

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA  
DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO – *CAMPUS VIII*  
BACHARELADO DE DIREITO**

João Henrique Bastos Lopes Pereira

**A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA: uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.**

**PAULO AFONSO – BA**

**2024**

João Henrique Bastos Lopes Pereira

**A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA: uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito da Universidade Estadual da Bahia,  
como requisito parcial à obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Ivaldo de Brito  
Ferreira

**Paulo Afonso/BA**

**2025**

João Henrique Bastos Lopes Pereira

**A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA: uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.**

Trabalho de conclusão de curso (TCC)  
apresentado ao departamento de Ciências  
Humanas, da Universidade do Estado da  
Bahia, como parte do requisito necessário  
à obtenção do título de bacharel em direito.

Data de aprovação: 20 de fevereiro de 2025.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. José Ivaldo de Brito Ferreira (orientador)

Universidade Estadual da Bahia

---

Prof. Me. Kelly Cordeiro Antas (Avaliador (a))

Universidade Estadual da Bahia

---

Prof. Me. Daniel Angeli de Almeida (Avaliador)

UNIRIOS



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA – UNEB**  
**Departamento de Educação - DEDC - Campus VIII**  
**Colegiado de Direito**

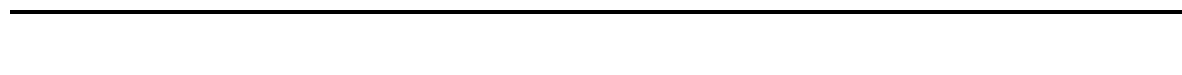
**Ata de Apresentação de Monografia**


Aos 20 dias do mês de fevereiro do ano de 2025, na UNEB – Campus VIII, situada à Rua do Bom Conselho, 179 – Acampamento CHESF, na cidade de Paulo Afonso – BA, às 18:00 horas, reuniu-se a banca examinadora composta pelos membros: PROF. ME. JOSÉ IVALDO DE BRITO FERREIRA (ORIENTADOR) – UNEB/DEDC VIII; PROF. ME. KELLY CORDEIRO ANTAS – UNEB/DEDC VIII e PROF. ME. DANIEL ANGELI DE ALMEIDA – UNIRIOS.

Em seguida, dando início ao evento, o Presidente da banca examinadora, convocou o aluno (a) JOÃO HENRIQUE BASTOS LOPES PEREIRA para apresentação da monografia intitulada: A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL., com o tempo de 20 minutos, para explanação e 30 minutos para arguição da banca tendo cada participante o tempo de 10 minutos.


Após esse período, o Presidente da banca examinadora, solicitou a saída do aluno (a) e demais presentes para o fechamento da nota com os outros membros da banca. Em recinto fechado, a banca examinadora aprovou a monografia atribuindo nota 9,0 (Nove) ao (a) referido (a) aluno (a), tornando-o parcialmente apto à obtenção do título de Bacharelado em Direito.


Tendo o mesmo o prazo de 30 dias a contar com a data de apresentação para efetuar as alterações sugeridas pela banca, bem como submeter à Comissão de Monografia o exemplar corrigido, bem como aqueles contendo as correções indicadas pelos membros da banca. Não havendo mais nada a tratar, o Presidente da banca finalizou a sessão. Eu, JOSÉ IVALDO DE BRITO FERREIRA, Presidente da Banca, lavrei a seguinte ata que, depois de lida e aprovada, será assinada pela banca examinadora e o aluno.



Documento assinado digitalmente  
 **JOSE IVALDO DE BRITO FERREIRA**  
 Data: 25/02/2025 14:03:34-0300  
 Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Documento assinado digitalmente  
 **DANIEL ANGELI DE ALMEIDA**  
 Data: 25/02/2025 20:28:58-0300  
 Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Documento assinado digitalmente  
 **KELLY CORDEIRO ANTAS**  
 Data: 25/02/2025 22:30:21-0300  
 Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Documento assinado digitalmente  
 **JOAO HENRIQUE BASTOS LOPES PEREIRA**  
 Data: 25/02/2025 22:59:11-0300  
 Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Paulo Afonso, 20 de fevereiro de 2025.

Rua do Bom Conselho, 179 – Alves de Souza – Paulo Afonso – Bahia – 48608.230.  
 Fone/Fax (75) 3281 6585 / 3281 7364

## DEDICATÓRIA

Dedico em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Aos meus pais, irmãos, minha namorada e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus pela oportunidade de chegar até aqui, pois sem ele não sou nada.

Segundo, agradeço aos meus pais por todo o esforço que fizeram e fazem para que eu conquiste meus objetivos e que eu possa estudar.

Terceiro, agradeço a minha namorada que sempre esteve ao meu lado e muitas vezes acreditou mais em mim do que eu mesmo, e toda a minha família que contribuiu de alguma forma para o meu crescimento pessoal e intelectual.

Agradeço aos meus amigos que fiz no decorrer dos anos na universidade, aos quais compartilhei momentos de felicidade e troca de conhecimento.

E agradeço aos professores pelos momentos de conhecimento e produtividade, em especial ao meu orientador, por me orientar na produção dessa monografia, e aos funcionários que fazem parte da Universidade Estadual da Bahia.

## RESUMO

A presente monografia tem por escopo analisar a execução provisória da sentença penal condenatória (ou da pena) em segunda instância sob a ótica dos princípios constitucionais assegurados pela constituição federal de 1988, especialmente, do princípio da presunção de inocência previsto no seu artigo 5, LVII e, também, das alterações no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O objetivo é analisar as decisões da Suprema Corte desde o ano de 2009 até os dias atuais, através do posicionamento de alguns ministros, trazendo à discussão a instabilidade jurídica decorrente destas sucessivas alterações, uma vez que viola seriamente garantias e preceitos fundamentais estabelecidos na carta magna, sobretudo, a presunção de inocência. Para tanto, o estudo foi desenvolvido com base na legislação processual penal, constitucional e jurisprudencial e no posicionamento doutrinário sobre o tema.

**Palavras-chave:** Constituição. Cumprimento de pena em segunda instância. Presunção de inocência. Segurança jurídica.

## ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the provisional execution of the criminal conviction (or sentence) in the second instance from the perspective of the constitutional principles guaranteed by the 1988 federal constitution, especially the principle of presumption of innocence provided for in its article 5, LVII and, also, the changes in the understanding of the Federal Supreme Court on the subject. The objective is to analyze the decisions of the Supreme Court from 2009 to the present day, through the position of some ministers, bringing to discussion the legal instability resulting from these successive changes, since it seriously violates fundamental guarantees and precepts established in the Magna Carta, above all, the presumption of innocence. To this end, the study was developed based on criminal procedural, constitutional and jurisprudential legislation and the doctrinal position on the topic.

**Keywords:** Constitution. Serving a sentence in the second instance. Presumption of innocence. Legal security.

## LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

CP – Código Penal

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

HC – Habeas Corpus

ECI – Estado de Coisa Inconstitucional

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....</b>	<b>11</b>
2.1 Os princípios constitucionais e sua função no processo penal.....	12
2.2 Considerações acerca do princípio da presunção de inocência.....	14
<b>3 DAS PRISÕES PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>18</b>
3.1 Prisões cautelares.....	19
3.2 Prisão pena.....	25
3.3. Teorias sobre funções, fins e justificativas da pena.....	26
<b>4 A EXECUÇÃO DA PRÓVISORIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>29</b>
4.1 Da execução provisória da pena.....	30
4.2 Julgados do STF sobre a execução provisória da pena entre o ano de 2009 até 2024.....	32
<b>5 CONCLUSÃO</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho acadêmico, pretende-se analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento provisório da pena após acordo condenatório recorrível à luz dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988, sobretudo do princípio da presunção de inocência, disciplinado no artigo seu artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A temática ganha relevância em razão da importância da discussão acadêmica e jurídica acerca da oscilação no entendimento firmado pela Suprema Corte, permitindo o cumprimento de pena de forma antecipada, destacando-se o Habeas Corpus 84.078, o HC 126.292 e as Ações de Declaração de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Tais julgamentos, trouxeram uma visão divergente e conflituosa pelos juristas e estudiosos de todo o Brasil. O primeiro, fixado em meados de 2009, o segundo, no ano de 2016, encerrando o conflito somente em novembro de 2019, ocasião em que ficou proibida a execução da pena após condenação em segunda instância.

Nesse contexto, denota-se que, ora a Suprema corte assegurava o mandamento fundamental constitucional, ora feria o mesmo dispositivo e, também, o que preconiza a convenção Interamericana de Direitos Humanos, trazendo, dessa forma, a sensação de instabilidade jurídica, a influência social nas decisões do judiciário e ofensa ao princípio da presunção de inocência.

A monografia em questão irá desenvolver-se através de três capítulos. Em seu primeiro capítulo, será abordada a Constituição Federal, seus princípios e sua função no Direito Processual Penal, dando ênfase ao princípio da presunção de inocência.

No segundo capítulo tratará das prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo a distinção sobre elas, bem como, as teorias que justificam à sua existência e explicam a sua finalidade.

No terceiro e último capítulo será abordado a execução provisória da pena e o motivo pelo qual o tema ganhou grande repercussão, trazendo a lume os principais posicionamentos dos Ministros do STF nos julgamentos realizados entre os anos de 2009 e 2019, imprescindível para compreensão da celeuma discutida, no que se refere à ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Para tanto, o estudo foi realizado a partir de fontes bibliográficas, como obras teóricas acerca do tema, legislação e informativos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Utilizamos de raciocínio dedutivo, visto que a análise partiu de uma formulação geral para alcance da abrangência do princípio da presunção de inocência, como um direito humano fundamental e, se a Corte, diante da oscilação em seus posicionamentos, confirma ou relativiza essa formulação.

Embora a celeuma acerca da possibilidade da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tenha se findado com o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o que se verifica é a insegurança jurídica instaurada pelas alterações no entendimento da Suprema Corte, a quem caberia a guarda, o zelo e o respeito mais elevados aos preceitos previstos na Constituição Federal.

## **2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

A Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e ficou conhecida como “Constituição cidadã”, uma vez que foi marcada por movimentos e protestos do povo em oposição à ditadura militar instaurada no ano de 1964, durante o Governo de Vargas.

A Constituição Federal de 1988 consolidou a transição de um Estado autoritário para um Estado democrático de direito, trazendo significativos avanços no que concerne aos direitos sociais, garantias fundamentais e na organização política e estrutural do Estado brasileiro, direitos estes relativizados e desrespeitados no governo autoritário.

Na sua elaboração, é imperioso destacar o grande movimento popular que ocorreu nas principais capitais do país demandando a nova ordem constitucional e a retomada das eleições diretas (voto popular) para eleger um novo Presidente da República do Brasil. Esse movimento ficou conhecido por “Diretas já”, e foi crucial para a aceleração do processo de redemocratização.

Em 1985, por meio de eleição indireta realizada pelo colégio eleitoral, Tancredo Neves foi eleito à presidência da república, entretanto, veio a falecer antes que tomasse posse do cargo, vindo a ocupá-lo o vice-presidente José Sarney, que passou a cumprir com as promessas da campanha, marcando o fim da ditadura militar,

iniciando a transição do país para a democracia. As eleições para presidente através do voto direto foram restabelecidas no ano de 1989, ocasião em Fernando Collor de Mello foi eleito a presidente.

