



## A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E OVERRULING

### THE PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY: PRINCIPLE OF NONCULPABILITY AND OVERRULING

Valéria Cristina Koop<sup>1</sup>  
Jandir Ademar Schmidt<sup>2</sup>

#### RESUMO

O presente artigo tem por objeto analisar o direito e refletir os anseios sociais de cada época. Isso por que, atualmente, vivenciam-se alterações profundas no Estado Democrático de Direito, de tal modo que a legislação passa por grandes mudanças, seja por alteração legislativa dos representantes, seja por influência dos julgamentos dos Tribunais ou, ainda, por posições inovadoras em doutrinas e influxos de ordenamentos internacionais. Para a realização da pesquisa e elaboração do presente artigo, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e aplicada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão doutrinária, ou seja, busca em artigos científicos e entrevistas, bem como, a análise sobre a legislação brasileira. Tem-se como objetivo principal perquirir sobre a sub análise do princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência. Pondera-se ainda se é possível a execução provisória da pena no Brasil. Para tanto, encontram-se analisados o histórico da execução provisória da pena no Brasil e sucessivas alterações na interpretação; estudo da alteração legislativa do Código Penal ou atuação constituinte de emenda constitucional, novo *overruling*, em decorrência de relação legislativa. Observou-se que, após vinte anos de uma posição sedimentada, o tema voltou à discussão e, na data de 07 de novembro de 2019, em uma verdadeira virada jurisprudencial o entendimento mudou, determinando que a prisão para execução da pena só pode acontecer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entendimento que predomina no momento. Vale salientar ainda que no Congresso Nacional tramitam alterações para a Constituição Federal e Código de Processo Penal.

**Palavras-Chave:** Sentença. Execução. Pena. Princípios e Inocência.

---

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado – Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: [koopkoopvaleria@gmail.com](mailto:koopkoopvaleria@gmail.com)

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela Universidade Federal Santa Catarina e Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado - Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: [jandir.schmidt@gmail.com](mailto:jandir.schmidt@gmail.com)

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the law reflecting the social anxieties of each era. Currently, we are experiencing profound changes in the Democratic Rule of Law, in such a way that the legislation has undergone major changes, either due to the legislative alteration of our representatives, or due to the influence of the Courts' judgments, or, still, by innovative positions in doctrines and inflows of international regulations. For the accomplishment of the research and elaboration of the present article, the deductive approach method was used, applying the technique of bibliographic and documentary research, from doctrinal review, search in scientific articles and interviews, as well as, the analysis about the Brazilian legislation. The main objective is to investigate the sub-analysis of the principle of non-culpability or presumption of innocence. Consider whether provisional execution of the sentence is still possible in Brazil. To this end, the history of the provisional execution of the sentence in Brazil and successive changes in interpretation will be analyzed, studying the legislative amendment of the Penal Code or constitutional action of constitutional amendment, new *overruling*, as a result of a legislative relationship. Therefore, after twenty years of a settled position, the topic returned to discussion, and on the date of November 7, 2019, in a true turn of jurisprudence the understanding changed, determining that the prison for the execution of the sentence, can only happen after the transit judgment of the condemnatory criminal sentence, an understanding that prevails at the moment. In the National Congress, amendments to the Federal Constitution and the Criminal Procedure Code are being processed.

**Keywords:** Sentence. Execution. Penalty. Principles and Innocence.

## 1 INTRODUÇÃO

A execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, gera, até hoje, uma grande discussão jurídica em torno da correta aplicação e do alcance do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência.

A Constituição Federal, por sua vez, determina em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, positivando o chamado princípio da presunção de inocência ou, para parte da doutrina, o princípio da não culpabilidade.

Na mesma linha, o art. 283 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n. 12.403/2011) define que ninguém será preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Contudo, após uma posição sedimentada de mais de vinte anos, na qual o Estado deveria aguardar o trânsito em julgado para executar a pena, o Supremo

Tribunal Federal, na data de 17 de fevereiro de 2016, passou a entender, numa verdadeira virada jurisprudencial, que é possível executar a pena após a condenação em segunda instância e estendeu esse entendimento a todos os casos em trâmite no país.

Posteriormente, em novembro de 2019, também por um placar bastante apertado de seis votos a cinco, o plenário do Supremo Tribunal Federal novamente alterou seu posicionamento, realizando um *overruling*, quando retomou seu antigo entendimento sobre execução da pena, impossibilitando a execução após a decisão de segunda instância.

Ao votar, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que, nos casos de condenação pelo Tribunal do Júri, é possível a execução provisória da pena.

Em virtude da importância que tem uma condenação no tribunal do júri, o ministro justificou seu voto elencando tamanha seriedade e diferença para o tribunal, esclarecendo que colocou sob discussão o recurso que discute a execução imediata da pena de réus condenados.

É importante salientar as profundas alterações no Estado Democrático de Direito, de tal sorte que a legislação tem passado por grandes mudanças, sejam por alteração legislativa dos representantes brasileiros, seja por influência dos julgamentos dos Tribunais ou, ainda, por posições inovadoras em doutrinas e influxos de ordenamentos internacionais.

