

## ***NULLA EXECUTIO SINE TITULO* NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO DA RELAÇÃO ENTRE CULPA E PRISÃO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

**Luighi Ferrer Rocha Bezerra<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Dado o atual estado de crise jurídica referente à relativização do princípio da presunção de não culpabilidade em função de execuções provisórias da pena, que resta longe de pacificado com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o presente artigo tem como escopo um estudo mais aprofundado sobre as bases e institutos de tal fundamento constitucional, traçando um paralelo com o princípio do *nulla executio sine titulo*, da execução no Processo Civil e que é cabível à baila. Inicialmente, discute-se justamente a distinção para a aplicação de tal preceito na ciência criminal. Em seguida, analisa-se o instituto das prisões processuais à luz da Constituição Federal, bem como a relação entre tais institutos e a decretação de culpa do réu no processo. Logo após, procede-se à análise do conflito social causado pela valorização da liberdade e da desvalorização

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: luighibezerra@gmail.com

do poder judiciário enquanto fomentador de tal segmento, culminando em uma análise dos desdobramentos do julgamento pelo STF das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Por fim, conclui-se que o princípio de que não há execução sem título deve ser aplicado ao processo penal como forma de limitar o poder punitivo do Estado, sob pena de graves danos ao tecido de direitos fundamentais consubstanciado no ordenamento jurídico vigente.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Presunção de Não Culpabilidade. Prisão. Culpa. Direitos Fundamentais.

*“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos”*

(Eduardo Galeano)

## 1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil sustenta-se, em seus alicerces fundadores, em um sistema de garantias fundamentais cujos desdobramentos principais se perfazem na figura do princípio da dignidade humana. Dele, decorre uma noção que, por muito tempo, resta controversa e suscetível a interpretações nefastas à aplicação jurídica de seus institutos: a presunção de não culpabilidade.

Rompendo uma matriz secular de processos acusatórios em que, ao acusado, sequer era dado o direito de exercer uma defesa

propriamente constituída, os ensinamentos de Cesare Beccaria<sup>2</sup> manifestavam-se notadamente na valoração da liberdade enquanto direito fundamental dos mais preciosos, observando que a mancha negativa de uma prisão na vida de um réu não podia ser compensada em caso de absolvição superveniente. A consagração de tais ideais se deu em 1789, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual declarava, em seu art. 9º, que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Como é de se saber, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura inconstante e oscilante quando do exame da constitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, tendo fixado recentemente uma posição mais forte na matéria através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 45. No entanto, essa oscilação também representa uma inconstância de pensamento crítico acerca de um tema tão caro ao Estado Democrático de Direito.

A princípio, o debate aqui trazido à baila carece de um estudo terminológico e da nomenclatura a que se tratam os julgamentos e discussões sobre o assunto. É de se fazer notar, inicialmente, a diferença cabal entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da presunção de não culpabilidade, sendo o último o objeto de estudo deste trabalho.

A distinção a ser feita entre os dois termos é o momento processual de sua utilização. A presunção de inocência é regra geral que presume que não há de incidir contra qualquer cidadão o pesar de um processo acusatório sem que haja fundadas razões para tal, sendo,

---

2 Jurista italiano notável por sua obra *Dos Delitos e das Penas*, cujas contribuições iluministas para a humanização do direito criminal são influência e referência até os dias atuais.

portanto, princípio norteador do inquérito policial e da decisão de recebimento da denúncia pelo juízo. Diferentemente, a presunção de não culpabilidade norteia o processo em juízo, visando que só poderá ser declarado culpado aquele indivíduo contra quem haja sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do consagrado art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

A importância de um debate construído sob premissas interpretativas sólidas e bem fundadas é cada vez mais significativa em tempos de desidratação de um pensamento crítico acerca do tema. É prática a ideia de que o apelo social por um punitivismo imediatista acaba se convertendo em um problema muito maior: acusados por pequenos delitos e ignorados pelo princípio da insignificância acabam profissionalizando-se no crime em presídios que não oferecem o mínimo de condições de ressocialização do indivíduo.