Com isso, Sarney enviou ao Congresso nacional projeto de emenda à constituição com o objetivo de convocar a Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração de uma constituição democrática para o país, que foi instalada no dia 01 de fevereiro de 1987. Com a instauração da Assembleia Nacional Constituinte, foram formadas comissões para discussão e elaboração da Constituição cidadã, com o apoio da população.

Depois de promulgada, a Constituição sofreu diversas modificações em seu corpo, o que se deu por meio de emendas constitucionais (única forma de alterar formalmente e materialmente a Constituição Federal), realizadas pelo poder constituinte reformador, no qual incube a reforma da Constituição após 5 (cinco) anos de sua entrada em vigor.

Essas reiteradas mudanças têm como finalidade a adaptação do texto normativo às necessidades contemporâneas, tendo em vista que com o passar do tempo os direitos vão surgindo, evoluindo e sendo acrescentados por tratados internacionais, onde o Brasil passa a ser signatário. É por esse motivo, entre outros, que a Constituição Federal tem a característica de garantidora, pois, traz em seu bojo muitos direitos fundamentais, com previsão no seu art. 5º.

De igual modo, ao lado dos direitos fundamentais e partilhando da mesma importância, encontram-se os princípios fundamentais da Constituição brasileira, de observância necessária e obrigatória, são o ponto de partida de toda atuação dos entes estatais e assumem um papel de limitador na atuação destes órgãos, fazendo prevalecer o Estado Democrático de Direito.

## 2.1 Os princípios constitucionais e sua função no processo penal

Como visto, os princípios constitucionais são verdadeiras normas fundamentais e, portanto, devem ser seguidos pelos diversos ramos do direito brasileiro, como o direito processual penal, instrumento utilizado para aplicação da lei penal. Embora o direito processual penal seja um meio em que o Estado se utiliza para a efetivação do seu poder punitivo, deve também servir como instrumento de garantias fundamentais aos réus no processo.

Por muito tempo o direito processual penal era tido como inquisitivo, sem a necessidade do contraditório e da ampla defesa, onde o réu era tratado como mero objeto e não como um sujeito de direito. Com o passar do tempo, com a ideia de constitucionalizá-lo e com o surgimento de princípios adotados pelo Estado brasileiro em tratados internacionais, foram surgindo garantias de grande importância aos sujeitos do processo.

Essa constitucionalização surge com os princípios constitucionais implementados com a proclamação da atual Constituição. A exemplo disso, foi a adoção do princípio do devido processo legal, que teve origem na Magna Carta inglesa de 1215, criado por João Sem Terra, mas somente foi adotado pelo Brasil em 1988. Esse princípio consiste em garantir que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A observância a esse princípio tem por escopo garantir um processo justo e com respeito à estrita letra da lei, seguindo o rito estabelecido, evitando que haja a violação de direitos humanos, como por exemplo, ao direito a uma defesa eficiente durante o processo, sob pena de nulidade processual caso não seja respeitado.

Outro princípio importante é o princípio da imparcialidade do juiz, previsto no art. 5º, LIII, o qual dispõe que “ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente” (Brasil, 2025, *online*). Este princípio traz uma garantia ao réu de ter o seu julgamento realizado por um julgador competente, investido de conhecimento e que atue com atenção às regras necessárias para o deslinde do caso, isso é o que pensa Norberto Avena (2023, p. 30),

“(...) assegurar ao acusado o direito de ser submetido a processo e julgamento não apenas no juízo competente, como também por órgão do Poder Judiciário regularmente investido, imparcial e, sobretudo, previamente conhecido segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à prática da infração penal.”

Assim, nota-se que o autor traz a ideia de que o juiz natural é aquele que agirá dentro dos ditames da lei e que é munido de conhecimento e competência suficiente para conduzir o processo de forma justa e igualitária.

O princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º LV, está ligado ao contraditório e traz consigo três garantias fundamentais para o processo penal, quais sejam: o direito à informação, a bilateralidade da audiência e direito a prova obtida ou legalmente constituída.

O primeiro, permite que o réu tenha conhecimento de tudo o que é feito no processo, uma vez que ele precisará elaborar sua defesa diante das acusações que foram impostas. O segundo, significa que ambas as partes devem ser ouvidas pelo juiz antes que seja tomada qualquer decisão no processo, o que garante a possibilidade de influenciar no convencimento do juízo. Já o direito a prova obtida ou legalmente constituída, consiste em uma faculdade dada às partes de produzir provas a serem valoradas pelo magistrado, com o objetivo de busca pela verdade real, desde que sejam relevantes e lícitas.

Por fim, outro o princípio de grande relevância é o do duplo grau de jurisdição, apesar de implícito no texto constitucional, aparecendo no rol de competências dos tribunais superiores e no de superposição (o STF), garante ao réu o direito a recorrer de decisões interlocutórias tomadas por juízos de primeiro grau, ou seja, garante a revisão de decisões por meio de recursos.

Ainda, o princípio do duplo grau de jurisdição tem sido bastante utilizado para a declaração de inconstitucionalidade de normas processuais, como exemplo cita-se o art. 595, revogado pela lei nº. 12.403/2011, que tornava deserta a apelação do réu caso ele viesse a fugir da prisão após interposição do respectivo recurso. Notadamente, tal dispositivo configurava verdadeiro cerceamento de defesa e grave violação ao princípio em comento, bem como ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

## 2.2 Considerações acerca do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), demasiadamente importante para o processo penal, teve origem com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que o proclamou em seu artigo 9º. Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, estabeleceu em seu art. 11.1 que “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. (Brasil, 2024, *online*).

Em seguida, diversos tratados internacionais passaram a adotar e positivar em seus textos normativos o princípio em comento, dentre os quais destaca-se os

seguintes: Convenção Europeia para a proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950 (art. 6.2); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, (art. 14.2) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (art. 8º, parágrafo 2º).

Nesse sentido, restou estabelecido que todo e qualquer cidadão que se viesse a ser investigado e julgado pela justiça criminal passaria a ser visto como um sujeito de direitos, devendo ter suas garantias preservadas, sendo alvo de medidas cautelares somente quando provado a autoria na conduta delitiva e a materialidade do fato.

A presunção de inocência passa a realizar mudanças no processo penal, que antes era um sistema inquisitivo, onde o réu era tratado como mero objeto do processo e tinha suprimido direitos relevantes, e passa a adotar o sistema acusatório ou garantista, permitindo a proteção do *jus libertatis* em face do *jus puniendi* do Estado acusador. Essa presunção não se limita apenas ao direito processual penal, se estende por outros ramos do direito, cujo haja a possibilidade de condenação do réu em uma sentença.

O princípio da presunção de inocência passou a ser expressamente previsto na Constituição Federal de 1988. Trata-se de um princípio basilar da Constituição democrática, que visa tutelar a liberdade do indivíduo que responde a um processo perante a justiça criminal, servindo também como uma garantia processual e encontra-se positivado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (Brasil, 2024, *online*)

Compreende-se do respectivo inciso que, o réu, não será levado ao cárcere antes que tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória. Assim, entende-se que o trânsito em julgado de uma sentença ocorre no momento em que se esgota todos os recursos cabíveis para ambas as partes na ação penal.

Dessa forma, o princípio da presunção de inocência serve como verdadeiro sobrepeso (limitador) para as prisões arbitrárias que possam vir a serem realizadas durante o processo e inquérito policial. Até mesmo na busca pela verdade real deve ser respeitado os direitos individuais, inerentes ao ser humano.

Percebe-se flagrante violação ao princípio da presunção de inocência quando há a imposição de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais sem que haja indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva.

Com base no referido princípio, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não recepção pela Constituição do art. 595 do CPP, que condicionava o direito de do réu de recorrer contra sentença judicial condenatória ao recolhimento ao cárcere:

“Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.” (BRASIL, 2024, *online*)

O artigo viola a presunção de inocência, bem como cerceia o direito de ampla defesa e contraditório do réu, à medida que condiciona o direito de recorrer a se apresentar para que lhe seja imposto uma medida cautelar ou até mesmo uma prisão pena.

Nesse sentido, com base neste princípio, houve a revogação da súmula n. 9 do STJ, que dizia o seguinte: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. (Brasil, 2025, *online*), ocasião em que o tribunal editou a súmula 347, passando a compartilhar do entendimento majoritário, a qual dispõe que: “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. (Brasil, 2025, *online*).

Desse princípio, extraem-se duas regras fundamentais, a primeira se trata do *in dubio pro reo*, o qual preceitua que havendo dúvida acerca da materialidade do crime, por falta de provas, a interpretação do julgador deve se dar em favor do acusado. Assim, a parte acusadora deve comprovar por meio de lastro probatório suficiente, a culpabilidade do réu, dessa forma, o ônus probatório fica a cargo da acusação.

Essa regra tem influência tanto no momento da produção de provas, como no momento da sua valoração pelo juízo. Assim, caso não seja comprovada por meios idôneos que o fato existiu, a materialidade delitiva e a autoria daquele que está sendo acusado, não deve ser proferida uma sentença condenatória, mas absolutória, pois nas palavras de Renato Brasileiro (2023, p. 53), “[...] inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado, à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo”. Desta regra decorre o direito ao silêncio, que traz uma garantia ao réu de não autoincriminação.

A segunda é a regra de tratamento durante a ação penal. Nesse ponto, o mandamento precípua é a liberdade, a privação de liberdade do investigado, indiciado ou acusado é uma exceção. Dessa forma, as prisões cautelares ganham verdadeiro caráter excepcional, só devendo ser aplicadas nos casos previstos em lei e quando configurada a sua necessidade no caso concreto, conforme preceitua o art. 5º, LXI da Constituição Federal. Portanto, em nenhuma hipótese as medidas cautelares devem ser utilizadas como forma de execução antecipada da pena.

Outro ponto a ser observado é como o réu deve ser tratado no curso da ação penal. Não resta dúvida de que existem garantias fundamentais que devem ser preservadas, como o direito a imagem, a dignidade da pessoa humana, a vida privada do indivíduo, entre outros, com objeto, inclusive, de proteção contra juízos de valores ou estigmatização feitas pelas mídias sociais, capazes de dificultar as interações sociais e gerar prejuízos irreversíveis.

Outrossim, o réu deve ser tratado como inocente até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória nas ações penais em curso ou após absolvições por insuficiência de provas e etc., bem como durante inquéritos policiais.

Nesse sentido, inquéritos policiais e ações penais em curso não devem ser interpretadas em desfavor do réu, como forma de discriminação, e utilizadas, por exemplo, como impeditivos à realização de concursos públicos, como já se posicionou a Suprema Corte em Tese de Repercussão Geral fixada no tema n. 22:

Sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal.  
(Brasil, 2025, *online*)

Também já se manifestou o STJ no sentido de que não cabe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em trâmite para agravar a pena-base, nos termos da súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

Atualmente, o entendimento acerca da limitação na utilização de inquéritos policiais e ações penais em desfavor do réu é majoritário e baseia-se no princípio da presunção de inocência, corolário fundamental de um Estado democrático de direito.

### 3. DAS PRISÕES PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste capítulo, será tratado o tema das prisões, abordando as prisões cautelares a prisão pena e as teorias que fundamentam a finalidade da pena. A distinção sobre a modalidade das prisões é relevante para a compreensão do momento em que cada uma irá incidir, seja na fase de investigação criminal, seja após finalizada a ação penal. Ademais, serão explanados os princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro relevantes na aplicação destas prisões, os quais devem ser seguidos e respeitados.