Assim, questiona-se a possibilidade da execução provisória da pena no Brasil, diante de tamanha insegurança, controvérsias enfrentadas na doutrina e na jurisprudência, dadas à interpretação da execução provisória da pena no Brasil, com decisões do Supremo Tribunal Federal, criando uma instabilidade aos fundamentos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, tramitam no Congresso Nacional alterações para a Constituição Federal e também para o art. 283 do Código de Processo Penal, sinalizando uma reação legislativa e, possivelmente, uma mudança jurisprudencial.

Para a realização deste estudo e elaboração do presente artigo, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, aplicada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão doutrinária, com busca em artigos científicos e entrevistas, bem como uma análise sobre a legislação brasileira.

## **2 HISTÓRICO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL E SUCESSIVAS ALTERAÇÕES NA INTERPRETAÇÃO**

A promulgação da Constituição aconteceu em 1988, desde então, as mudanças começaram a aparecer no ordenamento jurídico, onde foram observadas algumas situações sobre a execução provisória da pena, o que gerou grandes discussões e polêmicas.

Após toda a discussão, envolvendo a execução provisória da pena, realizou-se uma análise da questão perante o STF, devido a toda instabilidade após as mudanças de decisões tomadas.

Vale salientar que durante 21 (vinte e um) anos, o STF manteve seu posicionamento diante do princípio da presunção de inocência, autorizando o começo da execução da pena, somente após a condenação em 2º grau.

Porém, em 2009, a reviravolta começou quando o STF modificou seu entendimento e então determinou que o condenado em segunda instância poderia recorrer em liberdade, tudo porque julgou o HC 84.078, o qual tratava de um condenado por homicídio (BRASIL, 2009).

A ementa do julgado ficou assim redigida: “ementa: habeas corpus. inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Art. 5º, LVII, da constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil” (BRASIL, 2009, p. 1048).

O primeiro voto nesse HC foi do ministro da época, Eros Grau, o qual deixou claro que seu posicionamento era afastar a prisão preventiva, em vista da detenção do paciente após o julgamento do recurso de apelação, de forma que este ganhava especificações de uma execução antecipada da pena. Deixou evidente seu entendimento, baseando-se na jurisprudência da Corte, a qual não havia existência de impedimento à execução da pena quando pendente recurso sem a atribuição de efeito suspensivo. Levantando que este entendimento deveria ser revisto pelo Supremo (BRASIL, 2009).

À luz do texto constitucional, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, de forma que afasta qualquer possibilidade da execução da sentença antes do trânsito em julgado (BRASIL, 2009).

Diante dos aspectos observados, é importante citar ementas de julgados da época:

AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs. (HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida. (HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

EMENTA 'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente. (HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

Dessa forma, entende-se que qualquer entendimento diverso, é de modo uma afronta ao artigo 5º, LVII da CF, violando o princípio da isonomia. “Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas” (BRASIL, 2009, p. 1057).

Logo, o Ministro Eros Grau, se referia à uniformização da jurisprudência para que a aplicação fosse estabelecida nos termos da lei: a Constituição Federal, que ao entendimento de um leigo que lê o artigo 5º, inciso LVII, assegura clareza que, de forma alguma, o culpado terá que suportar a execução imediata da pena antes do trânsito em julgado.

Dessa forma, absolutamente ninguém pode ser tratado como culpado fosse, até que sobrevenha condenação penal transitada e julgada, como se prima no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e em diversos países democráticos e declarações internacionais de direitos humanos (BRASIL, 2009).

Desde o ano de 1988 até 2009 o Supremo Tribunal Federal permanecia com a tese do princípio da presunção de inocência, o qual autorizava a execução da pena

após a condenação do acusado em duplo grau de jurisdição, ou seja, quando fosse oportunizada, a reanálise de seu processo, em uma instância superior.

Do julgamento do HC 84.078/MG, a Ministra Ellen Gracie enfatizou sua grande preocupação por estar em questão na Corte, uma longa e assentada jurisprudência de mais de vinte anos, formada democraticamente, pelos ministros antecessores das cadeiras da Suprema Corte (BRASIL, 2009).

No mesmo julgado, o então Ministro Menezes Direito ressaltou que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitiu, historicamente, o recolhimento à prisão do acusado condenado à pena privativa de liberdade por decisão sujeita apenas aos recursos excepcionais” (BRASIL, 2009, p. 1101). Sendo assim, acontecia a execução provisória da pena após o julgamento e, consequentemente, a condenação em dois graus de jurisdição.

No julgado, votaram a favor de tal tese os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, e Gilmar Mendes, vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. O Tribunal ajustou o entendimento de que a execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afronta o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, ou presunção de inocência (BRASIL, 2009).

Posteriormente, na decisão do HC 126.292/SP, que gerou discussão e críticas da doutrina com o mesmo placar de sete a quatro, os Ministros modificaram a orientação da Corte resgatando, assim, a jurisprudência tradicional: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário”, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 2016, p. 1).

Ocorrendo novamente uma reviravolta jurisprudencial, já que naquele momento o entendimento quanto ao tema mudou mais uma vez. O HC se tratava da discussão sobre a legitimidade de um ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de defesa interposto e determinou o começo da execução da pena. E, por 7 votos a 4, o Tribunal de justiça do Estado de São Paulo, transformou o entendimento da corte, possibilitando a execução da pena após a sentença reconhecida em segunda instância. Dessa forma, tendo ligação a tese

firmada exposta nos precedentes, foram editadas as súmulas 716 e 717<sup>3</sup> (BRASIL, 2016).

