

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

TACIANE BORGES LEITE

**EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE  
A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

RIO DE JANEIRO  
2016

TACIANE BORGES LEITE

**EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE  
A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM FACE DO PRINCÍPIO DA  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Carlos Vasconcellos dos Reis

RIO DE JANEIRO  
2016

L533a Leite, Taciane Borges

Análise da modificação do entendimento do supremo tribunal federal sobre a execução provisória da pena frente ao princípio de presunção de inocência - Rio de Janeiro: UNIRIO, 2016.

62p.; 30 cm

Orientador: Prof. Me. José Carlos Vasconcellos dos Reis  
Trabalho de Conclusão de Curso - Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), 2016

Bibliografia: p.61-62.

1. Execução Provisória da Pena 2. Artigo 5º, LVII 3. Presunção de Inocência 4. Supremo Tribunal Federal I. Reis, José Carlos Vasconcellos II. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Políticas III. Título

CDD: 340

*Dedico esta monografia à minha família, pela confiança e por não medir esforços para me apoiar integralmente.*

## RESUMO

A monografia estuda a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de se executar a sentença condenatória penal antes de seu trânsito em julgado, analisando se isto implica ou não na violação do artigo 5º, inciso LVII, que consagra o princípio da presunção de inocência na Constituição. Para tal, aborda-se o histórico, a evolução e a importância dos direitos individuais e do princípio da presunção de inocência, discutindo-se ainda o seu alcance. O estudo apresenta o julgamento que fixou o entendimento que perdurou de 2009 a 2016, seguindo para a ação que suscitou toda a controvérsia aqui debatida, qual seja, o *Habeas Corpus* 126.292, em que se expõem os argumentos dos Ministros que culminaram na modificação do entendimento sobre o tema. Utiliza-se a visão da doutrina para aprofundar a discussão. São também analisadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em que há a confirmação do novo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Execução Provisória da Pena; Constituição de 1988, Artigo 5º, LVII; Presunção de Inocência; Supremo Tribunal Federal.

## RESUMEN

Esta monografía estudia el cambio de entendimiento del Supremo Tribunal Federal sobre la posibilidad de ejecutarse la sentencia condenatoria penal antes que esta sea definitiva, analizando si esto implica o no la violación del artículo 5º, inciso LVII, que consagra el principio de la presunción de inocencia en la Constitución. Para ello, se aborda el histórico, la evolución y la importancia de los derechos individuales y del principio de la presunción de inocencia, y se discute aún su alcance. El estudio presenta el juzgamiento que fijó la comprensión que perduró desde de 2009 hasta 2016, siguiendo para la acción que suscitó toda la controversia acá debatida, es decir, el *Habeas Corpus* 126.292, en el cual se exponen los argumentos de los Ministros que culminaron en el cambio del entendimiento sobre el tema. Se utiliza la visión de la doctrina para profundizar la discusión. Se analizan también las Acciones Declaratorias de Constitucionalidad 43 y 44, en las cuales hay la confirmación del nuevo entendimiento adoptado por el Supremo Tribunal Federal.

**Palabras-clave:** Ejecución Provisoria de la Pena; Constitución de 1988, Artículo 5º, LVII; Presunción de inocencia, Supremo Tribunal Federal.

## Sumário

1. INTRODUÇÃO .....	9
2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PANORAMA DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS .....	11
3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	15
3.1 CONCEITO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	15
3.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	17
4. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO BRASIL.....	21
5. APRESENTAÇÃO DO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 .....	24
5.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR TEORI ZAVASCKI.....	25
5.2 VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO .....	27
5.3 VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES.....	30
5.4 VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO .....	32
5.5 VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO .....	33
5.6 VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI.....	34
6. ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 .....	37
6.1 EFEITO NÃO VINCULANTE DA DECISÃO.....	47
7. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44.....	52
7.1 EFEITOS DA DECISÃO .....	58
8. CONCLUSÃO.....	59
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	61

## 1. INTRODUÇÃO

Após anos de entendimento consolidado acerca da execução provisória da sentença penal, que anteriormente fixava a impossibilidade da execução de pena antes do trânsito em julgado da ação, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento ao proferir decisão polêmica no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, em fevereiro de 2016.