Inicialmente, cumpre esclarecer que as prisões podem ser aplicadas quando um agente comete uma infração penal, seja crime ou contravenção penal, capaz de lesar um bem juridicamente tutelado pelo direito penal. É importante lembrar que o Código Penal, também conhecido como “código repressor”, é o responsável por prever as condutas descritas como crime, que são aquelas que a sociedade repugna a sua ocorrência no âmbito social.

Nesse sentido, o Estado, regido pelo princípio da intervenção mínima, que tem origem no princípio da fragmentariedade, criminaliza as condutas humanas e, ao mesmo tempo, proporciona a proteção de bens valiosos aos seres humanos, como o direito fundamental à vida. Os crimes contra a vida resultam de condutas que colocam em perigo a vida humana, e se encontram tipificados nos artigos 121 a 128 do Código Penal.

O Direito Penal, entretanto, só é aplicado em *ultima ratio*, ou seja, somente quando os demais ramos do ordenamento jurídico não forem suficientes para tutelar os bens jurídicos considerados de maior importância para o ordenamento jurídico e para a sociedade, conforme leciona Cesa Roberto Bitencourt (2019, p. 58):

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

A prisão, à luz do doutrinador Renato Brasileiro, “deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade competente”. (2023, p. 871).

Portanto, pode entender-se que a prisão é uma medida de restrição de liberdade à pessoa humana, que retira o indivíduo do convívio social e o coloca em um isolamento, como forma de punição, retribuição e ressocialização pelo ilícito cometido, por esse motivo, deve ser aplicada de forma subsidiária.

### 3.1 Prisões cautelares

As prisões, sejam elas cautelares ou decorrentes de pena, são medidas de caráter pessoal. A prisão cautelar é uma modalidade processual de caráter meramente provisório e excepcional, quando necessária à regular instrução criminal, como por exemplo, evitando com isso que novos atos sejam cometidos pelo agente e até mesmo como medida de proteção à sociedade.

Vale lembrar que a prisão cautelar jamais poderá ser usada pelo Estado como meio de punição ou forma de antecipação da pena, esse é o entendimento majoritário dos tribunais superiores.

Inicialmente, essas prisões encontram fundamento na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LXI, que prevê,

LXI - 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; (Brasil, p. 2024, *online*)

É notório que nesse inciso o Poder Constituinte deixou claro que a liberdade do indivíduo é a regra, tendo como exceção a restrição desse direito fundamental às pessoas que infringem uma norma proibitiva, estabelecendo as hipóteses em que aquele direito poderá ser mitigado.

No processo penal, existem três modalidades de prisões cautelares: prisão em flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva.

A prisão em flagrante, será realizada no momento em que o agente é encontrado cometendo um crime, quando acaba de cometê-lo ou é perseguido, logo depois, com elementos que indiquem ser ele o autor do delito. Assim é o que estabelece a legislação:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;  
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (Brasil, 2024, *online*)

Conforme se vislumbra, a prisão em flagrante é uma medida cautelar que dispensa ordem da autoridade judicial por escrito, podendo, inclusive, o autor do delito, ser detido por civis.

A doutrina majoritária entende que essa modalidade de prisão tem natureza precauteladora, excepcional, urgente, tendo sua fragilidade marcada pela possibilidade de ser imposta por particulares e autoridades policiais, razão pela qual somente se justifica por sua curta duração, tornando-se imprescindível a análise pela autoridade judicial em até 24 horas, através de uma audiência de custódia, como bem leciona o mestre Aury Lopes Jr (2023, p. 27),

A prisão em flagrante é uma medida precauteladora, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas.

Assim, após a condução do preso até a delegacia, deverá ser comunicado imediatamente ao juiz competente para que seja realizada a audiência de custódia, mediante a presença do acusado, do seu advogado ou de um defensor público e do representante do ministério público, nos termos do que dispõe o art. 310, do CPP. Ato contínuo, após a apresentação dos argumentos apresentados pela defesa e pelo ministério público, o juiz decidirá se a prisão em flagrante será relaxada e o agente será posto em liberdade, com ou sem fiança, ou se a prisão, caso presente os requisitos será convertida em preventiva.

A prisão preventiva, possui natureza cautelar, provisória, e excepcional, podendo ser decretada pelo juiz a qualquer tempo, mediante requerimento ou representação, conforme prevê o art. 311, do Código de Processo penal, com vistas a garantir a ordem pública, a utilidade da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, desde que preenchidos os requisitos que a autorizem.

Nesse sentido também é a definição de Fernando Capez (2024, p. 194),

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Por se tratar de uma prisão com maior rigor, somente deverá ser decretada pelo juiz nas hipóteses previstas expressamente em lei, nos termos dos artigos 312 e 313, do CPP, não podendo jamais ser decretada de ofício pelo magistrado.

Ademais, a decretação da prisão preventiva deve estar fundamentada em indícios suficientes da autoria e materialidade do delito (*fumus commissi delicti*), bem como no perigo resultante do estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*). Além destes, existem outros requisitos disciplinados no artigo 313, do CPP, que devem ser observados pelo magistrado no momento de decretação, sob pena de ilegalidade ou abuso de autoridade, quais sejam:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Outro requisito importante que deve estar presente na motivação do magistrado para a decretação da prisão preventiva é a de que os fatos a ensejarem sejam novos e contemporâneos. Esse entendimento está previsto no CPP, em seu artigo 315, § 1º, e recentemente vem ganhado força nos tribunais superiores:

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Importa ressaltar que o legislador se preocupou em deixar expresso no Código de Processo Penal que a prisão preventiva não poderá ser utilizada como cumprimento de pena antecipado, e sua manutenção não deve perdurar por mais tempo que o necessário, devendo o réu ser posto em liberdade quando os motivos que a autorizam não mais existirem. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] a prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (CPP, art. 312, § 2º). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu apresenta para os meios ou os fins do processo penal conforme dispõe o CPP, arts. 312 e 315” (STJ, HC 633.110/MG, Rel. Min Rogério Schietti Cruz, DJe 19-3-2021).

Embora a legislação processual penal não tenha estabelecido um prazo mínimo de duração para a prisão preventiva, assim como fora estabelecido para a prisão em flagrante e a prisão temporária, o artigo 316, parágrafo único, do CPP, dispõe que a prisão preventiva deverá ser revista, de ofício, a cada 90 (noventa) dias, pelo órgão que a decretou, de modo que seja verificado se há a necessidade de sua manutenção, afim de evitar arbitrariedades ou tornar a prisão ilegal, *in verbis*:

[...] Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Brasil, 2024, *online*)

Não obstante, se excedido o prazo de 90 (noventa) dias, sem que tenha ocorrido a reavaliação dos motivos ensejadores da prisão, na forma acima descrita, a prisão não será automaticamente revogada, antes disso, é necessário que o juízo competente seja instado a reavaliar se a sua manutenção ainda se justifica. Nesse sentido, também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 2021, na Ação Direta (ADI) 6581, onde julgou parcialmente procedente a ação e interpretou o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP) de acordo com a Constituição, *in verbis*:

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, concedendo ao artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal interpretação conforme a Constituição, no seguinte sentido: (i) a

inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (noventa) dias, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos; [...] (Brasil, 2024, *online*)

Por fim, a prisão temporária, disciplinada na legislação especial de nº 9.760, de 21 de dezembro de 1989, se trata de uma medida cautelar, excepcional, que cabe apenas nas hipóteses previstas em lei, em conformidade com princípio da taxatividade.

Renato Brasileiro, conceitua a referida medida cautelar da seguinte forma (2023, p. 995):

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação de liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da lei nº 9.960/98, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º § 4º).

Seu surgimento encontra respaldo no fim da prisão por averiguação, onde órgãos policiais realizavam prisões de forma aleatória, sem que houvesse uma investigação instaurada, para verificar se os suspeitos possuíam algum antecedente criminal, principalmente em regiões com grande percentual de criminalidade, vulgarmente denominadas de áreas vermelhas. Essa modalidade de prisão não dependia de autorização judicial, era necessário apenas a comunicação posterior ao Poder Judiciário.

É cabível somente na fase de inquérito policial, ficando a cargo da autoridade de polícia e do Ministério Público representar ou requerer ao juízo a sua decretação, o qual terá o prazo de 24 horas para analisar e decidir. É uma prisão que visa auxiliar as investigações policiais em crimes graves e de difícil elucidação, por isso, a respectiva fixa no art. 1º, da lei nº 9.760/89, o rol de crimes que ensejará a citada:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
  - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
  - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
  - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Brasil, 2025, *online*).

No que concerne ao prazo, a prisão temporária possui o prazo de 5 dias, podendo ser prorrogada por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade, ressalvados os crimes dispostos na lei de crime hediondos (8.072/90), ocasião em o prazo passará a ser de 30(trinta) dias, utilizando os mesmos critérios para a renovação do prazo.

As prisões cautelares devem ser aplicadas com a observância de princípios que regem a sua aplicação. Os princípios expressos na legislação processual penal são: princípio da necessidade e princípio da adequação, previstos no art. 282, do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

- I – Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II – Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O primeiro, princípio da necessidade, é um dos mais importantes princípios que rege as medidas cautelares e segue o entendimento de que não deve ser aplicada nenhuma medida cautelar se não for oportuna e útil, nesse sentido leciona Noberto Avena (2023, 879):

Nesta linha, conclui-se que, relativamente ao princípio da necessidade, tanto a prisão preventiva quanto as medidas cautelares alternativas dos arts. 319 e 320 poderão ser aplicadas quando, efetivamente, revelarem-se necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais, tal como externado no art. 282, I, do CPP.

O segundo, princípio da adequação ou proporcionalidade, significa dizer que deve existir, na aplicação da cautelar, adequação à gravidade do crime, suas circunstâncias e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Dessa forma, torna-se adequado, por exemplo, a aplicação de uma medida cautelar de proibição de contato com a vítima e com seus familiares no caso de crimes de violência doméstica contra a mulher. De igual modo, não seria adequado uma aplicação de prisão domiciliar a quem está sendo indiciado ou acusado por um crime de estelionato, tendo em vista que uma das finalidades da medida cautelar é prevenir o cometimento de novos delitos.

Por fim, vale falar sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, princípio este que está implícito no Código de Processo Penal, mas guarda grande relevância para a prática processual. Ele traz a ideia de que a medida aplicada deve ser proporcional ao gravame causado, levando em consideração os efeitos que serão auferidos na vida do agente, sopesando se serão proporcionais ao delito cometido.

### 3.2 Prisão pena

A prisão pena, difere das demais prisões anteriormente discutidas, especialmente, por possuir natureza satisfativa e não cautelar. A prisão como pena consiste na condenação propriamente dita, ou seja, decorre de um processo no qual restou caracterizado a culpa do acusado.

A prisão em comento, está disciplinada na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXI, como uma exceção ao direito de liberdade do cidadão brasileiro ou estrangeiro que se encontre no território nacional e deve ser decretada após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

No Código Penal, sua previsão está disciplinada no art. 32, do Código Penal:

Art. 32. As penas são:  
I - **Privativas de liberdade**;  
II- Restritivas de direitos;  
III- de multa.

A pena privativa de liberdade consiste no poder de limitação ao direito de ir e vir por um certo período de tempo e se subdivide em reclusão, detenção e prisão simples. A pena de reclusão é aplicada aos crimes mais graves, como por exemplo o crime de homicídio (art. 121, CP), o crime de roubo (art. 157, CP), e o crime de estupro

(art. 213, CP). A pena de detenção, é aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo, onde as penas cominadas não são superiores a 2 anos, como é caso do crime de dano na forma simples (art. 163, CP) e lesão corporal leve (art. 129, CP). Já a pena de prisão simples é aplicada nas contravenções penais, como a perturbação do sossego (art. 42, da lei 3.688/41) e a via de fato (art. 21, lei 3.688/41).