Ficou claro, tanto para o STF como para STJ, que as interposições de recursos eram pura e simplesmente de postergar as decisões, o que acabou com a pretensão e buscou a prescrição punitiva ou executória, ou seja, a perda do direito do Estado, de assim explorar a comparação do direito no entendimento de uma tese fixa, para ponderar o princípio da presunção de inocência buscando a efetividade da função jurisdicional penal.

Para Lenza (2019):

Finalmente, em situações excepcionais, sustentou-se, conforme já se mencionou, a possibilidade de requerer o efeito suspensivo aos recursos, procurando suspender a execução provisória da pena, bem como a impetração de habeas corpus, objetivando corrigir eventual violação a direitos do acusado.

Para Guilherme de Souza Nucci (2011), o trânsito em julgado da decisão, havendo ou não a interposição de recurso, ou negado o seu provimento, a sentença passa a ter titularidade de título judicial, ao passo de se transformar em uma execução.

A concretização do fim de interposição de recursos, que venham a adiar o início da execução da pena, termina com o acórdão penal condenatório proferido em segundo grau.

Ainda, o Ministro Barroso destacou três pontos que legitimam a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (1) sistema jurisdicional útil e estável, impedindo a interminável interposição de recursos, adia e beneficia a prescrição dos julgados criminais; (2) desenvolvendo um sistema democrático que minimiza a impunidade dos famosos crimes do colarinho branco em virtude da grande demora ao efetivo cumprimento da pena e, (3) o fim do estímulo ao cumprimento da pena, pois ao aguardar o trânsito em julgado da sentença, após o julgamento dos recursos extraordinário e especial interposto, impede a execução da pena, pela

---

<sup>3</sup> SÚMULA 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (Aprovada na Sessão Plenária de 24/09/2003) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). SÚMULA 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (Aprovada na Sessão Plenária de 24/09/2003) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

prescrição, o que leva certo tempo entre a realização do ato delituoso e sua pena, ao fim do acolhimento dos recursos (LENZA, 2019).

A tese erguida no HC 126.292 e vencida ficou reconhecida no entendimento das ADCs 43 e 44, o qual julgou procedente e reconheceu a constitucionalidade do art. 283 do CPP, redação da Lei n. 12.403/2011.

Vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Lewandowski e Celso de Mello, concordavam com a medida cautelar para admitir a prisão somente após o trânsito em julgado. O Ministro Dias Toffoli entendia e aceitava o pedido que fosse determinado à suspensão da execução provisória da pena, enquanto o recurso estava sendo analisado pelo STJ, os demais ministros indeferiram a medida cautelar, interpretando a norma da Constituição ao art. 283 do CPP, que permite a execução da pena após condenação no segundo grau e antes de transitar em julgado a sentença, exceto os casos com atribuição do efeito suspensivo ao recurso interposto (LENZA, 2019).

A discussão desses julgados passou a ter ênfase em março de 2018 quando se colocou em questão o HC 152.752/PR, interposto pela defesa do ex-Presidente da República, Luiz Inácio da Silva, o STF decidiu, por 6 x 5 votos, onde os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli entendiam por aguardar a decisão do STJ, já os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello entendiam por aguardar a decisão a fim de impedir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2018).

Mantendo então o entendimento firmado em outros julgados, negaram o HC, de modo que se permitiu a execução provisória da pena, onde o acórdão tinha sido proferido em 2º instância, mas passível de recurso especial ou extraordinário, entendimento este sem contrariar o princípio da inocência exposto no art. 5º, LVII da CF (LENZA, 2019).

Estes recursos devem tratar estritamente de matéria de direito, não cabendo aqui nova análise dos fatos e das provas. De acordo com Grinover, Gomes e Fernandes (2011, p. 203):

Tratando-se, como já afirmado, de remédios recursais de cunho sobretudo político, que visam primordialmente à tutela do próprio direito objetivo editado pela União, é natural e intuitivo que somente a discussão a respeito de quaestiones iuris possa dar ensejo à instauração da instância extraordinária



ou especial. Além disso, também curial que apenas as disputas a respeito da aplicação ou interpretação de regras federais é que justificam o pronunciamento do STF ou do STJ.

Para adotar a execução provisória da pena, sendo ainda possível a interposição de recurso especial e extraordinário, precisa-se analisar o que dispõe no art. 5º incisos LVII e LXI da CF, pois a mudança de interpretação justificaria a realização de efeito suspensivo ao recurso, ainda cabível de acordo com a lei processual (LENZA, 2019).

Contudo o Código de Processo Civil discorre que os recursos especiais e extraordinários, não possuem efeito suspensivo. Assim, o *overruling* acontece quando tem mudanças, como nos julgados que antecederam a discussão, sobre a execução da pena antes do trânsito em julgado, houve mudanças de entendimentos, por óbvio os interesses eram diferentes, dessa forma a tese precisa se enaltecer e criar vínculos na lei.

Cabe destacar a definição de *overruling* nas palavras de Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2017, p. 597):

Constitui a resposta judicial ao desgaste de sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a replicabilidade (replicability), com o que o precedente deve ser superado. Essa conjugação constitui a regra básica para superação de precedente.

