em que o indivíduo, condenado em segunda instância, inicia a execução da pena e a termina antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal situação seria plenamente possível diante da demora do julgamento dos recursos nas instâncias superiores, bem como perante a grande quantia de recursos protelatórios interposto – argumentos estes expostos pelos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, como sendo favoráveis a execução antecipada da pena¹⁸⁴.

O primeiro impasse encontrado é, seria possível considerar esse sujeito, que terminou de cumprir a pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reincidente, uma vez que finda a execução da pena já se inicia a contagem do prazo de cinco em que o agente é considerado reincidente? E esse prazo começa a fluir, mesmo sem que haja o trânsito em julgado? E se o prazo se esgotar antes do trânsito em julgado? O réu não será considerado reincidente nunca?

¹⁸⁴ Salienta-se a manifestação do Ministro Teori Zavascki no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292: “Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção de 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, 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.”. O Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se no mesmo sentido: “Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (Res e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 maio 2018.

Novamente, a solução para o problema se dará no momento em que o Supremo Tribunal Federal estabelecer o momento em que se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois a execução provisória da pena vai em desacordo com os dispositivos legais do Código Penal que tratam de reincidência, uma vez que estes artigos têm o trânsito em julgado como pressuposto para que o réu seja considerado reincidente.

O Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade do artigo 283, do Código do Processo Penal, que dispõe que só haverá prisão em flagrante, cautelar ou decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, bem como não declarou a inconstitucionalidade dos demais dispositivos legais que exigem o trânsito em julgado como pressuposto para o início da execução da pena, e que manteve o entendimento acerca da possibilidade da execução provisória da pena. Verifica-se, portanto, que não há uma definição do momento em que se dá o trânsito em julgado, fazendo-se necessária a definição do momento da sua ocorrência, também, para que se possa responder os questionamentos acima realizados.

A ausência de definição acerca do momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória faz com que não se possa afirmar se o réu que terminar de cumprir a pena antes do trânsito em julgado será considerado reincidente, pois nem mesmo se sabe se o trânsito em julgado se dá ao fim do processo ou se se dá logo após a condenação em segunda instância.

Além disso, outro ponto da reincidência que sofrerá influência do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal é a questão tratada no artigo 64, do Código Penal¹⁸⁵. Segundo o referido dispositivo legal, o agente somente poderá ser considerado reincidente nos cinco anos subsequentes ao final da execução de sua pena, sendo que após transcorridos retornará ao *status* de primário. Levando-se em consideração a situação hipotética narrada acima, segundo a qual o agente teria cumprido toda a pena, bem como teriam transcorridos os cinco anos do artigo 64, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, esse indivíduo nunca seria considerado reincidente? Isso porque, conforme exposto acima, não é possível afirmar se o réu poderia ou não ser considerado reincidente antes do final da

¹⁸⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

persecução penal, pois não se tem uma definição do momento em que se dá o trânsito em julgado. Levando-se em consideração que ele não pudesse, haja vista que o artigo 63, do Código Penal afirma que somente haverá reincidência após o trânsito em julgado e seguindo a inteligência que o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade de dispositivos que exigem o trânsito em julgado para a prisão, esse sujeito não seria considerando reincidente nunca? Seria, *ad eternum* considerado como primário?

4.4 Das influências das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da execução antecipada da pena nos maus antecedentes

Por antecedentes, em matéria penal, entende-se, tudo aquilo que aconteceu com o indivíduo, ou seja, todos os atos que ele praticou na esfera penal, antes de ter cometido o ato delituoso¹⁸⁶. Os antecedentes do réu são analisados na primeira fase do cálculo de pena, sendo uma das circunstâncias judiciais previstas no *caput* do artigo 59, do Código Penal¹⁸⁷⁻¹⁸⁸. Rogério Greco¹⁸⁹ elucida o conceito de antecedentes:

Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal. Suponhamos que o sentenciado possua três condenações anteriores com trânsito em julgado e que o fato pelo qual está sendo condenado for praticado antes do trânsito em julgado de qualquer ato decisório condenatório. Não poderá ser considerado reincidente, pois o art. 63 do Código Penal diz verificar-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitada em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por

¹⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

¹⁸⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁸⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 629.

¹⁸⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 633.

crime anterior. Nesse caso, as condenações anteriores servirão para atestar seus maus antecedentes.

Na mesma senda, José Antonio Paganella Boschi¹⁹⁰ afirma que:

Para que possam os antecedentes receber valoração negativa, é preciso prova documental da prática da infração no passado, desde que o trânsito em julgado da respectiva sentença tenha ocorrido em *data anterior* à prática da nova infração, porque, do contrário, configurará a reincidência, que, por estar prevista como agravante genérica (art. 61, I, do CP), não influenciará na primeira e sim na segunda fase do método trifásico (arts. 63 e 68 do CP).

Quando a certidão cartorária relatar mais de uma condenação em datas anteriores ao evento criminoso sob o exame do juiz criminal, ele poderá considerar o acusado na primeira fase como de *maus antecedentes* e na segunda fase do método trifásico como *reincidente, por serem diferentes as causas autorizadoras desse proceder*, não incidindo, então, o conhecido do *ne bis in idem*, porque este proíbe a dupla valoração da *mesma* circunstância. (grifo do autor).