Importa destacar que, para o cumprimento da pena de prisão há três modalidades de cumprimento de pena. São eles: fechado, semiaberto e aberto. Quem irá definir o regime será o juiz na sentença condenatória, após calcular tempo que o condenado deverá ficar preso.

No regime fechado, o condenado fica recluso em uma penitenciária, em tempo integral, e somente pode deixar a unidade prisional por meio de autorização, em raríssimas situações previstas na Lei de Execução Penal. Além disso, outra característica do regime fechado que deve ser destacada é a reclusão de presos provisórios, que tiveram a prisão preventiva decretada e ficam aguardando julgamento.

Por outro lado, no regime semiaberto, a pena é cumprida em regime em colônias agrícolas, industriais ou similares. Nesta, a ideia central é que o interno trabalhe e retorne à cela durante à noite. Outrossim, quando preenchido os requisitos estipulados no art. 123, da Lei de Execuções Penais, poderão ter direito à saída temporária.

Já no regime aberto, a execução da pena se cumprirá em casa de albergado ou estabelecimentos similares, conforme disciplina o art. 33 do Código Penal, podendo, o condenado, ausentar-se do local de cumprimento de pena durante o dia para trabalhar ou exercer outra atividade autorizada, devendo ficar recolhido no período noturno ou durante folgas e finais de semana.

### 3.3. Teorias sobre funções, fins e justificativas da pena

O Estado como representante do povo, tem o dever de assegurar a ordem social. Portanto, utiliza-se do Direito Penal, isto é, da pena, como um dos meios para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade.

Nos dias atuais, podemos dizer que a pena e o Estado são conceitos correlacionados. Nesse sentido, Bitencourt, ensina que “a concepção do direito penal

está intimamente relacionada com os efeitos que ele deve produzir, tanto sobre o indivíduo que é objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual atua. Além disso, é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena se justifica por sua necessidade.” (Bitencourt, 2014).

A pena é um recurso imprescindível no qual o Estado recorre para tornar possível uma harmônica convivência entre os homens. Ainda segundo Bitencourt “Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria de Estado corresponde uma teoria da pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a esta, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade”. É com base em tal concepção que o autor justifica a importância do estudo das teorias que cuidam de explicar a finalidade e função das penas. (Bitencourt, 2014).

Nesse seguimento, se fará o exame das vertentes consideradas mais importantes dentre as diversas teorias que explicam o sentido da pena, quais sejam: teorias absolutas; teorias relativas; e teorias unificadoras ou ecléticas.

As Teorias Absolutas ou Retributivas da pena tem como principais representantes Kant e Hegel. Esta consiste em conceber a pena como uma retribuição ao mal que o delito causou, ou seja, encontra-se respaldo na forma mais primitiva de punição, punir por vingança. Nesse sentido, Teles destaca que “as teorias absolutas, chamadas retributivas, traduzem-se na necessidade de retribuir o mal causado (o crime) por outro mal, a pena, e sustentam-se por isso, no velho espírito de vingança que se situa na origem da pena, o que já não é aceitável nos dias modernos” (Teles, 2006).

As Teorias Absolutas são inaceitáveis frente ao nosso ordenamento, tendo em vista que formamos um Estado Democrático de Direito que atua em defesa aos Direitos Humanos e garantias fundamentais, e por isso, uma pena que objetiva a vingança em detrimento do delito, vai totalmente de encontro a estes princípios.

Em contrapartida às Teorias Absolutas, para as Teorias Relativas a pena se justifica como meio de prevenção às práticas delituosas e não para retribuir o fato delituoso. Se for imposto um castigo ao autor do delito, esse se dá para que este não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim, um valor axiológico intrínseco de punir o fato passado, e passa a ser considerada como um meio para o alcance de fins futuros, qual seja, a prevenção de novos delitos.

As Teorias Preventivas dividem-se em prevenção geral e prevenção especial, diferenciando-se em razão do destinatário da prevenção, isto é, o destinatário da prevenção geral é o coletivo social, ao passo que o destinatário da prevenção especial é aquele que cometeu o delito. De acordo com as teorias da prevenção geral, a pena vem a ser uma intimidação para o delincente não voltar a delinquir, compreendendo, desse modo, um instrumento de intimidação geral onde os indivíduos, diante da ameaça de uma imposição da pena, ficam intimidados a não cometer algum delito. Já de acordo com as teorias de prevenção especial a pena atua como meio de prevenir que o delincente volte a delinquir, isto. Nesta última, segue-se o entendimento de que a pena por si só é suficiente para coibir a prática de novos delitos.

As Teorias Mistas ou Unificadoras da Pena tentam agrupar em um único conceito os fins da pena mais destacado pelas teorias absolutas e relativas. Segundo Bitencourt, a finalidade da pena na visão da corrente é a sua prevenção geral tendo em vista seus instintos intimidatórios e limitadores somados à prevenção especial no tocante a ressocialização do delincente. Assim, leciona que “a principal finalidade, pois a que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores – sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante a ressocialização do delincente” (Bitencourt, 2014).

O código Penal Brasileiro adotou a Teoria Mista, visto que de acordo com este, a pena tem a finalidade de punir o condenado de modo a retribuir o mal causado em decorrência do seu delito, mas simultaneamente, objetiva a prevenção de novas condutas delituosas de modo a intimidá-lo e, nesse sentido, despertar na sociedade o receio em desobedecer a legislação Penal e a Lei de execução Penal ao qual trataremos a seguir.

Diante o exposto percebe-se que a pena não tem a finalidade de retribuir o mal causado pelo delincente decorrente do seu delito, ou seja, utilizar da vingança como punição, com o objetivo de causar no apenado os mais diversos sofrimentos injustificáveis, mas sim, atuar como uma coerção capaz de despertá-lo para o respeito às normas existentes e, conseqüentemente, o seu temor à prática de novos delitos, isto é, a ressocialização.

Nesse contexto, a pena para alcançar a sua finalidade deve ser aplicada de forma moderada, devendo manter-se nos limites do direito Penal do fato e da proporcionalidade, tornando-se imprescindível sua imposição através de um

procedimento onde impere o respeito às garantias jurídico- constitucionais. Nesse sentido, Bitencourt destaca:

A formalização do Direito Penal tem lugar através da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda que haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios de intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legitimado “desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações” (Bitencourt, 2014, p 160).

O Direito Penal, como um meio de controle social deve ser formalizado com base democrática do controle social. Assim, o próprio Estado deve respeito às normas existentes em nossa legislação, deve estar limitado pelos princípios e garantias reconhecidos e assegurados resultantes de um Estado democrático de Direito. Cabe ressaltar que os direitos fundamentais desempenham relevante função em nosso ordenamento jurídico, de modo a limitar e legitimar a ação do Estado, bem como, dos próprios particulares entre si.

Diante o exposto, percebe-se que a pena é imprescindível para o controle social, desde que aplicada em conformidade com os fins aos quais ela se destina, respeitando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Por isso, justifica-se o exame da Lei de Execução Penal e demais normas que atuam como limitadoras ao poder de punição do Estado e em proteção aos direitos e garantias fundamentais do apenado.

#### **4 A EXECUÇÃO DA PRÓVISORIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal**

Nesse capítulo será apresentado o conceito da execução provisória da pena e o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento de pena em segunda instância e suas reiteradas mudanças a partir de 2009 até os dias atuais. Tal análise será realizada a partir dos julgados dos HC 84.078, 126.292 e

as ADC's 43, 44 e 54 e tem como escopo saber se a prisão em segunda instância viola ou não o princípio da presunção da inocência.

#### 4.1 Da execução provisória da pena

Inicialmente, é importante destacar que o tema sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória da pena em segunda instância ganhou grande repercussão com a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado em segunda instância.

Lula conquistou sua liberdade após 580 dias, no entanto, foi condenado em duas ações penais (conhecidas por “caso Triplex” e “caso Sítio de Atibaia”) e em outros processos pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, tráfico de influência, além da acusação de pertencer a organização criminosa, tendo como pena máxima 134 anos de prisão.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal, diante de um caso específico (caso Lula), sob grande influência política e da pressão popular, modificou o entendimento em relação ao cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado. Assim, o ex-presidente Lula, que já teria sido condenado em segunda instância, passou imediatamente a cumprir a pena sem a existência da coisa julgada.

Conforme já demonstrado em momento oportuno, quando um delito é cometido, surge para o Estado o direito de punir, o que faz intermédio de um processo, neste caso, o processo penal, codificado através do Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941.

Nesse ponto, extrai-se da doutrina:

Como diz Carnelutti, os três termos, delito, pena e processo, são rigorosamente complementares; excluindo um, não podem subsistir os outros dois; não há delito sem pena e processo; nem pena sem delito e processo; nem processo penal senão para determinar o delito e executar a pena (apud Emilio Gomez Orbaneja, Derecho processo penal, Madrid: Artes Gráficas y Ediciones Rodriguez San Pedro, 1975, p. 2). Daí as regras previstas no art. 5º, XXXIX, XXXV, LIII e LIV, da Magna Carta: "não há crime sem lei anterior que o defina"; "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", e, finalmente, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Desse modo, o Estado somente poderá infligir pena ao violador da norma penal após a comprovação de sua responsabilidade (por meio do processo) e mediante decisão do órgão jurisdicional. (Tourinho Filho, 2013, p. 48).

Nesse seguimento, após a fase de conhecimento do processo, que ocorre quando o juízo recebe os fatos e fundamentos jurídicos dos envolvidos na ação penal e os analisa, passa-se à fase de execução, que, em regra, acontece após o trânsito em julgado, ocasião em que pena será cumprida.

A princípio, vale conceituar o que é a execução penal, que, nas palavras de Guilherme Nucci, “trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal”. (2024, p. 3).

No que concerne ao início da execução da pena, a Lei de Execução penal, em seu artigo art. 105, deixa claro o momento respectivo, dispondo o seguinte: “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”.

Nesse mesmo sentido, afirma o autor Guilherme Nucci (2024, p. 157): “o formal início da execução se dá com a expedição da guia de recolhimento. Esta, por seu turno, somente será emitida quando o réu, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vier a ser preso ou já se encontrar detido”.

Desse modo, a própria lei de execução penal e, também, a doutrina majoritária, entende que o início do cumprimento da pena se dá após a sentença penal condenatória transitar em julgado, devendo haver a emissão de guia de recolhimento pelo juízo da execução penal (a quem compete o cumprimento da sentença condenatória), para a prisão do condenado e início da pena imposta na sentença.

Ainda, o Código de Processo Penal, em seus artigos 674 e 675 compartilha do mesmo entendimento, dispondo expressamente acerca da necessidade do trânsito em julgado da sentença para a adoção de medidas que possam viabilizar a execução da pena, como a emissão de guia de recolhimento pelo juízo da execução penal anteriormente citada.