Sobre isso, Luís Roberto Barroso (2009) aponta que uma nova interpretação, tende a evidenciar efeitos que não haja uma alteração formal do direito vigente, examinar uma alteração substancial, para obter nova orientação, a elencar com valores, como a boa-fé, a proteção, confiança e segurança jurídica.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 31), a limitação dos efeitos temporais no *overruling* destina-se a proteger a confiança justificada no Poder Judiciário, sendo um ato de autotutela do próprio Judiciário.

Como se observa no Código de Processo Civil, o STF e o STJ podem promover a modulação para viradas jurisprudenciais gerando efeitos de *overruling*, o que possibilita a restrição de retroatividade com atribuições para efeitos propícios a um novo precedente.

Certamente a modulação em razão de um novo precedente, não levará em conta se o *overruling* envolve a declaração incidental de inconstitucionalidade ou mera

reinterpretação de leis ou outros atos normativos federais, estaduais, distritais ou municipais, exatamente porque o fundamento constitucional primário da manipulação temporal consiste na tutela dos princípios da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé e da irretroatividade do direito (GONÇALVES; ASSIS, 2016).

No que diz respeito ao âmbito da colegialidade e aos mencionados precedentes, por decisão do Ministro Marco Aurélio, por meio de decisão monocrática, da liminar foi rompida a decisão na ADC 54 ao conceder liminar por haver consonância entre o art. 283 do Código de Processo Penal e a Constituição Federal, ao deliberar sobre a suspensão da execução que não ocorreu o transito em julgado da sentença, levando a soltura dos que estavam presos antes do julgamento da apelação, salvo os casos específicos do art. 312 do CPP (BRASIL, 2018).

Esse julgamento aconteceu no dia 19/12/2018 às 14h, tendo em vista que o recesso forense começava a partir do dia seguinte, assim tomada a extensão da decisão liminar provida de efeitos *erga omnes* (LENZA, 2019, p. 1929).

O Min. Presidente do STF acolheu o pedido formulado pela PGR e deferiu “a suspensão de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida nesta data, nos autos da ADC nº 54, até que o colegiado maior aprecie a matéria de forma definitiva, já pautada para o dia 10 de abril do próximo ano judiciário, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018” (SL 1.188, às 19h39m).

Assim, o Ministro Presidente Dias Toffoli entendeu pela suspensão de forma a aguardar a apreciação pelo colegiado marcado para a data de 10 de abril de 2019.

Na peça, a Procuradora Geral da República (PGR) Raquel Dodge, afirmou que “a liminar desrespeitou sucessivas decisões colegiadas do próprio STF”, além disso, sustentou que a liminar poderia atingir 169 mil presos no país, de modo que tal medida afronta, por evidente, a segurança e a ordem pública (BRASIL, 2018, p. 01).

Esse entendimento do Ministro Marco Aurélio gerou grandes preocupações, à segurança e à ordem pública, pois, segundo o Conselho Nacional de Justiça, tal ato liberaria milhares de presos (BRASIL, 2018).

Logo, tais fatos, deixaram de maneira óbvia e evidente que, a grande discussão, divisão e modificação do Supremo Tribunal Federal diante da matéria, só demonstrou notável indecisão em formular uma concretização ao direito fundamental,

e ao mesmo tempo, a instauração de uma jurisprudência pautada na insegurança jurídica.

Em vista disso, no julgamento de mérito das ADCs 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal, na data de 07 de novembro de 2019, mudou seu entendimento e determinou o assentamento para dar constitucionalidade ao art. 283 do CPP, redação essa dada pela Lei 12.403/11. Assim, editou-se o artigo passando ao entendimento, que a prisão para execução da pena, só pode ser determinada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (MOREIRA; SCHMITT, 2019).

### **3 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE OU DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O princípio do Estado de Inocência, conhecido também como Presunção de Inocência ou da não culpabilidade, está presente, inicialmente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 no art. XI, 1<sup>4</sup> (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2009).

No Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, no seu artigo 8º - garantias judiciais, segue, “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (CONVENÇÃO, 1969).

Claramente exsurge da Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Na doutrina de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016), encontra-se que o princípio da não culpabilidade, presunção de inocência ou estado de inocência, são qualificações dadas como sinônimos e usados recentemente pela doutrina majoritária, o que na prática não possui distinção. Esse princípio foi inserido de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro ainda pela Constituição de 1988.

Salienta-se que sua aplicação já era posta pelo sistema de maneira implícita. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, trouxe o estado de inocência de modo mais amplo, para que, de alguma forma, abrangesse a Convenção Americana de

---

<sup>4</sup> Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (CONVENÇÃO, 1969).

Direitos Humanos, que estabeleceu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não-culpabilidade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Assim, a condenação do acusado, pela autoria de um crime, dispõe de uma infração criminal, gera uma sentença condenatória que, após passar pelo duplo grau de jurisdição, ou seja, antes de se esgotarem todas as vias, possibilidades recursais, antes que transite em julgado a decisão. Logo, todos são considerados inocentes, e compete à acusação, o ônus probatório desta demonstração, sendo que a restrição cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de extremamente necessidade (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Nesse contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. Não é outro o entendimento do STF, que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.45).

Por outro lado, Pedro Lenza (2019), elucida sobre o princípio da não culpabilidade ou da inocência. Nele, o Ministro Barroso explica, em seu voto, que a presunção de inocência é apenas um princípio e não uma regra. Assim sendo, analisado com valores e princípios da Constituição, tamanha a preocupação em realizar a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade previsto na Constituição.