Este trabalho consiste na análise da possibilidade de execução da sentença penal após a confirmação da decisão condenatória em grau de segunda instância – portanto, antes do seu trânsito em julgado –, diante da mudança de entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292, abordando, para tal, a importância, a evolução, a consolidação e a discussão sobre o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência no Brasil, positivado pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, que garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Trata-se de questão fundamental para o sistema processual penal e diz respeito principalmente ao cumprimento da Lei Maior, sendo, portanto, tema bastante relevante juridicamente, destacando-se que atualmente é alvo de numerosas discussões, em razão das dúvidas que surgiram com a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo contextualiza a temática em discussão, fazendo um histórico sobre os direitos fundamentais, além de trazer considerações sobre sua função e eficácia.

O segundo capítulo faz abordagem sobre os princípios constitucionais, especialmente o princípio da presunção de inocência, trazendo sua conceituação e demonstrando sua importância na ordem jurídica.

O terceiro capítulo faz uma análise dos argumentos trazidos pelo Ministro Relator Eros Grau no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG no ano de 2009, para entendermos como foi fixado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena no Brasil, ocasião em que esta foi considerada incompatível com o princípio da presunção de inocência.

No quarto capítulo faz-se uma apresentação do *Habeas Corpus* 126.292, de seus efeitos e da sua repercussão nos tribunais do país, expondo os argumentos que levaram o Plenário do Supremo a modificar o entendimento fixado em 2009,

concluindo que a execução provisória da sentença condenatória não comprometeria o princípio da presunção da inocência.

No quinto capítulo prossegue a análise do *Habeas Corpus* 126.292, trazendo as críticas de diversos doutrinadores a respeito da mudança da jurisprudência da Corte.

No sexto capítulo tecem-se considerações sobre as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ajuizadas em razão da controvérsia gerada pela mudança de entendimento estudada, em que há a confirmação da nova visão a ser adotada pelo sistema jurídico brasileiro, no que concerne ao alcance do princípio da presunção de inocência e a possibilidade de antecipação da execução da sentença penal.

Por fim, serão feitas considerações finais, sintetizando os pontos mais importantes abordados neste trabalho.

## 2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PANORAMA DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Inicialmente serão tecidas breves considerações sobre os direitos e garantias fundamentais, e suas subdivisões, principalmente sobre os direitos e garantias individuais, com o propósito de contextualizar a discussão sobre a presunção de inocência.

O conceito dos direitos fundamentais evoluiu ao longo do tempo e da sua expansão, sendo diversas as nomenclaturas dadas a estes direitos, conforme o seu alcance: *direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos fundamentais do homem*, dentre outras.<sup>1</sup>

José Afonso da Silva utiliza a expressão *direitos fundamentais do homem* como a mais adequada para que se entenda o conceito, em virtude dos princípios trazidos por esta, chamando atenção para o uso da palavra “fundamentais”, que aponta as circunstâncias tuteladas por estes direitos: as fundamentais para a vida humana, que devem, portanto, ser reconhecidas e efetivamente garantidas. Esclarece ainda que ao tratar os direitos fundamentais como restrições à atuação do Estado em relação ao particular, tem-se que estas restrições são impostas pela soberania popular, pois no Estado Democrático de Direito todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes.

Os direitos fundamentais atualmente abrangem os direitos individuais, políticos e sociais, segundo divisão da própria CRFB/88. Entretanto, é sabido que todo este reconhecimento é bastante recente, até quando falamos em âmbito mundial, o que evidencia a enorme conquista que representa a previsão destes preceitos nos textos constitucionais ao redor do mundo.

A consolidação destes direitos começou a partir da crescente preocupação por uma universalização dos direitos humanos, ideia essa que representou o primeiro objetivo das Nações Unidas, tornando-se palpável com a aprovação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* no ano de 1948 e o comprometimento dos países membros em cumprir as disposições trazidas nela.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 177 e 178.