Partindo destas premissas, chega-se à conclusão no sentido de que, de fato, o início da execução penal, em regra, tem o seu marco inicial somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, também foi por muito tempo o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, a doutrina e a jurisprudência começaram a discutir sobre a possibilidade de o condenado, com sentença recorrível, ser contemplado pela progressão de regime disciplinada na Lei de Execução Penal. O fundamento para

tanto, se encontrou na alegação de que, nos casos de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, havendo somente a possibilidade de interposição de recurso por parte da defesa, a condição do réu não poderia ser prejudicada por recurso exclusivo de sua parte, tendo em vista a proibição da *reformatio in pejus*. Partindo desse pressuposto, não haveria empecilho, uma vez que a LEP, em seu artigo 2º, disciplina expressamente sobre o seu alcance aos presos provisórios.

Entretanto, sobre o tema, o Autor Alexis Couto de Brito, leciona que, “o que deveria ser uma consideração *pro reo* de aproveitamento da prisão provisória na execução definitiva tomou novos rumos diante de uma mudança de posição do STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, in verbis:

O que deveria ser uma consideração *pro reo* de aproveitamento da prisão provisória na execução definitiva tomou novos rumos diante de uma mudança de posição do STF sobre o tema. A partir do julgamento do HC 126.292/SP, a Suprema Corte brasileira entendeu que é possível que uma condenação mantida ou decretada em segunda instância seja imediatamente executada independentemente do julgamento dos recursos especial e extraordinário. Alguns a denominam de execução provisória, mas se trata, em verdade, de execução definitiva com possibilidade de ser anulada posteriormente. Tal posicionamento, a nosso ver, é inconstitucional por violar o estado de inocência. Na existência de recursos especial ou extraordinário, o status é de inocente, pois ausente está o trânsito em julgado, e, portanto, impossível executar a sentença penal ainda passível de modificação. Permitir o cumprimento da pena nesse caso é permitir que o inocente cumpra pena. E quem deve cumprir pena é o condenado. (2023, p. 326).

A prisão para o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, foi objeto de discussão pelo STF por mais de uma vez. No ano de 2016, a Suprema Corte, se posicionou no sentido de que a referida prisão era possível (HC 126.292/SP). Posteriormente, em 2019, diante do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o assunto foi novamente debatido e fora restabelecido o entendimento sobre a sua impossibilidade, em respeito às normas e princípios estabelecidos na Constituição Federal.

#### 4.2 Julgados do STF sobre a execução provisória da pena entre o ano de 2009 até 2024

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal foi instigado a discutir sobre a constitucionalidade do cumprimento de pena em segunda instância, especialmente,

face ao princípio da presunção de inocência. Essa discussão se iniciou com o Habeas Corpus 84.078/MG, tendo como relator o Ministro Eros Grau.

Com tese fixada no mesmo ano, restou decidido pela inconstitucionalidade do cumprimento provisório da pena em segunda instância, tendo o julgamento sido finalizado com 7 votos favoráveis a 4 votos contrários. Assim, foram vencedores os votos dos Ministros Gilmar Mendes (presidente do STF à época), Cezar Peluso, Carlos Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Eros Grau; ficaram vencidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Menezes Direito e Cármen Lúcia.

A seção de julgamento teve início com o voto do Relator, Ministro Eros Grau, que decidiu no sentido de que o cumprimento de pena em segunda instância seria incompatível com o princípio da presunção de inocência, entendimento divergente do outrora lavrado, no HC 68.726, que gerou o primeiro precedente, onde havia decidido pela constitucionalidade do cumprimento de pena em segunda instância.

Assim, o Ministro argumentou, que na edição da Lei de Execução Penal, foi estabelecido que a execução da pena seria aplicada após o trânsito em julgado, conforme disciplina o seu art. 105, que prevê o seguinte: “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, 2025, *online*).

O relator, sustenta o seu voto mencionado a Lei de Execuções penais, argumentando que, diante da sua edição foi estabelecido que a execução da pena se dá após o trânsito em julgado, conforme prevê o art. 105 da LEP, que disciplina o seguinte: “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, 2025, *online*). Ademais, ele ressalta que a LEP, além de estar de acordo com princípio da presunção de inocência supera, temporalmente e materialmente o artigo 637 do CPP, o qual 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.”

Nessa sequência, para ele, a LEP estaria em harmonia com o princípio da presunção de inocência, além disso, ele faz um paralelo entre o cumprimento da pena privativa de liberdade e a pena restritiva de direitos, isso por que a LEP, condiciona a pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado. Dessa forma, para o Ministro,

reconhecer o cumprimento provisório da pena privativa de liberdade, mas não o reconhecer na execução da pena restritiva de direito, seria uma grave violação ao princípio da isonomia, ainda mais considerando a relevância do direito fundamental à liberdade.

Não obstante, ressaltou que o princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV da CF, abrange todas as fases processuais, inclusive a dos recursos extraordinário e especial, logo, permitir o cumprimento antecipado da pena seria mitigar o direito de defesa do réu frente à pretensão punitiva estatal.

Sucedendo o Relator, o Ministro Menezes Direito, no sentido de defender a execução provisória da pena, argumentou que não via motivos capazes de justificar uma alteração da jurisprudência, uma vez que a Constituição Federal não teria condicionado a concretude da culpa e, a prisão, ao trânsito em julgado, com a apreciação dos recursos extraordinários e especiais, pois, nestes, é realizado um estudo da matéria de direito associado ao objeto do processo e não ao seu mérito.

Aponta também, que condicionar a execução da pena ao julgamento de recursos extraordinários e especiais, seria desmerecer a apreciação realizada pelas instâncias ordinárias, que segundo ele, tem aplicação própria para examinar o acervo probatório produzido durante o processo, conseguindo averiguar melhor e proferir decisões mais bem fundamentadas.

Nessa linha de raciocínio, argumenta o Ministro, que admitir que a prisão cautelar, advinda de uma cognição não exauriente, não se choca com o princípio da presunção de inocência, mas a execução antecipada da pena sim, seria como dar maior valoração à busca de um resultado útil do processo do que mesmo ao seu resultado.

O Ministro Celso de Mello, inicia o seu voto realizando uma distinção entre a prisão cautelar e a prisão pena, citando o art. 312 do CPP, que, na ocasião, previa o seguinte: “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”. (Brasil, 2025, *online*), afirmando que a prisão cautelar, se fundamentada, atua como uma garantia ao bom andamento do processo, ao passo que a prisão pena, ao contrário, serve como uma forma de punição ao constranger a liberdade, e que, se forem postas numa situação de igualdade, configuraria uma verdadeira subversão ao direito à liberdade.

Ressaltou ainda, que a premissa do princípio da presunção de inocência está inserida não só na Constituição Federal, mas também em importantes tratados internacionais, como Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana no ano de 1949, a Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1969, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos no ano de 1981, etc.

Ainda, com enfoque em fundamentar seu voto, o Ministro decano, realiza uma comparação entre o artigo 5º, inciso LVII e o art. 15, inciso III, que versa o seguinte termo: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;”. (Brasil, 2025, *online*). Com base no artigo em comento, aponta que, assim como a Carta Magna não deixou dúvidas ao estabelecer o trânsito em julgado para que haja a perda ou suspensão dos direitos políticos, também o fez ao definir a formação da coisa julgada como marco temporal para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O Ministro, em consonância com o voto do Ministro Eros Grau, citando o art. 147, da LEP, afirma que se a pena restritiva de direito não pode ser executada antes do trânsito em julgado, tampouco deverá ser a pena privativa de liberdade, capaz de causar danos irreparáveis ao acusado.

Na sequência, foi a vez do Ministro Cezar Peluso votar, dizendo não ao cumprimento provisório da pena, o então Ministro argumentou que seria contraditório o STF admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, já que em julgamento anterior entendeu ser inconstitucional uma lei estadual que aplicava penalidade pecuniária, na qual descontava valores da remuneração do réu, antes da formação da coisa julgada.

Em sentido contrário, o Ministro Cezar Peluso destaca a irreversibilidade dos danos causados ao réu diante de uma pena cumprida de forma injusta.

O Ministro demonstra sua preocupação defronte da declaração de constitucionalidade da execução provisória da pena, que conseqüentemente acarretaria a mitigação do princípio da presunção de inocência a casos de menor importância, como de esfera pecuniária ou eleitoral, e não mais a questões que versem sobre a dignidade da pessoa humana.

Ainda versa que, o princípio da presunção de inocência é um verdadeiro intermediário na concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo o fim é a proteção da dignidade daqueles que enfrentam o processo criminal. Desse modo,

argumenta que seria irreversível dos danos causados em decorrência de uma prisão injusta.

O Ministro Joaquim Barbosa afirma que é necessário respeitar o trabalho e a idoneidade das decisões realizadas pelos juízes nas instâncias ordinárias, uma vez que, eles realizam um trabalho minucioso em relação a análise da materialidade do processo, contudo, não havendo esse respeito, significa desconsiderar suas decisões. Nesse sentido, alega que seria mais coerente que os processos fossem primeiramente julgados pela Suprema Corte.

Aponta também, que esperar até a coisa julgada para aplicar a pena é consentir para que as pessoas mais afortunadas, com capacidade de contratar bons advogados, impetrem os mais diversos recursos, em sua maioria protelatórios, com o objetivo de alcançar a prescrição da pretensão executória.

Nesse sentido, o Ministro também defende o fato de que os recursos extraordinários não são dotados de efeitos suspensivos, conforme os artigos 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 e o art. 637 do CPP. Por essa razão, o cumprimento provisório da pena não fere a presunção de inocência, bem como, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que ele extingue quando o réu recorre da decisão do juízo de primeiro grau. Em conclusão, ele entende que os recursos extraordinários não são contemplados pelo princípio do duplo grau de jurisdição.

Quanto ao voto de Ministro Carlos Ayres Brito, foi no sentido de que a presunção de inocência (ou não culpabilidade), não se trata apenas de uma garantia fundamental, mas de um direito material tutelado pela Constituição, responsável por garantir o status de inocente até a formação da coisa julgada.

Afirma também, que os princípios do contraditório e da ampla defesa servem para proporcionar robustez à presunção de inocência no decorrer do devido processo legal, pelo fato que eles permitirem que o acusado se defenda das acusações e das provas apresentadas contra sua pessoa.

Ressalta ainda que, a única mitigação aceitável em face ao princípio da não culpabilidade (como prefere chamar o Ministro), consiste estabelecida no art. 5º, inciso LXI, da CF: “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”. (Brasil, 2025, *online*).

O Ministro levanta que, com a restrição de liberdade do réu, pode ter como consequência problemas sociais sérios, tendo como exemplo a dificuldade de

conseguir emprego para o sustento da família, o desprestígio perante a sociedade e a família do réu, e não menos importante, problemas psicológicos ao réu.

Por fim, finalizando a sessão de votos, a Ministra Ellen Gracie votou no sentido de defender a execução provisória. Em seu voto, ela faz menção ao princípio da proporcionalidade, que além de proteger o réu das arbitrariedades cometidas pelo Estado, também garante a vítima proteção aos seus direitos e garantias fundamentais, dentre eles, a prestação jurisdicional eficiente. Posteriormente, ela defende que as decisões proferidas após o exercício do duplo grau de jurisdição devem ser consideradas como corretas, por derivarem de profunda e extensa análise probatória dos juízes de 1º grau, e que ir de encontro a esse entendimento significaria tornar ineficaz todos os esforços realizados até então.

Ela versa também que, a presunção de inocência está interligada com as provas do processo, dessa maneira, conforme a provas vão corroborando para a formação da culpa do réu, o princípio da presunção de inocência vai se esvaindo e a culpa vai se fundando. Com tudo, aponta que enquanto existir provas para analisar, o réu deverá ser tratado como inocente, inclusive o réu confesso.