Importante salientar que em decorrência do princípio da presunção de inocência¹⁹¹ somente condenações com trânsito em julgado podem ser consideradas como sendo maus antecedentes e agravar a pena base¹⁹². Nesse sentido, preconiza a Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça¹⁹³ que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

No ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria, nos autos do Recurso Extraordinário 591054, firmando a seguinte tese “A existência de inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”¹⁹⁴.

Importante referir, ainda, que a não há limitação temporal prevista em lei para a utilização de processos anteriores para a valoração negativa dos antecedentes,

¹⁹⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed.. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 167/168.

¹⁹¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed.. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 166.

¹⁹² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral. p. 633.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27444%27>>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁹⁴ STF decide que processos penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes. **Notícias STF**, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 14 maio 2018.

como ocorre na reincidência. Assim, é possível considerar que o réu possui maus antecedentes mesmo após transcorridos cinco anos após o cumprimento da pena¹⁹⁵.

Diante do exposto, principalmente pelo fato de que só se pode valorar os antecedentes como negativos após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena afetará tal instituto. Isto porque, o Supremo Tribunal Federal, ao antecipar a pena sem declarar inconstitucionais os dispositivos que aduzem ser necessário o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, gerou uma incerteza acerca do momento em que se dá o trânsito em julgado.

Salienta-se que algumas das questões suscitadas quanto à reincidência no item anterior também podem ser aplicadas aos antecedentes, uma vez que para a valoração negativa desses também é necessário o trânsito em julgado, mormente quanto aquele sujeito que terminar de cumprir sua pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em um outro processo, poderia este anterior, ainda quem sem trânsito em julgado, mas já cumprida a pena, servir para a valoração negativa dos antecedentes?

Destarte, mais uma vez, crucial que o Supremo Tribunal Federal defina em que momento se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para que se saiba, nesse ponto, a partir de que momento pode-se considerar os fatos praticados pelo réu como sendo maus antecedentes, pois se é possível cumprir a pena antes do trânsito em julgado – sendo que há diversos dispositivos legais que exigem o trânsito em julgado para o início de seu cumprimento – também deveria ser possível antecipar o momento em que os antecedentes passam a ser valorados de forma negativa.

¹⁹⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed.. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 168.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização do presente do trabalho não se pretendia esgotar o tema e chegar a soluções definitivas para os problemas enfrentados, mas foi possível contribuir para o debate da questão, conforme a seguir restará demonstrado.

Primeiramente, cumpre frisar que o Princípio da Presunção de Inocência integra o rol de garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988. Segundo o referido princípio nenhum indivíduo poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, por sua vez, permite que o agente inicie o cumprimento da pena, isto é, seja tratado como culpado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Neste ponto, é possível verificar que existe uma divergência entre o que está previsto na Constituição Federal e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro existem outras normas conflitantes com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Inicialmente, cita-se o artigo 283, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que somente haverá prisão em caso de flagrante delito, prisão cautelar e, para cumprimento de pena, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, verifica-se que o dispositivo em comento está de acordo com o que estabelece a Constituição Federal, ou seja, que a pena somente pode ser cumprida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, todavia, como referido acima, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal vai em desacordo com o dispositivo legal em questão.

A Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84 – contem diversos artigos que determinam que a pena somente poderá ser executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, dentre eles pode-se citar os artigos 105, 107, 147 e 160. Neste ponto, também se verifica que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é contrário ao que dispõe a lei em comento, uma vez que permite a execução da pena logo após a decisão de segundo grau, antes do fim da persecução penal, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Outrossim, a partir das pesquisas realizadas, foi possível concluir que é necessário que se defina o momento em que se dará o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória, uma vez que a Constituição Federal determina que o indivíduo somente será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; o Código de Processo Penal dispõe que somente haverá prisão, em virtude de cumprimento de pena, também após o trânsito em julgado; e a Lei de Execução Penal igualmente condiciona o início da execução da pena ao trânsito em julgado. Assim, diante do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual admite a execução da pena, logo após a condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é essencial que se defina em que momento se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Isso porque até então entendia-se que o trânsito em julgado se dava ao final da persecução penal, quando não houvesse mais possibilidade de recurso. Ocorre que quando o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento acerca da possibilidade execução antecipada da pena apenas afirmou que a Constituição não proíbe a execução antecipada da pena, o que ela proíbe é que o réu seja considerado culpado ante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O primeiro questionamento a este posicionamento seria, em que pese todos os argumentos apresentados pelos ministros favoráveis a execução provisória da pena, o indivíduo, ao iniciar o cumprimento da pena antes do fim do processo, ou seja, antes do trânsito em julgado, não está sendo tratado como culpado? A pena não é aplicada somente aqueles que tem culpa, ou seja, aos culpados?