Nesse cerne, o presente artigo tem por objetivo realizar minuciosa análise do tema em questão através de princípios basilares do sistema processual penal brasileiro e do ordenamento jurídico pátrio como um todo, tomando como base as fundações da Constituição Federal de 1988 e buscando solidificar um entendimento de pacificação social acerca do tema da execução provisória da sentença.

## **2. DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO INSTITUTO DO *NULLA EXECUTIO SINE TITULO* À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO E DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Inicialmente, é mister reforçar a necessidade da cautela ao buscar aproximar da ciência processual penal conceitos notadamente servidos ao processo civil ao longo dos anos. O direito criminal, como

um todo, deve ser tratado como ramo autônomo e com ciência e desenvolvimentos próprios.

Tal observação preliminar é significativa a partir do momento em que se constata que muito do progresso das ciências criminais, mais notadamente do processo penal, viu-se maculado por uma constante aplicação de normas vigentes no âmbito cível das relações no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, leciona o professor Walter Nunes da Silva Júnior:

Os direitos fundamentais, plasmados em forma de princípios na Constituição, constituem a espinha dorsal da teoria do processo penal, com alcance distinto ao de sua aplicação no processo civil. Isso porque há uma distinção ontológica entre um e outro, na medida em que, sendo o escopo do processo civil a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, o do processo penal é o regramento do exercício do dever-poder de punir do Estado. (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 23)

É assim, dadas tais considerações, que aqui, ao tratar-se da aplicação de conceitos gerais do processo na seara criminal, buscase traçar paralelos entre as duas ciências, visto que, teleologicamente, paralelos não se cruzam, mas apenas se acompanham mutuamente.

Embarcando mais especificamente no instituto do princípio *nulla executio sine titulo*, entende-se que este, em tradução literal, significa que “não há execução sem título”. É a ideia tratada no Processo Civil de que é necessário um título judicial ou extrajudicial que comprove a materialidade e a realidade de tal procedimento de constrição, devendo-se tal fato à ideia de que, na execução, intervém-se na liberdade patrimonial do indivíduo no polo passivo, colocando-o em posição desfavorável. (NEVES, 2018, p. 1061)

No Processo Penal, opera-se em semelhante rumo. No entanto, observa-se que a autonomia violada na seara criminal não é a patrimonial, mas a liberdade do indivíduo em sentido amplo. Ainda, o

título da execução penal deve ser, como preceitua o texto constitucional, estritamente judicial: uma sentença condenatória transitada em julgado.

Neste ramo, torna-se que a máxima do título é ainda mais importante na análise aqui realizada, visto que, no âmbito cível, o processo é um meio de pacificação social que decorre da falha em se resolver a causa extraprocessualmente, enquanto que, na seara criminal, por outro lado, o processo é, de fato, a única via para se alcançar eventual punição a um indivíduo.

Tomando esse gancho, traremos as peculiaridades de cada ramo de maneira a guiar a compreensão e iniciar a estabelecer premissas mais sólidas de interpretação sobre o tema.

## **2.1 Principiologia hodierna aplicada no Direito Processual Civil em contraste ao Processo Penal**

O Processo Civil passou, em seus últimos tempos, por muitas reformas no ordenamento jurídico vigente. O advento do novo Código de 2015 trouxe inovações precipuamente na questão da execução, com uma adaptação de seus institutos à realidade moderna.

Em tal faceta, observa-se que, hoje em dia, o Processo Civil lida com uma flexibilização muito maior da preciosa segurança jurídica anteriormente desprendida aos autos.

No novo processo, o título deixou de ser sinônimo de certeza jurídica, principalmente devido à possibilidade de concessões prévias, também se permitindo a utilização de meios executivos atípicos. Admite-se essa atipicidade porque se entende que nem sempre o legislador é capaz de prever todos os meios executivos possíveis e utilizáveis (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 87). De tal forma, deu-se ao Judiciário o poder de determinar as medidas executivas.