Concluída a votação no Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi fixado o entendimento de que a execução provisória não é compatível com o princípio da presunção de inocência, por conseguinte, foi declarada a sua inconstitucional.

No ano de 2016, diante do julgamento do Habeas Corpus 126.292, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki, a Suprema Corte modificou seu entendimento admitindo a execução provisória da pena após a decisão do acórdão condenatório em segundo grau, entendendo que não há violação ao princípio da presunção de inocência.

O julgamento teve como resultado, 7 votos a valor e 4 contra, assim os vencedores foram o dos seguintes Ministros: Cármen Lúcia, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Edson Fachin e Dias Toffoli. Ficando vencidos os votos dos Ministros: Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Eis a ementa do julgado em que ficou definido esse novo entendimento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDE ATÓRIA 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, 2025, *online*).

Por entender ser constitucional o cumprimento provisório da pena, a aceção de que, diante da falta de efeito suspensivo do recurso especial e recurso extraordinário, ganhou ainda mais forças a possibilidade de ser realizada a prisão do réu após o acórdão condenatório, conforme previsto no artigo 637 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixaram à primeira instância, para a execução da sentença. (Brasil, 2024, *online*)

Nesse sentido, a impetração do recurso extraordinário e especial não impedem o início do cumprimento da pena pelo réu, caracterizando uma mitigação ao princípio da presunção de inocência.

O Ministro relator Teori Zavascki, apresentou o argumento de que a execução provisória não feria o princípio da presunção de inocência, nesse sentido, a condenação em segundo grau é absolutamente compatível com o princípio em comento. Por fim, defende que deve existir o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional, no tocante a atender os valores e as necessidades da sociedade como um todo, além de proteger o único meio pelo qual o Estado tem de fazer valer seu *jus puniendi*.

Esse argumento ganhou força quando se percebeu uma prática corriqueira dos advogados, que consistia na impetração de diversos recursos, apenas com o fim protelatório, com o objetivo extinguir a pretensão punitiva ou executória do Estado. Ainda alerta que, essa prática não estava presente apenas na Suprema Corte, mas também no STJ.

O relator ainda argumenta que, caso o réu seja condenado em primeira instância, passa a existir um juízo de culpabilidade, por conseguinte, há a ruptura da presunção de inocência a partir do momento em que há a condenação na instância ordinária, fundamentada na produção probatória realizada por meio dos elementos informativos arrolados durante as investigações, desde que respeitados todos os procedimentos e regras inerentes ao processo penal.

O referido Ministro, para fundamentar seu posicionamento, cita o entendimento de Eduardo Espíndola Filho:

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (in: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015) (Brasil, 2025, *online*)

Também aponta que a partir da condenação em primeira instância, o réu poderá utilizar o direito ao duplo grau de jurisdição para recorrer às instâncias superiores, no entanto, é adepto ao entendimento de que o recurso especial e o extraordinário não integram o duplo grau de jurisdição, uma vez que não prestam ao debate da matéria fático-probatória.

Nesse sentido, o Ministro argumenta que, com base no art. 117, inciso IV, do Código Penal, os recursos extraordinários não se comprometem a analisar as questões de matéria fático-probatória, bem como não possuem efeito de interromper o prazo prescricional da pretensão executória. Posteriormente, afirma que não permitir a execução provisória da pena não é um meio de concretizar a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, mas sim de inibir a efetivada da prestação jurisdicional.

O Ministro ainda cita a Lei complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), para defender seu posicionamento a favor do cumprimento de pena após o acordo condenatório, afirmando que consta expresso na referida lei que os efeitos da decisão que impõe a inelegibilidade do candidato podem ser aplicados antes do trânsito em julgado.

O Ministro Edson Fachin inicia seu voto tecendo críticas ao fato de que a Constituição atribui ao STF a função de guardião da Constituição, todavia, também lhe é atribuído competência para julgar autoridades pertencentes à República. Salaria que, tal competência foge da esfera de atuação de um Tribunal Constitucional, além do mais, caracteriza mais uma função acumulada ao Tribunal, que deveria destinar-se tão somente a garantia da ordem constitucional.

Nesse sentido, ainda argumenta que, nas competências presentes na Constituição, especialmente nos artigos 102 e 105, não existe nenhuma que trate sobre a possibilidade de a Suprema Corte corrigir as arbitrariedades cometidas no

caso concreto, justamente por não realizarem análises da matéria fático probatória, por conseguinte, levanta que as decisões da primeira e segunda instância são soberanas pelo fato delas se dedicarem à análise das provas e aos fatos apresentados na ação penal. Além disso, alega que o papel da Corte é de pacificar entendimentos incontroversos em face da lei federal ou da Constituição Federal, bem como se dedicar a matérias de repercussão geral.

Aponta ainda que a presunção de inocência não deve ser tratada como um “super princípio”, e nem ser interpretado de forma absoluta, sendo necessário ser interpretado de forma conexa com os demais princípios. Ele traz como exemplo, o princípio da razoável duração do processo, princípio bastante relevante, principalmente em termos de eficiência da prestação jurisdicional. Ainda cita as decisões no âmbito do Tribunal do Júri, argumentando ser inviável atribuir tamanha extensão à presunção de inocência ao ponto submeter o cumprimento das decisões soberanas do Júri ao esgotamento dos recursos.

O Ministro Luís Roberto Barroso, inicia seu voto apontando que a Carta Magna não estabelece o trânsito em julgado como obstáculo para a prisão, mas tão somente para estabelecer o juízo de culpabilidade do acusado, e que a prisão será aplicada através de ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judicial competente, conforme prevê o art. 5º, LXI, da Constituição Federal. Em seguida, cita as prisões que podem ser decretadas antes do trânsito em julgado, como a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão provisória e a prisão para fim de extradição.

Ainda afirma que, diante do entendimento firmado no ano de 2009, no qual foi fixado que não era possível o cumprimento de pena em segunda instância, gerou inúmeros recursos, muitos protelatórios, gerando gastos e influenciando negativamente no tempo levado para a publicação das decisões do Poder Judiciário.

Destacou ainda que aumentar o percurso entre o cometimento do crime e a penalidade do criminoso faz com que aumente o descrédito da sociedade quanto ao sistema judicial e fomenta o sentimento de impunidade.

Em sua oportunidade de votar, o Ministro Luiz Fux, concordando com os argumentos apresentados pelos Ministros Barroso e Teori Zavascki, argumenta no sentido de que a presunção de inocência foi destorcida e que na verdade se trata da não culpabilidade, condicionado a análise das provas e do caso concreto realizado pelas instâncias ordinárias. Segundo o Ministro, esse entendimento está de acordo

com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 10 de dezembro de 1948.

Complementa seu voto defendendo a tese de que a coisa julgada estaria presente na decisão condenatória em primeira instância, e vindo a ser confirmada em segunda instância pelo acórdão condenatório, existira a imutabilidade da decisão, uma vez que o STF e o STJ se comprometem somente a analisar as questões de matéria constitucional e da legislação federal.

A Ministra Cármen Lúcia, compartilhando do entendimento dos Ministros, Barroso, Zavascki e Fux, defende que a nomenclatura da presunção de inocência deveria ser o princípio da não culpabilidade e que o limite para tratar o acusado como inocente se estende até a comprovação da culpa pelas provas materiais referentes ao caso concreto, e seu limite se dá com o esgotamento do duplo grau de jurisdição. Além disso, defende que o duplo grau de jurisdição termina na segunda instância, com a justificativa de que análise probatória não compete as instâncias extraordinárias.

O próximo a votar foi o Ministro Gilmar Mendes, versando que, apesar de a presunção de inocência estar presente na Constituição, o constituinte não define o conceito de culpado, permitindo que o legislador infraconstitucional altere a forma de tratamento do acusado, seja agravando ou sendo mais brando. Assevera também, concordando com o entendimento de Barroso, que a presunção de inocência não é um princípio absoluto e pode ser mitigado quando em conflito com outros princípios, levando em conta o princípio da proporcionalidade.

O Ministro também defende que o recurso extraordinário e especial trata apenas de questões de interpretação de lei federal e constitucional e por força de lei não possuem efeito suspensivo.

Ainda com a vez no julgamento, também aponta a Lei da Ficha Limpa (135/2010), como fundamento de que a presunção de inocência não impede o início do cumprimento de pena em segundo grau, porquanto, a respectiva lei prevê que ficará inelegível aquele condenado por crime grave em segunda instância.

Com voto breve, o Ministro Marco Aurélio de Mello afirmou que a previsão da presunção de inocência no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, é literal, não deixando margens para interpretações divergentes, inclusive advindas do Supremo Tribunal Federal.

Argumentou também, que poderia existir a possibilidade de mudança do acórdão condenatório quando apreciado em sede de recurso especial ou

extraordinário e que seria impossível ser revertido os danos causados pelo encarceramento de uma pessoa inocente.

Em seguida, votou o Ministro Celso de Mello, utilizando o argumento no sentido de enaltecer o princípio da presunção de inocência, relembra sua relevância histórica, cujo a origem se deu a partir de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como resposta as práticas autoritárias absolutistas que ocorreram no antigo regime. Ressalva o Ministro, que o princípio garante extrema efetividade ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, por esse motivo se faz presente em importantes tratados internacionais, como: a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana de 1948; e o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nos anos 2000 e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul em 1981.

Também aponta que não resta dúvidas quanto a aplicação do princípio da presunção de inocência, uma vez que a Constituição deixa claro sua finalidade no ordenamento jurídico. Tanto é que, o legislador infraconstitucional fez questão de prever em outros textos normativos que a prisão pena só poderá incidir com a formação da coisa julgada, como exemplo, o Ministro cita a LEP, que em seus artigos 105 e artigo 147, definem que a execução da pena privativa de liberdade (no caso a prisão pena) só deve ser iniciada após o trânsito em julgado.

Em desacordo com o entendimento dos seus colegas Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, Celso de Mello defende que a presunção de inocência não vai diminuindo sua efetividade ao passo em que o caso vai para as instâncias superiores, para ele o marco final desse princípio é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Destaca ainda que o próprio STF sempre estabeleceu que cabe ao órgão acusador, no caso o Ministério Público, provar de forma que não restem dúvidas, a autoria e a materialidade dos fatos que são imputados ao réu, assim, devido ao princípio da presunção de inocência, o réu não precisa provar sua inocência, uma vez que ela é presumida,

Sendo o último a votar e sendo breve em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, na época presidente da Suprema Corte, concordou com os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello e votou no sentido de que a presunção de inocência tem seu marco final no trânsito em julgado da sentença condenatória, como bem define o artigo 5º, inciso LVII, da Carta Política.

Entretanto, o entendimento fixado naquele julgamento foi de que era permitido, o cumprimento de pena em segunda instância antes do trânsito em julgado. Contudo, essa tese não durou muito tempo, vindo a ser alterada 3 anos depois.

Em novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal foi, pela última vez foi instado a debater sobre a constitucionalidade do cumprimento de pena em segunda instância frente ao princípio da presunção de inocência.

Com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade número 43, 44 e 54, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido comunista do Brasil (PcdoB), buscavam a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, que positivava o seguinte: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. (Brasil, 2025, *online*).

Após o julgamento das ADC's, tendo como relator, o ministro Marco Aurélio de Mello, por 6 votos a favor e 5 contra, foi declarada a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, tendo como necessário o esgotamento de todos os recursos possíveis para iniciar o cumprimento da pena.