Conforme Dalmo de Abreu Dallari explica, as disposições contidas no documento foram extremamente relevantes para que se estabelecesse três objetivos:

“A certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários a fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação da igualdade de direitos, onde, grande parte do povo vive em condições subumanas.”<sup>2</sup>

Contudo, há que se criticar o fato de que a Declaração não possuía meios próprios para assegurar o respeito às suas normas, comprometendo gravemente sua eficácia, até que ao longo do século XIX passou-se a incluir o que se denominou de *garantias constitucionais dos direitos fundamentais*<sup>3</sup> nos ordenamentos jurídicos, o que conferiu maior força a estas normas de direitos humanos.

Sendo assim, resta claro que a real eficácia dos direitos fundamentais depende da inclusão destas disposições como normas constitucionais, e ainda assim, a sua aplicabilidade depende de como serão positivadas, pois é possível que a Constituição estabeleça que a regulamentação do direito seja feita por legislação infraconstitucional.

Ao estudar a eficácia dos direitos fundamentais é essencial considerar a relação entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e os limites destes, uma vez que nenhum ordenamento é capaz de proporcionar tutela absoluta aos direitos ali reconhecidos. O âmbito de proteção seria o alcance do direito, ou seja, seu campo de incidência normativa, que por sua vez, é passível de limitações pelo poder estatal. Sendo assim, para Ingo Wolfgang Sarlet, é de extrema importância observar as restrições as quais estes direitos podem ser submetidos, ao avaliar a eficácia dos direitos fundamentais. A determinação, tanto do objeto a ser protegido quanto destas possíveis limitações no texto constitucional, na doutrina ou na jurisprudência conferiria maior segurança jurídica ao tratar sobre o tema,

---

<sup>2</sup> DALLARI Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 179, apud SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 166.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 168.

consequentemente conferindo maior solidez aos direitos fundamentais. Salienta-se que no caso da Constituição de 1988, o único limite traçado foi a previsão de reservas de lei, e o limite ao poder de limitar: proibição de abolição efetiva e tendencial dos conteúdos protegidos contra a reforma constitucional, trazida pelo artigo 60, §4º, CF.<sup>4</sup>

É importante ressaltar que embora a Constituição não deixe claro uma divisão, Ruy Barbosa diferenciava os direitos e as garantias fundamentais, na medida que, enquanto os direitos fundamentais são disposições que declaram a existência de determinado direito no ordenamento jurídico, as garantias fundamentais surgem para determinar meios para que estes direitos sejam efetivados.<sup>5</sup> José Afonso da Silva narra ainda que “(...) *os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.*”<sup>6</sup> A doutrina não obedece uma diferenciação, utilizando a terminologia garantia constitucional tanto para os casos em que há reconhecimento e garantia dos direitos constitucionais, quanto para as hipóteses em que há previsão de limitação à atuação do Estado ou “recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura”.<sup>7</sup>

Os direitos e garantias fundamentais estão divididos em cinco grupos na Carta de 1988, de acordo com a natureza dos direitos protegidos, sendo estes os direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.), direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (arts. 3º e 225).<sup>8</sup>

Os direitos e garantias individuais são relevantes para nosso trabalho, ao discutir a presunção de inocência, pois estes são os que se preocupam em tutelar os direitos do indivíduo, reconhecendo autonomia a este, estando entre estes o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Quando discutimos a presunção de inocência, estamos tratando de uma garantia individual, mais precisamente uma *garantia de segurança em matéria penal*<sup>9</sup>, em que se limita o

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 404 e 405.

<sup>5</sup> BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática*, p. 124, apud SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 415.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 415.

<sup>7</sup> Idem, p. 189.

<sup>8</sup> Idem, p. 186.

<sup>9</sup> Idem, p. 441.

poder do Estado de punir e se estabelecem diversos procedimentos a fim de assegurar o direito fundamental do indivíduo.