Diametralmente oposto nesse sentido é o Processo Penal, no sentido de que as condenações, prisões e execuções devem seguir um rito específico de tipicidade no que tange aos indícios contundentes de autoria e prova de materialidade. De mesma forma, flexibilizações não

podem ser admitidas em tal esfera, visto que a dúvida é um benefício que assiste ao réu, através do famoso princípio do *in dubio pro reo*.

O Processo Civil, notadamente no âmbito da execução, tem como principal escopo a satisfação integral do direito da parte exequente, sendo o executado mero objeto ou meio para que se alcance tal interesse. Diversamente, é necessário que o Processo Penal seja visto como um instrumento de garantias em sua acepção mais forte, invariavelmente prezando pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Há o verdadeiro deslocamento do encargo processual para o titular da ação penal.

Outro ponto que merece reverente destaque é o da consequência de uma execução antecipada nas duas ciências distintas. No Processo Civil, há, atualmente, a possibilidade de se conviver com a dúvida razoável como algo que não atrapalhe a eficácia de uma constrição, visto que, invariavelmente, a grande maioria dos casos envoltos na esfera cível possuem uma natureza essencialmente patrimonial e que, portanto, a reversibilidade dos danos se perfaz bastante possível.<sup>3</sup>

Essa última ideia é absolutamente inapropriada a um processo criminal. Como já destacado anteriormente, a incerteza é cabalmente uma forma de descaracterização da culpa e da mais longínqua possibilidade de uma eventual condenação do réu. Em tal seara, uma execução antecipada não fundada em sentença transitada em julgado ou uma prisão cautelar decorrente de decisão não fundamentada em indícios suficientes não é reversível em seu sentido subjetivo. Não há como se restituir o tempo de liberdade perdido de um cidadão injustificadamente preso.

É nesse sentido que deve atuar a interpretação do Código de Processo Penal, visando que este seja permeado pelo invólucro garantista

---

3 Nesse sentido, é importante destacar que as execuções antecipadas no ramo processual civil acontecem por risco do exequente, que responde objetivamente pelos danos causados ao executado. Para tal, deve haver a garantia do juízo, principalmente na forma de caução suficiente e idônea (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 507).

da Constituição Federal e tendo seus institutos diretamente analisados à luz do rol dos direitos e garantias fundamentais.

### **3. DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS CAUTELARES: EXECUÇÃO, PRISÃO E CULPA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Elemento de notável obviedade, mas que, aparentemente, gera certa crise de compreensão entre sociedade e aplicadores da lei, é a diferenciação entre execução penal de sentença condenatória e prisão em sentido estrito.

É princípio basilar e norteador do Direito Penal que este seja a *ultima ratio*<sup>4</sup> do sistema jurisdicional. Só se aplica a lei penal no caso de falha de todos os outros meios menos gravosos, visto que a imposição de sanção de tal natureza ocasiona restrição e privação ao indivíduo de um de seus maiores bens jurídicos tutelados por direito fundamental: a liberdade.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

A fundamental manutenção do instituto da prisão cautelar, como medida indispensável à promoção da escorreita instrução probatória, assegurando-se a aplicação da lei penal e impedindo-se distúrbios inúteis à segurança pública, desvirtua-se para o nefasto campo da aplicação da pena antecipada, que, confrontada com a presunção de inocência, somente pode resultar em malfadada presunção de culpa. (NUCCI, 2011, p. 288)

O texto original do Código de Processo Penal brasileiro foi editado na época em que a prisão era regra e a liberdade, exceção. A redação

---

4 Do latim, “último recurso”.



antiga do art. 393 autorizava a prisão desde a primeira condenação. Isso mudou por uma virada no pensamento social e legislativo, no sentido de que a reforma de 2011 do texto legal ocorreu para inverter o parâmetro adotado em tal temática. (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 404)

Pensando nisso, o legislador exterioriza tal ideal no tão discutido Título IX do Código de Processo Penal, intitulado “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”.

