

## **RESUMO**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, alterou a jurisprudência firmada desde 2009, ao entender pelo reconhecimento da possibilidade de execução provisória de sentença penal condenatória em grau de apelação, ainda que pendentes recurso especial ou extraordinário, sem que isso represente qualquer afronta ao princípio da presunção de inocência. Dessa forma, passou-se a viabilizar a imediata execução da pena em decorrência de acórdão condenatório proferido em segunda instância, antes mesmo de se operar o trânsito em julgado de sentença condenatória. Ocorre que a Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, LVII, preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Diante do exposto, este trabalho analisou a adequação do novo entendimento na perspectiva do direito interno com o intuito de comprovar a impossibilidade da prisão instantânea após condenação em segunda instância, uma vez que tal pressuposto não constitui motivo idôneo para tanto.

**PALAVRA CHAVE:** Presunção de Inocência. Execução Provisória. Trânsito em Julgado.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como finalidade analisar a matéria acerca da execução provisória da pena, que envolve grande discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência e a necessidade do trânsito em julgado para evitar o cerceamento de liberdade do acusado, trazendo diversos julgados pelo STF sobre o tema.

A Suprema Corte, no dia 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC 126.292/SP, tendo como relator o Ministro Teori Zavaski, autorizou a execução provisória da pena, antecipando a prisão em segunda instância, retornando um entendimento antes sedimentado.

Entendeu-se pela compatibilidade da execução provisória da pena após condenação em grau de apelação com o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, e que o imediato recolhimento do acusado a prisão para o efetivo cumprimento da pena, ainda que passível recurso especial ou extraordinário, não contraria o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal nem sempre entendeu dessa forma, sendo levantadas questões acerca do que poderia ter ensejado a mudança de entendimento, inclusive pela mídia que alardeou a mudança e colocou o STF como pauta após a decisão.

Desse modo, a possibilidade de execução provisória da pena acabou por gerar sérios debates acerca da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, considerando a redação do art. 5º, inciso LVII da CF/88, que trata do princípio da presunção de inocência que apenas pode ser afastado depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É nesse cenário jurídico que se questiona a admissibilidade do início do cumprimento da pena, tendo como fundamento acórdão condenatório proferido em segunda instância, uma vez que, para o novo entendimento firmado pelo STF, é nesse momento que se encerram as instâncias ordinárias, confirmando a culpabilidade do acusado, uma vez que não se discute mais acerca dos fatos e provas nas vias extraordinárias.

Nesse contexto, torna-se imprescindível, a análise do entendimento firmado pela Suprema Corte, com a matriz principiológica constitucional, tendo o presente trabalho o seguinte problema a ser encarado: o princípio da presunção de inocência é compatível com a execução provisória da pena, admitida pelo Supremo Tribunal Federal?

Neste artigo, trarei inicialmente uma breve evolução histórica do princípio da presunção de inocência, analisando seu conceito e examinando o princípio na conjuntura constitucional e no âmbito normativo interno através da previsão constitucional e normativa.

Em seguida, passarei a explorar os diversos posicionamentos jurisprudenciais firmados pelo STF acerca do tema, em especial pela análise da decisão do HC 126.293/SP, e das ADC's 43, 44 E 58, ainda em curso até a presente data.

Por fim, serão expostos argumentos acerca da incompatibilidade constitucional da execução provisória da pena, pela análise dos votos favoráveis ao instituto, chegando a uma conclusão acadêmica e científica a respeito da problemática formada no início deste trabalho, que verterá os pontos mais relevantes, elucidando o leitor a respeito de toda a questão constitucional envolvida.

Quanto a metodologia, terá a pesquisa natureza analítica, através do estudo e análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como de textos doutrinários e artigos

publicados, além de textos legais com destaque para a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal, obtidos através de pesquisa bibliográfica e documental.

## **2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNO**

O princípio da presunção de inocência representa uma grande conquista contra a arbitrariedade do Estado, expressando a garantia da liberdade, ganhando destaque no ordenamento jurídico nacional após a adesão do País a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, durante a vigência da Constituição de 1946, prevendo em seu artigo 11.1 a seguinte redação:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que tal princípio, passou a ser previsto de forma expressa, no rol de direitos fundamentais, especificamente em seu artigo 5º, inciso LVII, prevendo que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio tem implicações que se observa antes e durante a fase processual, garantido o modelo democrático e garantista do Estado, assegurando ao indivíduo um prévio estado de inocência, evitando a restrição da liberdade.