O peso da presunção da inocência ou não culpabilidade, após a condenação em segundo grau de jurisdição, fica muito mais leve, muito menos relevante, em contraste com o peso do interesse estatal de que os culpados cumpram pena em tempo razoável. Desse modo, o estado de inocência vai se esvaindo à medida que a condenação vai se confirmando (Inf. 842/STF) (LENZA, 2019, p. 1925).

Colocando-se na balança a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade, caracterizado pelo princípio da presunção de inocência, ao passo que vão acontecendo as condenações em segunda instância, essa pretensão do Estado, passa a ser cumprido, diante do interesse ao se confirmar a condenação. A questão

foi levantada pelo sentido de que nas instâncias extraordinárias não se discutem fatos e provas (LENZA, 2019).

Dado o exposto, o Princípio da Inocência, não é mais considerado absoluto e o trânsito em julgado da sentença, não é mais requisito indispensável para o início do cumprimento da pena.

Assim, no art. 283<sup>5</sup> do Código de Processo Penal, ficam demonstrados os fatos que justificam a prisão e devem ser sempre contemporâneos à decisão que a decreta, pois é uma organização permanente criada com propósitos e incisivamente delimitado na Carta Magna (CUNHA, 2019).

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.45).

Assim o princípio da presunção de inocência tem sido encarado como sinônimo de presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido Távora e Alencar (2016, p. 46) discorrem que:

São expressões equivalentes. Esta é a nossa posição. Não podemos desmerecer, contudo, que em face da redação esboçada no inc. LVII do art. 5º da CF ensaiou-se uma distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.

Os doutrinadores Távora e Alencar (2016, p. 46) explanam ainda que: “a própria instauração do processo criminal autorizava que se presume a culpa do imputado, e não sua inocência”. De forma, que na atual ordem constitucional, não há distinção dessa ordem. No tempo que não transitar em julgado a sentença condenatória, a culpa não se estabelece.

Nas súmulas n. 716 e 717 do STF, que acolhe a aplicação dos benefícios da Lei de Execuções Penais, as pessoas que ainda não estejam definitivamente

---

<sup>5</sup> Art. 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

condenadas, desde que exista sentença condenatória em que só a defesa tenha recorrido. É o que se tem chamado de execução provisória (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Renato Brasileiro de Lima (2016a, p. 642) dispõe que: “O princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado”.

Ao final do devido processo legal, de forma que tenha o acusado utilizado de todos os meios de provas úteis para sua defesa (ampla defesa) e a destruição das provas apresentadas pela acusação (contraditório), princípios do devido processo legal.

Nota-se que derivam duas regras fundamentais deste princípio, a probatória, onde a parte acusadora tem o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória; enquanto que a de tratamento traz que antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a proibição à liberdade do acusado, seja por meio da decretação de prisão cautelar, ou por meio de uma medida cautelar diversa da prisão, devendo ser admitida somente a título cautelar, e presentes seus pressupostos legais (LIMA, 2016).

O princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Carta Magna, não é incompatível com a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição' (art 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto. Como assevera J. J. Gomes Canotilho, se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal (LIMA, 2016, p. 642).

Para Rogério Sanches Cunha (2015), o Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa), no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Enaltecendo que em nossa Bíblia Política (CF), diferente de alguns

documentos internacionais, não prevê, expressamente, que o cidadão é inocente, porém impede considerá-lo culpado até a decisão condenatória definitiva.

Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantidora é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade). Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos (CUNHA, 2015, p. 96).

Diante disso, ressalta-se que a Constituição Federal é a lei maior, devendo ser seguida sem afrontas ou discussões, pois essa emana do povo o qual, tem seu direito assegurado na Constituição Federal, seus princípios são seus ideais e o Princípio da Inocência é:

Conhecido, também, como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e à ordem pública. Reforça, ainda, o princípio da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente deveria alcançar aquele que fosse efetivamente culpado. Por isso, somente se poderia prender, fora do cenário cautelar, quando a pena aplicada transitasse em julgado (NUCCI, 2018, p.80).

Portanto, o Princípio de norma garantidora a presunção de não culpabilidade é visivelmente a pretensão de alguém inocente e, assim, impedir a aplicação da condenação e seus efeitos até o trânsito e julgado da sentença, expressamente o que é referido na Constituição Federal Brasileira e assegura a todos (CUNHA, 2016).

Mas tal garantia, como quase todos os direitos fundamentais, não é absoluta e admite derrogações em razão de outros princípios e regras estabelecidos pela própria Constituição. Já é certo nos Tribunais que garantias fundamentais como a privacidade e a intimidade (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal) podem ser afastadas, já que mesmo essas garantias cedem com autorização judicial para que aconteça, por exemplo, a interceptação telefônica e a quebra de sigilo bancário previstos no próprio artigo 5º, inciso XII (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2019, p.1).

Na presunção de inocência se observam circunstâncias que a mesma é afastada. A primeira é a possibilidade de o indivíduo ser investigado pela autoridade competente em procedimento próprio, sendo denunciado e ser parte ré da ação penal, tendo também as modalidades de prisão cautelar provando a liberdade do indivíduo quando existir indícios de autoria e materialidade, bem como se presentes os requisitos do art. 312 do CPP (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2019).