Em primeiro plano, o art. 282 do diploma legal fundamenta tais espécies de medidas de forma a embasá-las na utilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal. Ainda se encontram descritos os casos em que se vale das medidas para evitar a prática de infrações penais e para que sejam valoradas a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

A prisão preventiva, como elemento chave para compreensão da ideia deste tópico, traz em seu bojo, no art. 312 do Código de Processo Penal, os seguintes termos:

Art. 312. 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.

Nesse cerne, entende-se que, assim como a tutela provisória está para o Processo Civil, a prisão preventiva está para o Processo Penal. Distinção importantíssima e de clara noção é a de que a execução penal não se confunde com a prisão processual. Executar é implementar um título jurídico. Não existindo ainda um título jurídico a ser executado (sentença penal condenatória transitada em julgado), as prisões no curso do processo servem unicamente aos propósitos destacados nos dispositivos que regulam as medidas cautelares no Código de Processo

Penal, sem prejuízo de eventual detração da pena quando de sua efetiva execução.

Observando por esse lado, há de se ter profundo apreço pelos pressupostos, fundamentos e critérios para a aplicação de tal medida. Em tal ótica, o *fumus boni iuris* representa os pressupostos, enquanto que os fundamentos se traduzem no *periculum in mora*.<sup>5</sup> No artigo transcrito logo acima, observa-se que a primeira parte retém justamente os requisitos, enquanto que a segunda demonstra os fundamentos da decretação da prisão preventiva. (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 429)

O que se observa, portanto, é a existência de um rol taxativo de hipóteses em que tal medida mais gravosa pode ser adotada na prática, tendo o legislador corretamente restringido a atuação judicial em tal sentido na busca de minimizar arbitrariedades.

Em sentido estrito, o *fumus boni iuris* se traduz na probabilidade de procedência da pretensão acusatória contra o indivíduo. O reconhecimento da efetiva materialidade delitiva é compulsório para que seja válida a prisão preventiva, não podendo ela ser decretada mediante mera suposição. Em tal ponto, é interessante a observação de José Frederico Marques (2000, p. 60) de que se faz necessária a comprovação tanto da tipicidade quanto da antijuridicidade de tal fato.

A mesma concretude não é observada em relação à autoria do crime. O legislador foi claro na segunda parte do já transcrito art. 312 ao separar em duas categorias diferentes “prova da existência do crime” e “indício suficiente de autoria”, de forma que a razoável probabilidade já é suficiente para que seja válida a decretação da prisão. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 27)

Em outro plano, o *periculum in mora*, que literalmente se traduz em “perigo da demora”, reflete a necessidade e a indispensabilidade da

---

5 Nesse sentido, o *fumus boni iuris* (ou probabilidade do direito pretendido) simboliza o *fumus commissi delicti*, enquanto que o *periculum in mora* (necessidade ou urgência da prestação) corresponde ao *periculum libertatis*.

decretação da prisão preventiva nas finalidades postas. Nesse ângulo, a redação de que “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” remete a um trinômio importantíssimo: providência de segurança social, forma de instrução do processo e garantia da eficácia da lei penal.

Não abordamos aqui o estudo da prisão em flagrante por entender que ela se caracteriza mais como uma detenção administrativa do que propriamente judicial, visto que ainda passa pelo crivo do Poder Judiciário na audiência de custódia para que seja convertida em prisão preventiva, medida cautelar diversa ou até mesmo relaxada.

### **3.1 O conteúdo do art. 283 do Código de Processo Penal e a antítese entre culpa e prisão**

Mais importante, para este plano de análise, é o conteúdo normativo do art. 283 do mesmo Código de Processo Penal, que preceitua:

Art. 283. 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.

É um ponto relevante principalmente quando se contrapõe tal artigo à redação do já comentado inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, que lega: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Pois bem, embasado na distinção já feita anteriormente, observa-se que a culpa em sentido estrito só é razão para prisão quando esta já se encontra em sua fase de execução. Fato é que, durante o processo,

justifica-se a reclusão do indivíduo somente mediante fundamentação clara, razoável e adequada do magistrado.