No julgamento, teve como votos vencedores os dos Ministros: Marco Aurélio de Mello (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente do STF na época). E tendo como vencido os Ministros: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

O Ministro Marco Aurélio, no seu voto, afirma que o princípio da presunção de inocência possui natureza de cláusula pétrea, não podendo haver restrições ao seu alcance. Além do mais, aponta que a/ constitucionalidade do conceito contido no art. 283 do CPP, consiste na reprodução do art. 5º inciso LVII, da Constituição Federal.

Ressalta ainda, que a diferenciação da nomenclatura entre os conceitos de inocência e não culpabilidade não devem avançar, porquanto, os pressupostos são comuns aos dois, para que seja fixada a pena como sentença, os quais são a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim, a sanção não pode ser aplicada enquanto não restar configurado a coisa julgada, do contrário, caracterizaria grave atentado contra os avanços dos direitos e garantias adquiridos ao logo do tempo.

Ele ainda reforça a ideia da necessidade de que o STF deve se manter fiel aos objetivos previstos no texto constitucional, e que não pode ser alterado o alcance da culpa para o que é definido na lei maior.

Salienta ainda, que o princípio da presunção de inocência não desfalece na medida em que o processo sobe para as instâncias superiores. Além disso, adverte que não se pode deixar que atividades criminosas de qualquer natureza ou os escândalos que assolam a esfera administrativa tenham o poder de gerar mudanças no mandamento constitucional, principalmente se tratando de garantias fundamentais, sobretudo, cláusulas pétreas.

A Ministra Rosa Weber, votou contrário à execução provisória da pena, argumentando que o Poder Constituinte Originário não deixou margem para interpretações contrárias ao que está positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, expressando assim a sua vontade de condicionar o cumprimento de pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pois resta comprovado que, no momento da elaboração da atual Carta Política, a previsão do princípio da presunção de inocência foi alvo de 5 propostas de emendas constitucionais, com o fim de relativizar tal garantia fundamental e de reduzir seu alcance até a decisão judicial de primeiro grau. No entanto, nenhuma obteve êxito.

A Ministra ressalta também o reconhecimento do descrédito existente na sociedade em face legitimidade de seus representantes e que reconhece o caráter político que percorrem os Poderes, destarte, alega que os desgastes de instituições que compõem um Estado Democrático de Direito têm condão de gerar boas intenções, como a eficiência do Estado, o combate à impunidade e à corrupção. Entretanto, afirma que a Constituição tem a obrigação de se manter firme diante desses eventos e ser interpretado como uma unidade textual, com o objetivo de buscar o fim nela mesmo.

A Ministra traz a distinção entre a prisão pena e prisão como forma de medida cautelar, à luz do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, para ela, a definição de prisão pena é de que se trata de uma prisão pena, sanção criminal imposta pelo Estado, cujo a sua aplicação depende da comprovação da culpa. Quanto a prisão como medida cautelar, ela estabelece que são divididas em prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, podendo ser decretadas quando configurado os seus requisitos legais e são destinadas a garantir o regular andamento do processo.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, argumenta que o processo penal não pode e nem deve ser usado de forma discricionária, muito pelo contrário, o processo penal segue sob a ótica do princípio do devido processo legal, servindo como verdadeira proteção contra os desígnios, falhas e arbitrariedades por parte do Estado, garantindo assim o respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Afirma ainda que seria contraditório a Suprema Corte defender a execução provisória, uma vez que já havia sido declarado materialmente incompatível com a Constituição o art. 393 do CPP, que previa o seguinte:” São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.” Por fim, seria demasiadamente antagônico o STF não permitir que o nome do réu seja posto no rol dos culpados, antes da formação da coisa julgada, mas autorizar o cumprimento da pena provisória.

Realça que a presunção de inocência é também uma regra de tratamento, devendo ser observada pelo Poder Público, no intuito de evitar que o suspeito, o indiciado, o denunciado ou o réu seja visto como culpado por aqueles que compõem o processo e aos que são estranhos a eles.

No tocante a segurança jurídica, o Ministro afirma que a coisa julgada tem um papel importante quanto a efetividade da segurança jurídica, uma vez que, ela traz estabilidade para as relações sociais. No âmbito processual, ela tem reflexo na sentença, visto que, sem o trânsito ela se qualifica com instável e passível de mudança, por isso há a necessidade do trânsito em julgado.

O Ministro, se posicionando no mesmo sentido que a Ministra Rosa Weber, argumenta que o princípio da presunção de inocência não se torna um obstáculo para a aplicação das medidas cautelares restritivas de liberdade, no caso, as prisões cautelares, pois, estas possuem apenas o objetivo de garantir o resultado útil do processo e não a antecipação da pena.

A Ministra Cármen Lúcia, em sentido favorável ao cumprimento provisório de pena em segunda instância, em seu voto, declama que o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado de forma conexa com os demais preceitos previstos na Constituição Federal, sobretudo, o devido processo legal, no passo em que não se deve prolongar de forma dúbio a pena aplicada ao cometimento de um delito. Além disso, argumenta que o art. 5º, inciso LXI, da CF, permite aplicação da pena em

situações de flagrante delito e no caso de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Afirma ainda, que obstar o cumprimento provisória da pena só beneficiaria aqueles com maior poder financeiro, com capacidade de contratar bons advogados, para que então impetrem recursos com a finalidade de interferir na pretensão executória do Estado. Além disso, versa que a dúvida quanto a punição fomenta a pratica de mais delitos.

O Ministro Alexandre de Moraes, votando no mesmo sentido que a Ministra Cármen Lúcia, defende que a presunção de inocência deve ser lida de forma harmônica com toda a redação Constitucional, principalmente se tratando dos princípios que norteiam o processo penal. Nesse passo, respeitado todos os princípios e garantias fundamentais, com a necessária observação ao devido processo legal, poderá ser afastada a presunção de inocência.

O Ministro Edson Fachin, entende que de fato ninguém deve ser considerado culpado antes de transitada a sentença condenatória, no entanto, não significa que ninguém pode ser preso antes desse marco temporal. Nesse sentido, ele entende que os fatos devem ser provados, sem restar dúvidas, caso contrário, deverá prevalecer o *in dubio pro reo*. Para o Ministro, tal cognição probatória se esgota no segundo grau das instâncias ordinárias, pois não se falando em prova, não há como falar em princípio da presunção de inocência. Assim, esse pensamento legitimaria a ideia de o recurso extraordinário e especial não possuírem efeito suspensivo, já que eles não tratam de provas, mas questões de direito.

O Ministro Luís Roberto Barroso repetiu boa parte dos seus argumentos utilizados diante do julgamento do HD 126.292. A princípio, afirma que está sendo analisado qual o interesse deve prevalecer, se é o da pessoa condenada em segundo grau, que tem o objetivo de prolongar o processo cujo o percentual de absolvição é inferior a 1% ou o interesse da sociedade, de que o crime não compensa e que seja aplicada a lei penal com seriedade, bem como, seja usada como meio de inibir a prática novos delitos.

Em seguida, Barroso utiliza de dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, afim de demonstrar que o número de encarceramento diminuiu com a possibilidade da execução provisória da pena fixada em 2016. Assim, em 2010, no ano seguinte ao julgamento do HC 84.078, havia 496.000 presos no sistema penitenciário brasileiro, 4,79% a mais que no ano 2009. Em 2011, constavam 514.600

presos, 3,68% a mais. Em 2012, 549.800, 6,84 % a mais. Em 2013, 581.55, 5,76% a mais. Em 2014, 622,200, 6.99% a mais. No ano de 2015, 698.600, 12,27% a mais. Em 2016, 722, 923, 3,48% a mais. Em 2017, já com os efeitos do novo entendimento fixado a favor da execução provisória, a quantidade de presos é de 726, 354, com um aumento de 0,47%, e no ano de 2018, 744.216 presos, com aumento de 2,45%. Assim, nota-se que no ano 2009 até 2016, houve um aumento percentual de 6,25%, entretanto, no ano após 2016, com o novo entendimento, a média caiu para 1,46%.

Barroso levanta que o fundamento para a diminuição pode ter sido devido a maior criteriosidade adotada pelos tribunais na aplicação das medidas cautelares prisionais após a alteração de entendimento adotado quanto a execução provisória, como também, os delinquentes passaram a coibir mais seus instintos infratores.

O Ministro Barroso, em seu voto a favor do cumprimento provisória da pena em segundo grau, alega que existem 3 efeitos negativos que pode surgir em caso de não poder cumprir a pena provisoriamente, como: o incentivo à impetração de infundáveis recursos buscando a prescrição executória; o aumento da seletividade penal; e descrédito da Justiça perante a sociedade pela sensação de impunidade.

Afirma ainda que os princípios não são regras e que admitem ponderação a luz do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, a presunção de inocência poderia ser relativizada no caso de confronto com outros princípios e fundamentos constitucionais, como é o caso da efetividade do sistema penal, a proteção dos direitos fundamentais, a liberdade coletiva, os bens públicos e privados.

No mesmo sentido, ele ressalta a importância da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, no passo de que, caso haja mais de uma acepção, que no caso em tela é a possível autorização ou não da execução provisória da pena, deve prevalecer a celeridade processual.

O Ministro Gilmar Mendes, dessa vez votando contrário ao cumprimento provisório da pena em decorrência da condenação em segundo grau, afirma que além de impedir o tratamento do acusado como culpado, ele tem a função de impor o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação.

Além disso, destaca em seu voto que em 2016, diante do HC 126.292, votou a favor da execução provisória por acreditar na competência dos tribunais de segunda instância em corrigir atrocidades cometidas pelos tribunais de 1º grau. No entanto, ele percebeu que seu pensamento não passava de mera ilusão, pois, diante das decisões percebeu que os tribunais estavam usando das medidas cautelares de forma

acalorada e sem a devida fundamentação, sendo muitas vezes objetos de Habeas Corpus com o objetivo de corrigir tais atrocidades.

Complemente ainda, que mesmo sem haver a análise probatória nos recursos extraordinário e especial, esses tribunais são responsáveis por defender a efetividade dos direitos fundamentais.

O Ministro Luiz Fux, no sentido de ser a favor da execução provisória da pena, apresenta argumentos de que o art. 5º inciso LVII, não impede que o acusado inicie a execução provisória da pena, mas garante a ele o direito de se provar inocente no decorrer do processo. Além disso, aponta que a culpa vai sendo formada de acordo com o lastro probatório apresentado no processo, quanto a autoria e a materialidade, e conseqüentemente a presunção de inocência vai perdendo suas forças.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, argumenta que a presunção de inocência está positivada na Constituição com status *clausula p etea*, previsto no art. 60, inciso IV. Por esse motivo, defende que o referido princípio não pode estar sujeito a altera o, seja formal ou interpretativa.

Como a vota o empatada, o presidente do STF e Ministro, Dias Toffoli ficou o voto de minerva. Decidindo o julgamento, argumentou que de acordo com a presun o de inocência, o dever do  nus da prova recai sobre o órgão acusador e em caso de d vida razoável em rela o a culpabilidade do réu, deveria prevalecer o *in dubio pro reo*.

Além disso, ele faz clara distin o entre as prisões cautelares a prisão pena, citando a Lei de Execu es Penais, especialmente os artigos 2º, parágrafo único e artigo 84, que dizem o seguinte: “Esta Lei aplicar-se-  igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito   jurisdi o ordinária”; “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado” (Brasil, 2025, *online*).