Se é possível, por um lado, privar de liberdade aquele contra o qual, entre outros requisitos, pairam indícios de autoria, o expediente de proibição de execução provisória implica tratar mais severamente o preso em regime de prisão preventiva do que aquele contra o qual já houve decisão condenatória. Uma leitura extremada da presunção de inocência vedaria a possibilidade de qualquer tipo de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Não se trata, portanto, de uma presunção absoluta, sendo derogada pelas próprias provas produzidas num processo em que se observam o contraditório e a ampla defesa (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2019, p.2).

Passando pelo atual texto constitucional, o questionamento era que ao garantir a presunção de inocência, estava determinado que o cumprimento da pena, prisão, deveria acontecer somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como só após o julgamento do Recurso Especial ou Extraordinário. Assim, o art. 564 do CPP é inconstitucional e os demais dispositivos que determinassem o início da execução da pena, antes que ao fim chegassem todos os recursos cabíveis do ordenamento jurídico (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2019).

Este argumento é afastado pelo fato de que nenhuma decisão condenatória satisfaz a disposição expressa do inciso LVII do art. 5º, ou seja, o 'trânsito em julgado' em sentido absoluto, 'diante da possibilidade de sua anulação ou de rescisão por meio de habeas corpus ou de revisão criminal. Daí a inevitável conclusão de que, em sentido amplo, a execução da pena é sempre provisória' (Sérgio Oliveira Médici, 1993 *apud* FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2019, p. 2).

Obviamente, é preciso interpretar o termo trânsito em julgado de acordo com as normas constitucionais, admitindo graus de abrangência. Pois uma interpretação absoluta implicaria que ninguém seria mais preso, sendo que nenhuma decisão é imutável, tendo por meio a possibilidade de revisão criminal e habeas corpus que possuem caráter revisional, admitidos pela jurisprudência (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2019).



Os tribunais entenderam que o artigo 594 do CPP, dispõe sobre o recolhimento à prisão, pois bem, o interesse de recorrer deveria ser interpretado em conjunto com o artigo 312 do CPP, o qual pressupõe as condições e requisitos para a prisão preventiva ser decretada. Assim, o que responde ao processo em liberdade, pode, na sentença, se existentes os pressupostos do artigo 312 do CPP, ter sua prisão decretada.

Frischeisen; Garcia e Gusman (2019, p. 03) explicam: “Como se vê, o princípio da presunção de inocência não é absoluto, de tal forma que não é ele incompatível com prisão anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”.

#### **4 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO CÓDIGO PENAL OU ATUAÇÃO CONSTITUINTE DE EMENDA CONSTITUCIONAL, NOVO OVERRULING, EM DECORRÊNCIA DE RELAÇÃO LEGISLATIVA**

A Alteração Legislativa dada pela Lei n. 13.964/2019 ao artigo 283 do Código Processo Penal, caput veda a execução antecipada da pena. Vale salientar que o art. 283 do CPP, foi alterado para facilitar o entendimento da mudança causada, pois a prisão poderá acontecer em duas determinadas situações: por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária ou por flagrante delito, sendo que é necessária para decretar a prisão cautelar, como para a condenação criminal transitada em julgado a ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária compete para ambas (ASSUMPÇÃO, 2020).

Desse modo, o art. 283 acrescenta ao art.5º, LVII, da CF, que o estado de inocência vigente constitucionalmente e presente no direito, se apresentando até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, estabelecida essa regra aplicável para todos os cidadãos independentemente do crime praticado. Sendo que como já visto acima não está vedada a prisão cautelar sequer a em flagrante (ASSUMPÇÃO, 2020).

Assumpção (2020, p. 96) explica que “A condenação criminal transitada em julgado é a última hipótese de prisão. Nesse caso, não é preciso fundamentar a prisão em si, porquanto ela decorre do próprio título condenatório definitivo”.

Embora de dicção explícita, o art. 5º, LVII, da CF/88, foi questionado perante o STF, tendo acontecido o mesmo com o art. 283 do CPP. A decisão mais recente, proferida nos autos da ADC 54, consagra a literalidade do dispositivo constitucional e válida a redação do art. 283 do CPP, na sua versão anterior e na atual, dada pelo “Pacote Anticrime”. A execução antecipada da pena volta a ser inadmissível, resgatando a posição que o Supremo adotou ao julgar o HC 84.078, em 2009, de relatoria do Min. Eros Grau. Naquela ocasião, interpretou-se que, embora os recursos interpostos perante os tribunais superiores não fossem dotados de efeito suspensivo, a exigência constitucional de advento do trânsito em julgado da sentença condenatória impedia a prisão da pessoa, exceto se razões cautelares a justificassem – aplicação da lei penal ou risco à instrução, especialmente. Resta superada a prisão decorrente de decisão colegiada condenatória, afastando-se da compreensão firmada quando do julgamento do HC 126.292, no ano de 2016 (ASSUMPÇÃO, 2020, p.96).

A Ação Declaratória de constitucionalidade 54 foi ajuizada com o mesmo propósito das anteriores 43 e 44.

Assim, em abril de 2018, bem como em dezembro do mesmo ano o relator do caso concedeu a liminar para suspender as execuções penais em curso, mas, imediatamente o presidente da Corte suspendeu a decisão. De modo que na data de 7 novembro de 2019 o tribunal julgou o mérito das três ações e, contrariando seu entendimento desde 2016, decidiu que a pena só pode ser executada depois de esgotados todos os recursos, com o marco do trânsito em julgado (CUNHA, 2019).