Nesse sentido, a prisão não pode ser vista como regra, podendo apenas manifestar-se antes do trânsito em julgado de maneira excepcional, através das prisões processuais cautelares (temporária e preventiva), previstas pelo próprio Código de Processo Penal.

Ressalta-se, portanto, a necessidade de toda prisão anterior ao trânsito em julgado ser fundada em ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. É o que se extrai da redação do art. 5ª, inciso LXI da Constituição: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A prisão cautelar, mascarada com seu caráter excepcional, não pode ser confundida com a prisão-pena, devendo apenas ser decretada em casos de extrema necessidade, desde que presentes os pressupostos que a justifiquem, nos termos do art. 312 do CPP.

Frisa-se, assim, que a privação cautelar não possui caráter sancionatório, sendo apenas decretadas por ordem escrita e fundamentada, desde que necessárias e imprescindíveis. É o que expõe Távora e Alencar:

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 891, grifo do autor).

A presunção de inocência, é definida pela doutrina e jurisprudência como norma de tratamento e norma probatória, devendo tais regras serem observadas em relação ao acusado. Em relação a norma de tratamento, evita-se que o réu, em nenhum momento sofra restrições da sua liberdade exclusivamente em razão de condenação que ainda não tenha operado o trânsito em julgado.

No entanto, é possível a prisão quando em caráter cautelar antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, situação excepcional em que o estado de inocência permanece. É o que aduz Pacelli:

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da 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 da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal. Veremos que também a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320, CPP) reclamará juízo de necessidade de medida (art. 282, I, CPP) (PACELLI. 2017, p. 39)

Para tratar de qualquer dúvida acerca da condição excepcional da prisão antes do trânsito em julgado, a Lei 12.403/11 alterou a redação do art. 283 do CPP, adequando-a ao que preceitua o art. 5º, LVII da CF:

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.

A Lei 7.210/84, que trata sobre a execução penal, condiciona ainda a execução da pena definitiva ao trânsito em julgado. É o que se observa com a redação do seu 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”.

É a partir de tais preceitos observados no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal que percebe-se a adequação ao princípio da presunção de inocência previsto no texto constitucional, pela sua reprodução nos artigos acima mencionados. Nota-se, portanto que a presunção contida no artigo 5º, inciso LVII trata-se de uma proteção, a fim de evitar o cerceamento da liberdade de um indivíduo antes do trânsito em julgado, somente sendo possível que seja decretada a prisão antes desse lapso temporal a título de cautela.

Confirma-se, pois, que não poderá o acusado ser considerado culpado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo essa a regra de tratamento que deriva do princípio da inocência, impedindo uma antecipação de juízo condenatório. Dessa forma, a aplicação da pena apenas pode ser feita cautelarmente, até que se exista uma sentença ou acórdão definitivo. Nesse sentido, dispõe Caleffi:

Como se denota, o princípio da presunção de inocência assegura um prévio estado de inocência ao indivíduo, que apenas pode ser superado diante da existência de prova segura da prática delitiva. Outrossim, compreendo que em algumas situações é inevitável a restrição de liberdade anterior a comprovação da culpa, o legislador estabeleceu instrumentos para serem utilizados de forma provisória, contudo, necessariamente, os pressupostos do *fumus commissi delicti*, do *periculum libertatis* ou do *periculum in mora*, bem como os requisitos legais, deverão ser amplamente justificados e demonstrados (CALEFFI, 2018, p.28-29)

Como se deduz, a situação de inocência do acusado apenas cessa com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes disso, ninguém pode ser considerado culpado, exigindo-se uma decisão imutável para que seja dado início o cumprimento da pena efetivamente aplicada.

Nesse ínterim, impõe-se ao Estado, a obrigação de se abster, não podendo considerar alguém culpado até que se tenha uma sentença penal condenatória transitada em julgado, tratando-se de um direito subjetivo inerente ao indivíduo.

Entende-se, portanto, que não há possibilidade de uma decisão transitar em julgado se dela ainda pende recurso.

No entanto, é certo que após uma sentença penal condenatória, nada impede que o Poder Judiciário decrete a prisão do réu condenado. Portanto, a execução reconhecida antes do esgotamento de todas as instâncias recursais, é cabível, mesmo que não se vislumbre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo ser realizada desde que em caráter provisório, preenchidos seus fundamentos e requisitos legais. É o que apresenta Távora:

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF/1988). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo a acuação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita legalidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. (TÁVORA. 2017, p. 69).