### 3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

#### 3.1 CONCEITO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No presente capítulo pretende-se abordar a conceituação, a eficácia e a importância dos princípios constitucionais na interpretação da Constituição, seguindo com o estudo do princípio da presunção de inocência, apresentando a sua evolução e consolidação no Brasil.

Os princípios constitucionais são um conjunto de normas que contém alto grau de abstração, são essencialmente premissas trazidas pelo constituinte acerca dos valores que são mais valiosos, e que, portanto, o nosso sistema jurídico deve buscar seguir, sendo certo que o estudo dos princípios representa importante etapa a ser considerada ao executar a melhor interpretação das normas constitucionais sobre determinado assunto.

Humberto Ávila traz alguns conceitos importantes, como o de Josef Esser, que, segundo o autor, entende que os “*princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado*”<sup>10</sup> e o de Karl Larenz, que segue a mesma linha de raciocínio, pois descreve os princípios como “*normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.*”<sup>11</sup>

Atualmente entende-se que há no ordenamento *normas-disposição*<sup>12</sup> e *normas-princípio*, e embora não exista hierarquia entre as duas, estas se diferem na medida em que as *normas-disposição* preveem fatos precisos de uma relação jurídica, aos quais sua atuação está limitada, enquanto que as *normas-princípio*<sup>13</sup> vão além, funcionando como auxiliares na interpretação constitucional, pois representam as bases que devem ser seguidas pelo intérprete do direito.

<sup>10</sup> ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4ª tir, p 51, apud ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55.

<sup>11</sup> LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*, p. 26 e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6ª edição., p. 474, apud ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 55 e 56.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.

<sup>13</sup> Idem.

Sobre esta discussão, há a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...).<sup>14</sup>

No que tange à interpretação, os princípios devem funcionar como ponto de partida para o intérprete, conforme ensina Humberto Ávila:

“(...) a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.”<sup>15</sup>

Além disso, entende-se que os mandamentos dos princípios não se exaurem no enunciado do texto normativo que o positivou, os princípios constitucionais vão além, podendo até estar implícitos no sistema jurídico.

Em síntese, as principais funções dos princípios são a de auxiliar a aplicação e interpretação das normas, manifestar os valores que guiaram a construção da Constituição e o modelo de Estado seguido, além de integrar normas que a princípio sejam incompatíveis.

Quanto ao alcance dos diversos princípios presentes na CRFB/88, temos divisão explicitada pelo jurista Luís Roberto Barroso, entre princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais. Entre os princípios fundamentais, estão aqueles que concernem à organização política do Estado e, portanto, não podem ser objeto de mutações constitucionais. Os princípios gerais, também conhecidos como *princípios-garantia*, por sua vez, são desdobramentos dos princípios fundamentais, por isso muitas vezes trazem especificações destes, que refletem em todo o ordenamento jurídico. Por fim, os princípios setoriais são aqueles que tocam apenas dados assuntos, sendo que a sua aplicabilidade nesses assuntos é crucial.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Barreiro de. *Elementos de direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230 apud BARROSO, Luís Roberto. Op cit., p. 157.

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 55.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op cit., p. 159 e 160.

Os princípios gerais estão em sua maioria nos dispositivos no artigo 5º de nossa Constituição, que conforme destacado anteriormente, trata dos direitos e garantias fundamentais – inclusive da presunção de inocência – o que evidencia a característica destes de serem princípios-garantia, e por isso é praxe da doutrina equipara-los.

A eficácia, ou seja, a consequência jurídica<sup>17</sup> que tem sido aplicada aos princípios atualmente, a fim de conferir-lhes maior alcance, é a mesma que se aplica às regras: a eficácia positiva ou simétrica, em que é possível requerer por via judicial o direito conferido pelo dispositivo em questão. Salienta-se ainda a possibilidade de se dar eficácia negativa aos princípios, quando se considera o núcleo essencial deste para invalidar normas ou atos que impossibilitem os efeitos visados pelo princípio, sendo que quando aplicada aos princípios que abrangem direitos fundamentais falamos em vedação do retrocesso.