A decisão tomada na data de 07 de novembro de 2019, foi uma verdadeira virada jurisprudencial. Em discussão as decisões sobre o mérito das ADCs 43,44 e 54, sendo que não é cabível a execução provisória de acórdão penal condenatório ainda que sujeito a Recurso especial e Recurso extraordinário.

Por ser a maior instância legislativa do país, a Constituição Federal só pode sofrer alterações após a aprovação das chamadas Emendas Constitucionais, que servem para alterar ou modificar o texto e interpretação de alguns aspectos presentes na Constituição (BRASIL, 1988).

Para que o projeto de uma emenda constitucional (PEC) seja aprovado, este precisa passar por um longo processo de apreciação, desde o Congresso e Senado Nacional, até a escolha da sociedade, através de referendos (LENZA, 2018).

Assim, um projeto de emenda constitucional contém o entendimento para que o direito possa ser colocado em questão de fato e questão de direito, sendo que os fatos não fazem sentido sem o direito incluído (NEVES, 2008).

Porém, para um recurso ser admitido, esse deve ter seus pressupostos de admissibilidade atendidos dentre as hipóteses constitucionais de acordo com os arts. 102, III e 105, III da CF, levando a resolução do caso (BAHIA, 2016).

José Afonso da Silva apud Pedro Lenza, traduzindo o pensamento de Kelsen, conclui que '[...] Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever - ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau' (LENZA, 2018, p. 95).

Em vista disso, a Constituição deve ser interpretada, uma vez que é Lei fundamental de organização do Estado bem como a estruturação e divisão de seus poderes.

A guarda da Constituição Federal compete ao Supremo Tribunal Federal, pois ele é o órgão de direção do Poder Judiciário, definido no art. 102 da CF. Em vista disso, o STF é composto por onze Ministros, todos brasileiros natos, escolhidos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, devem ter notável saber jurídico e reputação ilibada, conforme art. 101 da CF/1988, eles são nomeados pelo Presidente da República, após sua aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, art. 101, parágrafo único, da CF. Tem suas principais atribuições definidas no art. 102 e seguintes da Constituição Federal (BRASIL, 2019).

Sobre os recursos, lhes competem, as atribuições de julgar em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (BRASIL, 2019).

Incluído pela Emenda Constitucional 45/2004, o art. 103-A da CF/1988, introduziu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988).

As PECs (propostas de Emenda à Constituição) de número 410/2018 na Câmara de Deputados e a 05/2019 no Senado, estão em tramitação no Congresso Nacionais ambas as PECs (ALVES, 2019).

Assim, a PEC 410/2018 procura alterar o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual passaria a ter seguinte redação “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso” (ALVES, 2019).

Logo a PEC 05/2019 possui a finalidade de acrescentar ao art. 93 o inciso XVI do Texto Constitucional, possibilitando assim a execução provisória da pena depois da decisão de acórdão proferida por órgão de colegiado. Várias interrogações que surgiram a essa discussão das PECs, essas sem resposta, devem aguardar a decisão jurídica nacional (BRASIL, 2019).

A indagação que se traz, é a que seria possível ter uma Proposta de Emenda Constitucional que trate de determinada matéria como a PEC 410/2018, e ainda que a mesma modificaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, este portado como cláusula pétrea, impossível, pois então de uma reforma feita pelo legislador constituinte derivado, precisando de uma nova Assembleia Constituinte para esta alteração, como dispõe do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal (ALVES, 2019).

Contudo há divergências entre os doutrinadores. Vale citar, por exemplo, a obra do Ministro Gilmar Mendes, Curso de Direito Constitucional, a qual assegura a possibilidade de uma Emenda Constitucional atingir o rol do artigo 5º da CF, desde que não tenha prejuízo ao direito fundamental (MENDES, 2014).

Posto isto, a reforma que visa suprimir do ordenamento constitucional o princípio da presunção de inocência, não seria admitida, contudo a Emenda Constitucional seria permitida para definir o conceito de culpa, pretendendo sua formação a partir do trânsito em julgado da sentença, ao analisar fatos e provas, não matéria de direito, pontualmente o que assim aconteceria com as decisões condenatórias proferidas por um tribunal no segundo grau (ALVES, 2019).

O STJ, através da súmula 07, em sede de recurso especial, bem como, o STF através da súmula 279, em recurso extraordinário, deixam de reanalisar provas e fatos nessa seara. Sendo que referidos tribunais, analisam a questão de possível violação

ao ordenamento jurídico, de forma que o STJ analisa questões infraconstitucionais e o STF questões constitucionais (ALVES, 2019).

Deste modo o *overruling* ocorreu quando houve a superação da jurisprudência, ou seja, o Supremo Tribunal Federal mudou de entendimento, e a reação legislativa ocorrerá se vier, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC). Assim, haverá uma reação legislativa com alteração do entendimento do Supremo em razão de uma publicação de Emenda Constitucional.

## 5 CONCLUSÃO

Após todas as considerações feitas neste trabalho, analisando o princípio da não culpabilidade e a presunção de inocência, a respeito do início da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença, estudando a virada jurisprudencial, novo *overruling*, bem como a análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos HC 840787, HC 126292 e no HC 152752, foram extraindo as seguintes considerações.