Destarte, o trânsito em julgado dá-se quando não há mais possibilidade de recurso sobre determinada sentença ou acórdão, tornando a decisão definitiva. É, a partir de tal imutabilidade que se opera o trânsito em julgado, não sendo mais possível a discussão e, conseqüentemente, a modificação de determinada decisão, senão pelo instituto da revisão criminal, prevista no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Compreende-se, portanto, que a antecipação da execução da pena viola o princípio da presunção de inocência e, conseqüentemente, torna-se incompatível com o artigo 5º, inciso LVII da Constituição de 88.

Isto posto, a prisão somente pode ocorrer em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou em virtude de prisão temporária ou preventiva, nos termos do artigo 283 do CPP.

A partir desse contexto é que surge a discussão acerca da execução provisória da pena e se tal instituto fere ou não o princípio da presunção de inocência, que, ao fazer uma interpretação literal do texto constitucional, só pode ser afastado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

### **3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O STF**

Analisando os entendimentos jurisprudenciais firmados pelo Supremo Tribunal Federal, é possível observar uma enorme insegurança jurídica através das decisões oscilantes proferidas pela Corte.

A princípio, a execução provisória da pena privativa de liberdade era possível, não havendo mitigação do princípio da presunção de inocência, sendo esse o entendimento firmado pela Suprema Corte, mesmo com a vigência da Constituição Federal de 1988.

O entendimento tinha como base, a redação dos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal, que previa a prisão como regra em nosso ordenamento jurídico.

O artigo 594, do CPP, tratava da prisão ou prestação de fiança como requisito de admissibilidade para a apelação, pela seguinte redação: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”.

Já o artigo 595, continha a seguinte redação: “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”. Tais dispositivos foram posteriormente revogados, respectivamente pelas lei nº 11.719/08 e lei nº 12.403/11, por ficar clara a intenção da não permissão da prisão automática como consequência da condenação, por manifesta incompatibilidade com a Constituição de 88.

O entendimento da possibilidade de execução provisória da pena passou a ser reafirmado em diversos julgados, a título de exemplo: HC 71.723, HC 79.814, HC 80.174, HC 84.846, HC 85.024, HC 91. 675 e HC 70.662.

Em síntese, mesmo com a vigência da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente o princípio da presunção de inocência, o STF continuou admitindo a execução provisória da pena após condenação em segunda instância, em diversos julgados posteriormente proferidos.

Ocorre que, em 2009, a jurisprudência anteriormente sedimentada, foi alterada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento do HC 84.078/MG, ao analisar a (in)compatibilidade entre a prisão processual antes do trânsito em julgado e o princípio da presunção de inocência.

Na análise do julgado, o plenário do STF concedeu a ordem do habeas corpus (por 7 votos a 4), possibilitando que o impetrante recorresse de sua condenação aos Tribunais Superiores em liberdade.

Entendeu-se, pois, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, pela incontestável afronta ao princípio, passando a exigir o trânsito em julgado da condenação.



A interpretação dada ao princípio da presunção de inocência foi radicalmente modificada, no sentido de que a execução provisória antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória em virtude de condenação em segunda instância, era completamente incompatível com o preceito do art. 5, inciso LVII da CF/88.

No entanto, no dia 17 de fevereiro de 2016, tal entendimento passou a ser revisto no julgamento do HC 126.292/SP, firmando-se uma posição contrária ao que antes entendia-se acerca da execução provisória da pena. Reconheceu-se então, por maioria (7 votos a 4) a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação, mesmo que da decisão esteja pendente recurso especial ou extraordinário.

A ementa do julgado é sucinta:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, Plenário, Acórdão no Habeas Corpus 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

A síntese do caso foi a seguinte: o réu foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicialmente fechado, e pôde recorrer em liberdade. Apenas o réu apelou ao TJ do Estado de São Paulo, ocorrendo o trânsito em julgado para o MP. Improvido o recurso de Apelação, o Tribunal determinou a execução da pena.

Em face do inconformismo do réu, contra a ordem de prisão foi impetrado Habeas Corpus para o STJ, que negou liminar. Ato contínuo, Habeas Corpus para o STF, contra o indeferimento da liminar.

Neste contexto, o STF restaurou o entendimento, no sentido de não comprometer o princípio da presunção de inocência a execução provisória de sentença penal condenatória proferida em grau de apelação.

Dessa forma, a decisão apresentou uma verdadeira mudança jurisprudencial, superando o entendimento antes firmado pela Suprema Corte, que defendia, desde 2009, ser a execução provisória da pena após condenação em segunda instância incompatível com a presunção de inocência.