O entendimento de que se pode haver decretação de culpa e, portanto, execução antecipada da pena após condenação em segunda instância não pode prosperar de maneira alguma, tendo em vista o exposto e os claros termos dos dispositivos legais transcritos.

É de se notar que a inocência não se exaure quando do fim da análise dos fatos no processo, isto é, no segundo grau de jurisdição. Por existirem circunstâncias jurídicas que se translucidam em causas de absolvição, nulidade ou extinção da punibilidade ainda nos Tribunais Superiores, não há que se falar no esgotamento ou relativização do princípio da não culpabilidade nesse momento processual.

Com efeito, é importante lembrar que o legislador, na ocasião da Reforma Tópica de 2008, revogou expressamente o art. 594 do Código de Processo Penal, que possuía a redação de que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”.

Nada obstante, não há impedimento algum para que, em se configurando as hipóteses legais, seja decretada a prisão preventiva, temporária ou outra medida cautelar, visto que o art. 311 do Código de Processo Penal autoriza o cabimento em qualquer fase da ação penal ou mesmo de investigação policial. Assim, é sadio firmar que as prisões processuais encontram respaldo na ordem jurídica vigente, não obstante o princípio basilar da presunção de inocência.<sup>6</sup>

### **3.2 Efeitos e eficácia do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade em termos**

Interessante é se debruçar sobre as repercussões jurídicas acerca do princípio da presunção de não culpabilidade. Em duas frentes

---

6 Importante acautelar que aqui se utiliza o termo “inocência”, em lato sensu, e não “não culpabilidade” pelo fato de que as prisões processuais podem ocorrer em

gerais, o que se assume é que o preceito constitucional do art. 5º, LVII, serve como um parâmetro que subordina as interpretações das normas vigentes como um todo, bem como age como limitador da atividade legislativa em torno do tema.

Em um sentido processual mais estrito, precisa é a classificação quanto às premissas impostas pelo princípio da presunção de não culpabilidade elencada por Alexandre de Moraes:

Primeiramente, o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*);

Em segundo lugar, há a necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa;

Por fim, há absoluta independência funcional do magistrado na valoração livre das provas. (MORAES, 2006, p. 393)

Como premissa interpretativa, é mister ressaltar justamente a maneira com que o princípio da presunção de não culpabilidade afeta a leitura do Código de Processo Penal. Além de todos os dispositivos pertinentes já suscitados neste trabalho, faz-se notar que a Reforma Tópica de 2008, que instaurou também o princípio acusatório de maneira mais solidificada em nosso ordenamento, veio a derrogar muitos dispositivos que iam de encontro à liberdade provisória e enclausuravam

---

qualquer fase processual ou pré-processual, incluindo até o inquérito policial, de forma que, nessa fase, ainda se afigura presente o espectro amplo do princípio da presunção de inocência.

o indiciado, réu ou sentenciado em verdadeiro estado de presunção de culpa.

Como ponto chave do Processo Penal, tem-se que o ônus da prova compete em sua inteireza ao órgão acusador, justamente pela decorrência da ideia de que todos são inocentes até que se prove o contrário. Pelo outro lado, não cabe ao acusado provar sua inocência, sendo a defesa técnica assistida pelo defensor um meio de endossar a não culpabilidade e validar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por último, é um desdobramento do princípio da presunção de não culpabilidade o importantíssimo *in dubio pro reo*, já mencionado anteriormente no tópico 2.1, que determina que a dúvida é um benefício assegurado exclusivamente ao réu, devendo o magistrado decidir em favor do acusado quando estiver diante de tal circunstância no julgamento acerca da culpabilidade ou não deste. (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 542)

#### **4. O BINÔMIO LIBERDADE VS. EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO**

Na prática, o que costuma se observar é um sentimento social de que a liberdade de quem responde a processos penais é considerada infâmia e o retrato de uma dita “impunidade” e de ineficácia das estruturas do Poder Judiciário, confirmando um verdadeiro populismo sensacionalista contra as instituições jurídicas.