A polêmica do assunto no meio jurídico fez surgir várias dúvidas e discussões para a população, para o meio jornalístico e também aos críticos, da legislação. Logo, passa-se a analisar o que estava acima da fundamentação legal para criação de uma terceira instância, o que é totalmente anulável no sistema brasileiro.

A execução provisória da pena vai de encontro ao princípio da não culpabilidade e a presunção de inocência, pois a Constituição Federal, especificamente no art. 5º, inciso LVII, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e na mesma linha, o art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, define que ninguém será preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

Dispondo sobre os direitos fundamentais, a Carta Magna traz em primeiro lugar, os direitos e deveres do cidadão. A grande discussão, passa sobre uma posição sedimentada, que há mais de vinte anos era mantida pelo Supremo Tribunal Federal, pois do julgamento do HC 126292, na data de 17 de fevereiro de 2016, em uma virada jurisprudencial *overruling*, adotou o posicionamento de que era possível executar a

pena após a publicação do acórdão em segundo grau de jurisdição. Dessa forma, tal entendimento passou a ser aplicado por todos os juízes singulares e tribunais.

Contudo, na data de 07 de novembro de 2019 em uma histórica virada jurisprudencial mudaram o entendimento que vinha sendo adotado. Determinou-se que a prisão para execução da pena, só pode acontecer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entendimento este que ora predomina.

Não obstante os entendimentos dos ministros que compõem o STF, e discordam de suas decisões, deixando uma verdadeira lacuna a enfraquecer a democracia, pois eles que detém a função de seguir as leis e proteger a Constituição, observam essa saída como uma maneira aceitável.

Por fim, sobre o tema, tramitam no Congresso Nacional alterações para a Constituição Federal e também para o art. 283 do Código de Processo Penal, sinalizando nova mudança legislativa e, possivelmente, jurisprudencial. Assim, o Supremo Tribunal Federal observa que esse tipo de ação causaria o efeito “erga omnes”, de forma que a decisão vincularia a todos, colocando fim a discussão.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Análise jurídica da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade.** Meu site jurídico.com.br, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 1-6, nov. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/11/18/analise-juridica-da-decisao-stf-sobre-inconstitucionalidade-da-execucao-provisoria-da-pena-privativa-de-liberdade/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime:** comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BAHIA, Alexandre. **Recursos extraordinários no STF e no STJ:** conflito entre interesses público e privado. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 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 em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Habeas Corpus: HC 126292 SP,** Relator: Ministro Teori Zavascki, Data de Julgamento: 17 fev. 2016. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe. Divulgação 17

fev. 2016. Publicação 17 fev. 2016. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Habeas Corpus: HC 152752 PR**, Relator: Ministro Edson Fachin, Data de Julgamento: 04 abr. 2018. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe. Divulgação 04 abr. 2018. Publicação 04 abr. 2018. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Habeas Corpus: HC 840787 MG**, Relator: Ministro Eros Grau, Data de Julgamento: 05/02/2009. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe - 035. Divulgação 25-02-2010. Publicação 26-02-2010. Ementário Vol-02391-05 PP-01048.i Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Ementa. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **PEC 410/2018, Proposta de Emenda à Constituição**. Alex Manente - PPS/SP. Apresentação. 27/03/2018. Ementa. Altera o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1647784&filename=PEC+410/2018). Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Atividade Legislativa. Projetos e Matérias.Pesquisas. PEC 5/2019**. Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2019. Ementa: Insere o inciso XVI no art. 93 da Constituição Federal, para positivar a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=717.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Institucional. Supremo Tribunal Federal**. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. 17 fev. 2016. “a” Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **Presidente do STF acolhe pedido da PGR e suspende liminar sobre execução de penas sem trânsito em julgado**. Notícias STF. 19 de dezembro de 2018. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=399141>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Notícias STF. 05 de outubro de 2016. “b” Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade**. Notícias STF. 05 de fevereiro de 2009 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos**. Notícias STF. 07 de novembro de 2019. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONVENÇÃO Americana sobre Direito Humanos. **Comissão Internacional de Direito Humanos (1969)**. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em : [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 26 jun. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução da pena só é possível após o trânsito em julgado da sentença condenatória**. Meu Site Jurídico.com.br. São Paulo, v. 1, n. 9, p. 1-9. nov. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/11/08/stf-execucao-da-pena-e-possivel-apos-o-transito-em-julgado-da-sentenca-condenatoria/>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

**DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos**. UNIC/Rio/005 - agosto 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.



FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. **Execução Provisória da Pena, Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-dapena/3\\_execucao\\_provisoria\\_da\\_pena\\_versao\\_final\\_corrigido2.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-dapena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf). Acesso em: 15 nov. 2019.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes Brasileiras: A possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados á luz da dogmática jurídica moderna e do Novo Código de Processo Civil – CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, n. 14, p. 10, ago. 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.258.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.17.PDF). Acesso em: 30 nov. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 203.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016a.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016b.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 3, jul/set 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Castanheira. Questão de fato, questão de direito, ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). **Digesta**, v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

**Artigo recebido em:** 18/11/2020

**Artigo aceito em:** 16/12/2020

**Artigo publicado em:** 22/02/2022