Assim, ele traz a inten o do legislador em definir que a prisão pena deve ser aplicada após a coisa julgada. Além disso, ele ressalta a regra de tratamento do acusado como inocente em todas as fases do processo, seja em fase de recursos ordinários ou com trânsito em julgado provisório.

Por fim, após o julgamento das ADCs, 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal federal, pela maioria dos votos, decidiu por declarar constitucional o art. 283, do CPP, em respeito ao mandamento constitucional, estabelecendo que o réu s  poderá iniciar o cumprimento da pena com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

## CONCLUSÃO

Quando finalmente a Constituição Federal de 1988 consolidou a transição de um Estado Autoritário para um Estado Democrático de Direito, fortalecendo a proteção dos direitos humanos, dentre eles as garantias processuais essenciais, acreditou-se ser ela um meio idôneo para garantir que a finalidade da pena se concretize em observância à presunção de inocência, de modo a evitar que um indivíduo inocente cumpra pena, e, tenha tolhido o seu direito fundamental à liberdade.

Ocorre que esse otimismo começa a desaparecer quando analisamos as decisões do Superior Tribunal de Justiça que, ora assegura o mandamento fundamental constitucional, ora flexibiliza a aplicação do texto normativo, à medida que autoriza a aplicação antecipada da pena, contrariando o disposto no art. 5, LVII que assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, trazendo ofensa ao princípio da presunção de inocência nele esculpido, bem como insegurança jurídica.

Da análise da jurisprudência da Suprema Corte, observa-se que o tema acerca do princípio da presunção de inocência e a sua compatibilidade com a execução provisória da pena é recorrente no Tribunal, tendo alterado sua orientação sobre tema por três vezes e desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que se deu por meio do julgamento do HC 84.078, HC 126.292 e, por fim, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

Após um vasto lapso temporal, compreendido entre o período de 1998 e 2008, onde o STF manteve o seu posicionamento no sentido que a execução provisória da pena não afronta a Constituição, sobreveio, em 5 de fevereiro de 2009, com o julgamento do HC 84.078, a alteração de sua jurisprudência para não mais autorizar a prisão após em segundo grau de jurisdição, por estar em contrariedade ao mandamento constitucional da presunção de inocência preceituado no art. 5, LVII da Constituição Federal, o que consideramos ter sido um grande avanço.

Dentre os argumentos expostos para a alteração da jurisprudência, destacam-se os seguintes: o cerceamento ao princípio da ampla defesa; a contradição de permitir a execução provisória da pena, enquanto o artigo 147 da LEP, exige o trânsito em julgado para as muito menos severas penas restritivas de direitos; o direito à locomoção, que somente pode ser limitado antes de haver uma sentença definitiva,

em casos excepcionais, pois a regra é que o acusado possa responder solto e que o acusado, assim como qualquer cidadão é um titular de direitos.

Após transcorridos sete anos desde o julgamento do HC 84.078, onde se decretou a inconformidade da execução provisória da pena com a Constituição, houve a retomada do entendimento no sentido de possibilitar a execução antecipada da pena, no julgamento do Habeas Corpus 126,292, em 17 de fevereiro de 2016, a partir do resultado de 7 votos a 4.

Os argumentos vencedores consistiram, principalmente na premissa de que esse entendimento já havia sido sumulado pelo próprio Tribunal (súmulas 716 e 717), bem como, na ausência do efeito suspensivo dos recursos extraordinários, na análise de diversos tratados internacionais que não exigem o trânsito em julgado para a execução da pena e, ainda, nos infinitos recursos protelatórios com vias de se obter a prescrição da pretensão executória.

Uma crítica pertinente sobre o tema é de que essa mudança de entendimento da Suprema Corte foi realizada em um momento político. Diante da vigência da operação lava-jato, tiveram alguns condenados julgados em segunda instância, dentre eles, o ex-presidente Lula, causando uma grande pressão sobre o sistema judicial, em decorrência de protestos populares e da expectativa de resultado da ação, que resultou na modificação do entendimento da corte, passando a admitir a execução provisória da pena em segunda instância.

Nesse seguimento, após 3 anos desde a mudança anteriormente citada, felizmente o Supremo Tribunal Federal adotou novo entendimento, com o advento do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em 7 de novembro de 2019, o qual perdura até os dias atuais, segundo o qual a execução provisória da pena é incompatível com a presunção de inocência ao declarar como constitucional o artigo 283 do CPP.

Entre as máximas suscitadas para defender tal posicionamento, as principais denotaram a condição do princípio da presunção de inocência ser cláusula pétrea, e portanto impossível de ser reduzida ou alterada, que o texto imprimido no artigo 5º, inciso LVII da CF, é taxativo e imperativo, não havendo margem para interpretação discricionária do hermeneuta em sentido contrário, que nem a Constituição e nem a Suprema Corte devem estar à mercê da pressão popular, destacando a diferença entre as prisões cautelares e a prisão-pena, visto que, enquanto uma se disponibiliza a proteger o resultado útil do processo e não tem caráter retributivo, a outra é a própria reprimenda, dentre outros.

Conclui-se, então, que os reiterados posicionamentos trazem insegurança jurídica quanto aos direitos e garantias constitucionais referentes à liberdade e ao status de inocente do acusado, havendo a necessidade de que o entendimento atual seja mantido. Nesse sentido, e nas palavras de Alexis Couto, “é importante que não se execute provisoriamente qualquer pena, porquanto em caso de desconstituição da sentença, a pena cumprida se mostrará absolutamente desnecessária e injusta, o que certamente deveria demandar uma reparação ao sujeito que dedicou seu tempo ao cumprimento”. (2023, p. 327).

## REFERÊNCIAS

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. ver. atual. e ampl. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774944/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/38/1:18\[re%20%2Cde.](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774944/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/38/1:18[re%20%2Cde.) Acesso em: 10/2024. Acesso restrito.

BRASIL, Dilton Ribeiro. A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. **Revista do direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3038/2785>. Acesso: 10 de abril de 2024.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 20/04/2024.

ARAÚJO, Francisco Regis Frota; Moreira, José Davi Cavalcante. Delimitação histórica do princípio da segurança jurídica nas constituições brasileiras e suas dimensões. Disponível em: [\\*3529.pdf \(publicadireito.com.br\)](https://publicadireito.com.br/3529.pdf). Acesso em: 20/04/2024.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 41. ed. Rio de Janeiro: Florense 2019.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689. de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 de maio de 2024.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. **SEGURANÇA JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL: revisitação sob a ótica do direito processual penal e a garantia dos direitos sociais**. Disponível em: [https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs\\_pdf/biblioteca/artigos\\_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Seguranca\\_PJ\\_n9\\_2015.pdf](https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Seguranca_PJ_n9_2015.pdf). Acesso: 22/05/24.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 2002. P. 257-266.

TAVARES, André R. **Curso de direito constitucional**. Disponível em: Minha Biblioteca, 22 ed. SRV Editora LTDA, 2024. E-book. Acesso em: 23 de maio de 24. Acesso restrito.

SOARES, Ricardo Mauricio F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Disponível em: Minha Biblioteca, 5ª ed. SRV Editora LTDA, 2023. E-book. Acesso: 24 de maio de 2024. Acesso restrito.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. (Coleção esquematizado®). Disponível em: Minha Biblioteca, 27 ed. SRV Editora LTDA, 2023. E-book. Acesso em: 27 de maio de 24. Acesso restrito.

CUNHA, Dirley da. **Curso de direito constitucional/** Dirley da Cunha Júnior – 15. Ed. Ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2021.

BARROSO, Luís R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. SRV Editora LTDA, 2012. E-book. ISBN 9788502075313. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502075313/>. Acesso em: 30 maio. 2024. Acesso restrito.

BULOS, Uadi L. **Curso de direito constitucional**. SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553624818. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624818/>. Acesso em: 22 jun. 2024. Acesso restrito.

**PRISÃO APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA:** entendimentos do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-entendimentos-stf/>. Acesso em: 28/09/24, às 14:00.

Agência Brasil. **Déficit de vagas no sistema carcerário do Brasil passa de 174 Mil**. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-10/deficit-de-vagas-no-sistema-carcerario-do-brasil-passa-de-174-mil#:~:text=Os%20dados%2C%20relativos%20ao%20per%20C3%ADodo,presas%20e%20st%20C3%A3o%20nas%20unidades%20prisionais](https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-10/deficit-de-vagas-no-sistema-carcerario-do-brasil-passa-de-174-mil#:~:text=Os%20dados%2C%20relativos%20ao%20per%20C3%ADodo,presas%20e%20st%20C3%A3o%20nas%20unidades%20prisionais.). Acesso em: 26/10/2024, às 15:20.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva: 2019, p. 58.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – Volume único**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora: JusPODIVM, 2023.

JÚNIOR, Aury L. **Prisões cautelares**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. pág.27. ISBN 9786553624504. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624504/>. Acesso em: 30 out. 2024.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/>. Acesso em: 30 out. 2024.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 6.582**. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027154>. Acesso em: 06 de novembro de 2024.

BRASIL. DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 27 de novembro de 2024.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. pág.322. ISBN 9786553624573. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624573/>. Acesso em: 11 dez. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Execução Penal - 7ª Edição 2024**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. pág.157. ISBN 9788530994891. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994891/>. Acesso em: 11 dez. 2024.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2499>. Acesso em: 11 dezembro de 2024.

Jus Brasil. **Prisão Preventiva: É uma execução antecipada da pena?** 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/prisao-preventiva-e-uma-execucao-antecipada-da-pena/1742246743>. Acesso em: 11 dezembro de 2024.

Ementa para publicação de HC 84.078. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiastf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 17/12/2024.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Execução Penal** / Renato Brasileiro de Lima - São Paulo: Editora JusPodivm. 2022.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356250297&ext=.pdf>. Acesso em 27/12/2024.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 54**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15368627512&ext=.pdf>. Acesso em 27/12/2024.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adc44.pdf>. Acesso em 27/12/2024.

Supremo Tribunal Federal. **Condenados por júri popular podem ser presos imediatamente após o julgamento, decide STF**. Disponível em: [https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/condenados-por-juri-popular-podem-ser-presos-imediatamente-apos-o-julgamento-decidestf/#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,presos%20imediatamente%20ap%C3%B3s%20a%20decis%C3%A3o](https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/condenados-por-juri-popular-podem-ser-presos-imediatamente-apos-o-julgamento-decidestf/#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,presos%20imediatamente%20ap%C3%B3s%20a%20decis%C3%A3o). Acesso em: 04/01/ 2024.

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 07/01/2025.

Supremo Tribunal Federal. **Tema 22 - Restrição à participação em concurso público de candidato que responde a processo criminal.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incid ente=2551965&numeroProcesso=560900&classeProcesso=RE&numeroTema=22>. Acesso em: 04/02/2025.

Superior Tribunal de Justiça. **Direito processual Penal – Pena.** Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&livre=SUMULA.tipo.+e+@num=%27000009%27>. Acesso em: 04/02/2025.

Superior Tribunal de Justiça. **Direito Penal - Aplicação da Pena.** Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27444%27.num.&O=JT>. Acesso em: 04/02/2025.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. pág.327. ISBN 9786553624573. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624573/>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 582/2016.** Brasília, DF, 12 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>. Acesso em: 11/02/25.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral,** arts. 1º ao 120º. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Ed. 35. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.