No entanto, uma das premissas de interpretação dos institutos processuais penais é justamente a de um princípio de sistema de Estado Democrático. Sendo este dotado de medidas de pesos e contrapesos no escopo de equilibrar interesses e representatividades, é de se esperar que as instituições judiciais atuem de maneira a refrear anseios de uma maioria acrítica que se volta a destituir de legitimidade dispositivos

constitucionais fundantes da República. É em tal sentido que se configura o papel contramajoritário do Poder Judiciário.

O que não se pode olvidar, de fato, é que a pretensão punitiva é estritamente estatal, não tendo o acusado que colaborar com a flexibilização de sua liberdade para que isso se concretize. Entende-se, assim, que o interesse de conferir tal “efetividade” deveria ser apreciado pelo próprio Estado, dando maior celeridade ao curso dos processos e fazendo jus ao direito fundamental à razoável duração do processo, garantido no texto constitucional em seu art. 5º, LXXVIII, e não adiantando execuções penais.

Em tal circunstância, a celeridade do processo é um benefício para ambas as partes processuais. Como já ressaltado, revigora o Poder Judiciário enquanto órgão de pacificação social, produzindo resultados com vistas a garantir a aplicação dos direitos fundamentais aos que se incluem no ordenamento jurídico.

Por outro lado, é importante ressaltar o fundamental papel da celeridade processual para os acusados em processos criminais. Nesse sentido, ao mostrar os riscos de um processo que se estende por muito tempo sem uma resolução própria, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 307) é extremamente didático em seu ensinamento:

Imagine-se a decretação da prisão cautelar pelo crime de roubo, cuja pena varia de quatro a 10 anos de reclusão. Leve-se em consideração, também, os benefícios previstos em execução penal, como a progressão possível, atingindo um sexto do cumprimento no regime anterior. Portanto, um réu não pode ficar detido por mais de um ano, como regra, no regime fechado, uma vez que várias hipóteses podem ocorrer: (a) condenação a pena mínima, de quatro anos, cujo montante de um ano representa um quarto do total; (b) condenação a pena média de seus anos, cujo montante de um ano simboliza um sexto do total; (c) absolvição. Nas duas primeiras hipóteses, nota-se um exagero punitivo, pois, mesmo quando condenado, não ficaria o réu preso no regime fechado mais que oito meses, na primeira situação, nem mais que um

ano, na segunda. Quanto à terceira, tem-se a total impossibilidade de recuperação do ano perdido.

Se esse mesmo réu ficar preso por tempo muito superior a um ano, invade-se seara mais grave, pois ele começa a atingir patamares de cumprimento de pena, em regime fechado, sem a percepção de qualquer tipo de benefício. (NUCCI, 2011, p. 307)

Como ressaltado, uma prisão cautelar que se estenda por tempo demasiado termina se convertendo em verdadeira execução antecipada da pena, fato contrário ao momento apropriado de tal evento, que seria somente após uma sentença condenatória transitada em julgado. Também, leva-se em conta a questão de que quanto mais tempo o indivíduo passa encarcerado, maior o dano a ele e, conseqüentemente, à sociedade quando do retorno dele ao convívio.

Com efeito, deve-se perceber que a ausência de diligência estatal quanto à eficácia da lei penal em si também é fato que fere direitos fundamentais, deixando de prover segurança à sociedade e de garantir a efetividade da lei penal. Isso se afigura principalmente nos casos em que já é esperada a atuação do Estado no sentido de punir um indivíduo pelo cometimento de um crime, mas o modelo processual vigente o impede de agir.

Porém, o que exerce tal controvérsia não é um sistema recursal de “excessos de direitos” ou de valorização à impunidade, mas, sim, um estado de morosidade que adia o trânsito em julgado até que este possivelmente nunca aconteça. Na prática, recursos são apresentados tempestivamente nos prazos do Código de Processo Penal, mas levam meses nos gabinetes dos Tribunais até que sejam decididos ou sentenciados.