A colisão entre princípios, questão presente nos julgados que estudaremos a seguir, deve ser solucionada a partir da utilização da ponderação dos interesses contrapostos, o que ainda é bastante subjetivo, dependendo da atividade do intérprete, desta forma os elementos que se fazem imprescindíveis quando tratamos da execução da interpretação constitucional pelo intérprete são a *“normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação”*<sup>18</sup>. Ressalte-se que este é um debate complexo e não se pretende aprofunda-lo, para que não se perca o enfoque principal do trabalho.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está positivado na Constituição de 1988, no capítulo de direitos e deveres individuais e coletivos, em seu artigo 5º, inciso LVII, garantindo que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Este princípio ganhou maior atenção a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, sendo considerado um alicerce

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op cit., p. 378.

<sup>18</sup> Idem, p. 386.

fundamental de um Estado Democrático de Direito. Relembre-se que, a regra utilizada nos tribunais, durante a Idade Média, era a de presunção de culpabilidade, em que qualquer dúvida que surgisse acerca da inocência do investigado em um processo penal, se tornava, na verdade, uma prova de que o indivíduo devia ser condenado.

O princípio sofreu ataques no fim do século XIX e ao longo de diversos períodos do século XX, no âmbito de regimes totalitários, em que a lógica era de que não fazia sentido tratar o investigado como inocente, se na maior parte dos casos este vinha a ser considerado culpado. A visão era de que o referido princípio era um excesso de garantismo.

De fato, a referida regra de tratamento trata de uma opção garantista de tutela dos inocentes, visto que o seu objetivo é que a qualidade do sistema deva ser avaliada a partir da premissa de que o interesse fundamental do Estado é que não haja punição de nenhum inocente, durante a ação penal ou em consequência desta, ainda que isso só funcione assumindo o risco de uma possível impunidade de algum culpado.

O Estado deve considerar que oferecer garantia para evitar cometer uma injustiça contra um inocente é fundamental para a busca pela eficiência de um processo penal efetivamente justo, e utilizar justificativas como a da impunidade crescente, é perigoso, uma vez que se permite abrir espaço para o cometimento de um autoritarismo.

A garantia da presunção de inocência funciona como uma defesa em face das possíveis arbitrariedades de um governo contra cidadãos, a fim de que este não se torne uma ameaça a mais aos indivíduos, ao invés da proteção que lhes deve oferecer. Assim explica Aury Lopes Jr.:

“Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça.”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Vol. I, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 178.

Desta forma, concluímos que o medo e a desconfiança do cidadão no sistema que está a julgá-lo, deslegitimam a própria jurisdição penal e os valores de um Estado de Direito.

Ao analisar a evolução do princípio na ordem jurídica brasileira, não podemos deixar de pontuar que o Código de Processo Penal, do ano de 1941, tem a sua redação original voltada para um “juízo de antecipação de culpabilidade”<sup>20</sup>, em que não se considerava significativamente os desdobramentos do princípio aqui discutido. Conforme dito anteriormente, com a Constituição Federal de 1988 o princípio da presunção de não culpabilidade foi positivado, o que levou a necessária adequação do Código de Processo Penal às disposições da nova Constituição, por meio das alterações trazidas principalmente pela Lei 11.719 de 2008, sendo certo que estas alterações buscaram se basear no que se denomina de sistema acusatório, embora ainda existam críticas da doutrina<sup>21</sup> que apontam a existência de resquícios de um sistema inquisitivo em nosso CPP.

Dentre as importantes conquistas trazidas pela CRFB/88 está a aceção da presunção de inocência como princípio a ser obedecido em todas as fases da ação penal, inclusive na fase investigatória, e a determinação de que haja fundamentação em toda ordem de prisão escrita por autoridade judiciária, devendo esta visar relevante finalidade, justificando, portanto, a necessidade da medida de restrição de liberdade.<sup>22</sup> Sobre o assunto, faz-se importante a reflexão de Eugenio Pacelli de Oliveira: *“A realização cotidiana da Justiça criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás, do devido processo legal.”*<sup>23</sup>

Para adequação do ordenamento com as supramencionadas disposições da Carta Magna, a Lei 12.403 de 2011 também instituiu alterações ao Código de Processo Penal, revogando o artigo 393 que permitia que o nome do réu condenado em primeiro grau constasse no rol dos culpados, e o artigo 595 que fixava que a fuga do réu implicava na renúncia à apelação.