Diante de tal oscilação jurisprudencial, foram ajuizadas 3 (três) ações de controle concentrado. Duas ADC's 43 e 44 propostas em 2016 e a terceira ADC 54, proposta



no ano de 2018, todas com o objeto comum: reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Discutiu-se a matéria mais uma vez pela Corte, através da análise das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, buscando-se a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a fim de que a execução da pena só se inicie após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Através da análise das medidas cautelares, o Plenário da Corte, por maioria dos votos, confirmou o posicionamento já fixado no HC 126.292, evitando a suspensão da execução da pena de todos os acórdãos prolatados em segundo grau.

Até a presente data, em julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, por 4 votos a 3, o entendimento predominante vem sendo pela impossibilidade da execução provisória da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância, sendo vencidos até então os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

É diante de tal oscilação jurisprudencial, que o STF ao reconhecer a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, afasta a eficácia do princípio da presunção de inocência, possibilitando o cumprimento da pena de forma definitiva, antes mesmo do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

#### **4 IMPOSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO PENAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO**

Segundo o entendimento firmado pelo STF, a execução provisória da pena é possível pelo encerramento das vias ordinárias e pela impossibilidade de rediscussão fática-probatória da matéria nas vias extraordinárias, bem como a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário.

Ocorre que, a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma expressa a presunção de inocência e não obstante a isso, definiu ainda o trânsito em julgado da sentença condenatória para o afastamento de tal presunção.

Promoveu ainda, como já

Ainda assim, o STF na Súmula 716 prevê uma possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, através do seguinte teor: “Admite-se a

progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Tal hipótese ocorre quando não é cabível mais recursos por parte da acusação e aqueles que ainda não estejam definitivamente condenados, podem usufruir dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal, tais como progressão de regime ou concessão de livramento condicional, desde que exista sentença condenatória em que só a defesa tenha recorrido.

É notável que tal possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado é extremamente benéfica ao acusado, pois, encontrando-se em prisão cautelar, pode obter dos benefícios de forma antecipada, antes mesmo de sua condenação definitiva. Desse modo, são inconfundíveis a execução provisória extraída pelo teor da Súmula acima mencionada e a execução provisória que vem sendo alvo de discussão pelo Supremo. É preciso distingui-las.

Hoje, a Suprema Corte entende pela execução provisória da pena tendo como pressuposto o encerramento das vias ordinárias para tanto. O processo continua na via extraordinária, mas já com o acusado cumprindo pena, sem sequer preencher os requisitos da prisão cautelar.

O instituto da execução da pena na pendência de recursos especial e extraordinário acaba por comprometer a liberdade do acusado, que durante todo o curso do processo penal, tem o direito de responder em liberdade, visto que não apresenta os requisitos que fundamentam a sua prisão.

Desse modo, a antecipação da pena nessas circunstâncias, torna-se incompatível com o texto Constitucional, apenas sendo possível a prisão antes do trânsito em julgado, quando decretada a título de medida cautelar.

Nesse sentido, não se pode confundir, portanto, a prisão penal (prisão-pena) com a prisão cautelar (prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva). A prisão cautelar é uma modalidade de prisão autorizada pelo ordenamento jurídico de maneira excepcional, desde que demonstrada sua urgência e necessidade, para garantir o devido processo legal e evitar que o acusado pratique algum ato que impossibilite a produção de provas.

A prisão cautelar, além de ter previsão legal, apenas é cabível em casos de extrema necessidade, em razão do efetivo processo legal, devendo apresentar os requisitos

que a autorizam. Frisa-se ainda que, pode ser revogada a qualquer tempo, uma vez que os motivos que a possibilitaram não mais subsistam.

Ao contrário da pena, a prisão cautelar antecede a culpa, sendo possível desde que presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, que apresenta a seguinte redação: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, ou ainda em caso de descumprimento de outras medidas cautelares.

Por outro lado, a prisão-pena tem por finalidade punir aquele que atentou contra a ordem jurídica, com caráter retributivo e ressocializador. Logo, a execução antecipada da pena em razão de acórdão condenatório proferido em segunda instância, trata-se de prisão sem previsão legal.

Tem-se como requisito da prisão a condenação em segunda instância, pressuposto esse que não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio. Nessa linha de entendimento, considerando que não existe possibilidade de revogação de sua decretação, tal prisão perde seu caráter provisório, passando a ser definitiva.