## 5. AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54 E SEUS DESDOBRAMENTOS

Em sua mais recente análise do tema, o Supremo Tribunal Federal veio por fixar novo entendimento acerca da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância, declarando, portanto, a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade tinham como objetivo a simples confirmação de que o texto legislativo incluído no CPP através da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, encontrava-se em conformidade com o disposto na Constituição Federal.

É de simples análise, diante do exposto neste trabalho, que a declaração de constitucionalidade deveria ser absolutamente indiscutível. No entanto, o mesmo Pretório Excelso já havia decidido contrariamente em outra oportunidade, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, em que foi decidido, em regime de repercussão geral, que a execução antecipada da pena não feria o texto constitucional.

Mesmo diante da decisão favorável no recente julgamento em âmbito de controle de constitucionalidade concentrado, é necessário se observar que a procedência das Ações Declaratórias de Constitucionalidade foi declarada por uma margem mínima de 6 votos a 5.

É inevitável a vista de que alguns dos votos proferidos na decisão foram dados com verdadeira ortodoxia, privilegiando argumentos de toda natureza com exceção da jurídica.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto contrário à procedência das ADCs, determinou que “se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena,

mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade.”<sup>7</sup> É de se estranhar que em tal caso, na Suprema Corte do país, depare-se com argumentos que vão de encontro justamente à função contramajoritária do STF, atendendo a interesses coletivos populistas de um claro punitivismo.

Na mesma linha, apesar de votar pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, o Ministro Dias Toffoli editou em seu voto um verdadeiro pedido de desculpas, buscando se eximir da “culpa” de, basicamente, declarar constitucional a Constituição Federal. Reiterou incontáveis vezes que se tratava de um julgamento abstrato e que, portanto, não estariam julgando uma pessoa em específico, bem como encerrou sua fala afirmando que o parlamento poderia rever o dispositivo ali contestado e mudá-lo<sup>8</sup>, ponto este que será discutido a seguir neste trabalho.

De toda forma, importante é a defesa do Min. Celso de Mello, ao afirmar que a atuação do Estado em punir a criminalidade não pode ser feita de modo a transgredir as garantias fundamentais, além de afirmar que “a proteção das liberdades representa encargo constitucional de que o Judiciário não pode demitir-se, mesmo que o clamor popular manifeste-se contra”.<sup>9</sup>

Em linhas gerais, atingiu-se o resultado esperado em um julgamento de consequências políticas e que desperta ânimos da sociedade como um todo. No entanto, a forma como se deu tal julgamento pode ainda levantar pontos problemáticos, que se tornam o centro de intensas

---

7 Voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de novembro de 2019.

8 Voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de novembro de 2019.

9 Voto do Ministro Celso de Mello no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 7 de novembro de 2019.

discussões no Poder Legislativo e, possivelmente, em sede de um novo controle de constitucionalidade sobre as normas supervenientes.

### **5.1 O princípio da presunção de não culpabilidade como cláusula pétrea**

Acerca do conceito das cláusulas pétreas, definidas no art. 60, §4º da Constituição Federal, não poderia ser mais clara a lição do Min. Ayres Britto em seu voto no julgamento da ADI 2.356:<sup>10</sup>

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.

Assim, as cláusulas pétreas se manifestam como um instrumento de garantia de existência e efetividade dos direitos fundamentais, impedindo a modificação formal da Constituição que vise a abolir disposições consideradas como direitos e garantias individuais, o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação dos Poderes.

Nessa seara, a análise a ser feita é a de que o princípio da presunção de não culpabilidade não pode ser alvo de relativizações legislativas, notadamente pelo fato de que é uma das garantias individuais que preza por um dos bens mais caros ao ser humano: sua liberdade.

---

10 STF ADI nº 2.356. Relator: Min. Néri da Silva. Relator para o Acórdão: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 25/11/2010. Data de publicação: DJe de 19/05/2011.

O Projeto de Emenda Constitucional nº 5, de 2019<sup>11</sup>, que visa a inserção de um inciso XVI no art. 93 da Constituição Federal para positivar a possibilidade de execução provisória da pena após a condenação por órgão colegiado, é uma clara ofensa ao texto da própria Constituição, colocando em embaraço toda a construção jurídica, argumentativa e doutrinária sobre o tema.