Além disso, o Supremo Tribunal Federal ficou inerte quanto as normas infraconstitucionais que possuem o trânsito em julgado como pressuposto para o início do cumprimento da pena. Quanto ao artigo 283, do Código de Processo Penal foram interpostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43 e de nº 44. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar da referida ação entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo legal e manteve seu posicionamento favorável a execução antecipada da pena. Destarte, o atual entendimento o Supremo Tribunal Federal é de que é possível executar a pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que é constitucional um dispositivo legal que estabelece que somente haverá prisão, em caso de cumprimento de pena, após o trânsito em julgado. Nesta questão o Supremo Tribunal Federal tinha dois caminhos a seguir: ou declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 e manter seu posicionamento ou decidir pela constitucionalidade do referido artigo e rever sua decisão, nenhum dos dois rumos foi seguido. Ao declarar

a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e manter seu posicionamento acerca da possibilidade de execução antecipada da pena, o Supremo Tribunal Federal simplesmente ignorou a parte do dispositivo legal em questão que exige o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Destarte, essencial no atual cenário que se defina em que momento se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois se os dispositivos legais mencionados – os quais condicionam o início da execução da pena ao trânsito em julgado – continuam vigentes devem seguir sendo aplicados. Até então se entendia que o trânsito em julgado se dava quando não havia mais possibilidade de recurso, agora será, então, necessário que o Supremo Tribunal Federal diga se esse momento se antecipou para após a decisão de segunda instância, uma vez que se é possível iniciar o cumprimento da pena logo após esse momento e se os dispositivos legais que não permitem a execução da pena antes do trânsito em julgado são constitucionais, provavelmente, está-se diante de uma mudança do momento em que se dá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além disso, o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal afetará diversos aspectos do processo penal, principalmente aqueles diretamente relacionados com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dentre estes a prescrição da pretensão punitiva cuja fluência apenas se encerra com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Se entende-se, até o momento, que o trânsito em julgado se dá ao final de todo o curso do processo penal, quando não há mais possibilidade de recurso, como ficaria a situação do indivíduo que inicia o cumprimento da pena após a decisão de segunda instância e durante esse período, ou após ele, mas antes do trânsito em julgado, é reconhecida a prescrição da pretensão punitiva? A consequência do seu reconhecimento não é a extinção da punibilidade?

Neste ponto, com base nas pesquisas realizadas, foi possível verificar que a doutrina e a jurisprudência ainda não se manifestaram acerca da questão.

Também restaria afetada a prescrição da pretensão executória. Aqui, o problema enfrentado é quando se iniciaria a contagem de tal prazo, se quando do início da execução da pena, ou seja, logo após a decisão de segunda instância, ou se quando do advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse ponto, a solução que parece mais adequada também é a definição do momento em que ocorre o trânsito em julgado, tanto para que se inicie a execução

somente após tal momento, quanto para que comece a fluir a prescrição da pretensão executória.

Por fim, observou-se que a reincidência e os maus antecedentes também restariam atingidos pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Isso porque ambos, embora existam inúmeras diferenças entre ambos os institutos, têm como pressuposto para a sua utilização na aplicação da pena o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Deste modo, no atual cenário, imperiosa a definição do momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tanto em razão dos dispositivos legais que exigem o trânsito em julgado para o início o da execução da pena, quanto em virtude dos demais institutos penais afetados pelo atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

AÇÕES pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência. **Notícias STF**, Brasília, DF, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. Livro eletrônico.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed.. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23, fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/lv/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 27 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444.** É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27444%27>>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Divergência em RESP nº 1.619.087-SC.** Embargante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Embargado: João Luiz Cunha. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 14 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613576&num_registro=201602089490&data=20170824&formato=PDF>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo.** Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13. abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal.** Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Interessados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal. Procurador: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em 23 abr. 2018.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil:** análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

COSTA, Domingos Barroso da; EGG, Geraldo Felisberto. Entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade: uma proposta de adequação terminológica para melhor expressão do princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF. **IBCCRIM**, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10533-Entre-a-presuncao-de-inocencia-e-a-nao-culpabilidade-uma-proposta-de-adequacao-terminologica-para-melhor-expressao-do-principio-previsto-no-art-5o-LVII-da-CF>>. Acesso em: 22 out. 2017.

FELDENS, Luciano; POETA, Débora. Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>>. Acesso em 27 abr. 2018.

FISCHER, Douglas. Execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, RS, v. 6, n. 25, jan./fev. 2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1442/913>>. Acesso em: 23. abr. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2013. p. 440-445.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1: Parte geral.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MANDELA, Nelson. **Longa caminhada até a liberdade**. Tradução de Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. FROÉS, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. Princípios penais constitucionais. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Coord.). **Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1: Teoria geral do direito penal.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos do homem**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. Livro Eletrônico.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. Execução provisória da pena também afeta a prescrição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/cesar-dario-execucao-provisoria-pena-tambem-afeta-prescricao>>. Acesso em: 05 maio 2018.

STF decide que processos penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes. **Notícias STF**, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 14 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 nov. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regras-principio>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Supremo e a presunção de inocência: interpretação conforme a quê? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.