Ora, se não há possibilidades de revogação da prisão em comento, denota-se que há um afastamento da sua provisoriedade, tornando-a definitiva, verificando, portanto uma inversão acerca da sua finalidade. Não se trata de prisão provisória com o escopo de evitar recursos protelatórios, prescrição e impunidade penal, mas sim, de cumprimento da pena de forma efetiva, antes mesmo do término do processo penal.

Sobre os tipos de prisão, Lenio Streck (2016) entende que a previsão do artigo 283 do CPP, busca prever todas as formas de prisões aceitáveis. Em seu artigo, o referido autor aduz que:

O artigo 283 do CPP foi elaborado justamente para assentar quais são os tipos de prisão penais são constitucionalmente aceitáveis. Ele veio para regular um problema processual penal — e não para "varrer do mundo" todas as outras prisões de cunho civil ou administrativo. O argumento parece não ter sido bem escolhido. O dispositivo não teve como objetivo varrer essas prisões, e sim varrer uma específica: a que antecipa pena. E isso está nos limites semânticos da Constituição. Justamente estes limites semânticos que foram utilizados em 2009 e que não foram suplantados em 2016. Não preciso, aqui, falar de Hesse e tantos outros autores que trabalharam a questão da força normativa da Constituição. Que envolve o respeito aos limites semânticos. (STRECK, 2016)

Nessa linha de entendimento, é importante compreender o momento em que nosso ordenamento jurídico permite a execução da prisão-pena, que pode apenas ser

aplicada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que o princípio da presunção de inocência perde a sua eficácia.

Nesse sentido, ressalta-se que a Carta Magna promoveu, que toda prisão antes do trânsito em julgado deva se fundar em ordem escrita e fundamentada, devendo se ajustar na necessidade ou indispensabilidade da sua decretação.

Ante o exposto, percebe-se que houve a relativização do princípio da presunção de inocência, no sentido de não mais permitir que após condenação em segunda instância, seja possível aguardar o julgamento de possível recurso interposto em liberdade. Até o presente momento, entende-se, portanto, pelo efeito automático da prisão após o exaurimento das instâncias ordinárias.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo possibilitou a compreensão sobre a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema comentado, analisando a adequação constitucional do entendimento firmado pela Suprema Corte, nas decisões tomadas no HC 126.292/SP e nas liminares das ADC's 43 e 44.

Pelo estudo da execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, percebe-se que o preceito insculpido no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, não vem sendo observado pela Suprema Corte, que entende até o momento pela constitucionalidade da execução provisória da pena após julgamento, em grau de apelação, de sentença condenatória.

No entanto, com esse entendimento, o princípio da presunção de inocência passa a ser mitigado, pela violação direta do contexto semântico do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ante o exposto, conclui-se que a execução provisória da pena importa em extrema violação a Constituição Federal de 1988, comprometendo a garantia da presunção de inocência através da relativização do princípio em questão. Sendo imprescindível a correta interpretação do texto constitucional para garantir maior efetividade dos seus preceitos.

Sustenta-se, portanto, pela impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, uma vez que, a prisão decretada antes do exaurimento dos meios recursais, configura-se prisão não prevista em lei, tornando-se apenas legítima a privação de

liberdade, em última hipótese e se atendidos os requisitos do aprisionamento cautelar previsto no Código de Processo Penal ou, nos termos da Súmula 716 do STF.

Por fim, é importante ressaltar que a reformulação da decisão não se trate de impedir que alguém seja preso em segunda instância, ou em qualquer outra, uma vez que a nossa Constituição não veda a prisão antes do trânsito em julgado.

Na realidade, o que não se permite é a execução antecipada da pena, sendo apenas consagrado pela Carta Magna a prisão cautelar antes do trânsito em julgado, de maneira excepcional.

Dessa forma, sustenta-se que aquelas pessoas que não têm os requisitos que fundamentem a prisão preventiva, têm o direito de aguardar o trânsito em julgado de sua sentença condenatória para então, após sua preclusão, começarem a cumprir a pena.

## REFERÊNCIAS

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009. 278 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 22 de nov. 2019.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 22 de nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 126.292. Relator: ZAVASCKI, Teori. **DJE de 17/02/2016**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 25 de nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 84.078. Relator: GRAU, Eros. **DJE de 05/02/2009.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil:** Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 188 p.

CAVALCANTE, André Nogueira. **Ficha limpa e presunção de inocência:** Da inelegibilidade por condenação criminal não definitiva. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. 240 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A Execução Provisória da Pena e o Princípio da Presunção de Inocência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 185 p.

STRECK, Lenio Luiz. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 23 out. 2019

STRECK, Lenio Luiz. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 23 out. 2019

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 12ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.