Pode-se depreender que a Carta Magna possui esse sistema de freios justamente para que sejam resguardados os direitos fundamentais contra oportunismos políticos e clamores infundados, prezando para que não haja retrocesso na ordem do Estado Democrático de Direito.

## 6. CONCLUSÕES

Em uma sociedade em que inocentes se presumem acusados e acusados se presumem culpados, é importante o respeito às instituições e, principalmente, ao texto constitucional, no tocante aos direitos e garantias fundamentais.

Isso posto e diante do embasamento jurídico desenvolvido no trabalho, percebe-se a necessidade da aplicação do princípio *nulla executio sine titulo* no Processo Penal, firmando que a pena só pode ser executada após sentença condenatória transitada em julgado, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Reforçada a ideia de que as prisões no curso do processo são plenamente possíveis e, inclusive, absolutamente necessárias para os casos previstos em lei, analisa-se que a culpa do acusado não é fundamento para sua prisão, mas, sim, para a execução de sua pena ao final do processo com o trânsito em julgado. Fundamentos para a

---

11 A proposta da PEC está disponível na página do Senado Federal, no endereço: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>>

conversão de detenções em prisões preventivas são aqueles definidos na interpretação conjunta e sistemática do art. 283 e 311 do Código de Processo Penal.

No entanto, apesar da recente decisão na instância máxima do Poder Judiciário, os desafios ainda persistem. O abuso do instituto das prisões cautelares, amplamente discutido neste artigo, torna-se um meio constitucional e amparado no arcabouço legal para que se distorça a função inicial de tais medidas. Apesar da necessidade da existência da prisão no curso do processo, exala-se a necessidade de extrema circunspeção quando de sua aplicação para evitar arbitrariedades e execuções forçadas, enfatizando ainda mais a indispensabilidade da devida fundamentação nas decisões judiciais.

Para a insustentável inquietação social acerca do tema, é necessária uma ponderação acerca da própria função do Direito Penal como um todo. Deve-se avaliar que, para a coletividade, é mais danosa a condenação de um inocente do que a absolvição de um culpado, visto a lesão apenas potencial desta segunda, enquanto que a primeira representa uma mácula real e material ao indivíduo. De tal sorte, é necessário que se aguarde até o momento de verdadeira formação da culpa de alguém para que se possa puni-lo de forma adequada e razoável.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**: Execução. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal**. 2. ed. Natal: Owl Editora Jurídica, 2015.

\_\_\_\_\_. **Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 906, p. 287-315, abr. 2011. Mensal.

**NULLA EXECUTIO SINE TITULO IN CRIMINAL PROCEDURE:  
AN ESSAY ABOUT THE RELATION BETWEEN GUILT AND  
PRISON IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

**ABSTRACT**

Given the current state of legal crisis regarding the relativization of the principle of presumption of non-culpability due to provisional executions of the sentence, which remains far from pacified with the recent ruling of the Federal Supreme Court, this article aims to further study the bases and institutes of such constitutional foundation, drawing a parallel with the principle of *nulla executio sine titulo*, of execution in Civil Procedure and which is appropriate to the matter. Initially, the distinction for the application of such precept in criminal science is precisely discussed. Then, we analyze the institute of procedural prisons in the light of the Federal Constitution, as well as the relation between such institutes and the defendant's decree of guilt in the process. After that, we analyze the social conflict caused by the appreciation of freedom and the devaluation of the judiciary as a promoter of this segment, culminating in an analysis of the unfolding of the judgment by the Supreme Court of Declaratory Constitutionality Actions 43, 44 and 54. Finally, it is concluded that the principle that says there is no execution without a title should be applied to criminal proceedings as a means of limiting the punitive power of the State, under penalty of serious damage to the system of fundamental rights embodied in the existing legal system.

**Keywords:** Criminal Procedure. Presumption of Non-Culpability. Prison. Guilt. Fundamental Rights.