Desde então a presunção de inocência é princípio que norteia as sucessivas alterações no processo penal brasileiro, visto que é desdobramento deste princípio a

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 496.

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 104 e 105.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op cit.*, p. 497.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 498.

orientação da ação pelo sistema acusatório, que possui entre suas características a premissa de que o juiz não deve possuir poderes investigatórios, visando maior imparcialidade para julgamento da ação, devendo este julgamento fundamentar-se nas provas apresentadas pelas partes no curso da ação. Além disso, este se manifesta na regra de ônus da prova, no qual cabe à acusação comprovar a não-inocência do acusado, para que assim ele seja condenado criminalmente, e também no tocante à limitação das medidas cautelares em geral.

Por sua vez, o *caput* do artigo 283 do Código de Processo Penal, em redação dada pela Lei 12.403/2011, fixa:

**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.<sup>24</sup> (grifo nosso)

Para Eugenio Pacelli o dispositivo afasta a possibilidade de execução provisória da pena, traduzindo o seguinte dizer: *“somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo.”*<sup>25</sup>

O artigo ressalta o objetivo do princípio em buscar evitar arbitrariedades no âmbito da restrição de locomoção, fixando a consideração do tratamento de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, já que só após isso podemos admitir a privação de liberdade sem caráter cautelar. Caso contrário, ao admitir a execução antecipada da sentença condenatória, submete-se o acusado à grave pena (de prisão), quando, na verdade, existe a possibilidade, remota ou não, de em um recurso os tribunais competentes decidirem pela absolvição do acusado, resultando em enorme insegurança jurídica.

É importante frisar que o cidadão possui o direito de ser tratado como inocente independentemente da gravidade do fato criminoso do qual está sendo acusado, pois qualquer relativização nesse sentido caracterizaria uma afronta ao princípio da isonomia, também consagrado em nossa Carta Magna.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Código de processo penal (1941). Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 01/11/2016.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op cit., p. 499.

#### 4. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO BRASIL

O julgamento do *Habeas Corpus* 84.078-7 MG, no ano de 2009, foi marcante para a fixação do entendimento do STF sobre a impossibilidade da execução provisória no sistema penal brasileiro, tendo este sido considerado um grande avanço em relação as garantias dos direitos processuais do acusado, consolidando a importância dada ao princípio da presunção de inocência no país.

O relator foi o Ministro Eros Grau e se tratava de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado após denegação de HC pelo Superior Tribunal de Justiça, que utilizou precedentes da época para justificar que o princípio da não-culpabilidade não coibia a prisão do acusado quando houvesse condenação pela segunda instância, já que não se atribui efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

Entretanto, o *habeas corpus* ao STF foi impetrado com alegação de prisão cautelar ilegal, em razão da ordem de prisão preventiva decretada após pedido do MP, baseado em uma suposta intenção do acusado de se evadir da aplicação da pena que acabara de receber (sete anos e seis meses de reclusão, pelo art. 121, §2º, I e IV, c/c art. 14, todos do Código Penal). De acordo com o requerimento do Ministério Público, o réu - que era produtor de leite - teria repentinamente colocado à venda máquinas agrícolas, equipamentos e todo o seu rebanho para obter capital para uma fuga. Tal intenção foi descaracterizada pelos comprovantes apresentados pelo réu de que estava ingressando em uma nova atividade, prejudicando também a base da prisão preventiva.

Sem a motivação necessária à prisão cautelar, restou caracterizada a antecipação de execução da pena, dando início à discussão do plenário pela não compatibilidade desta com o ordenamento brasileiro.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau traz, a favor da inconstitucionalidade da execução provisória, o artigo 5º, inciso LVII, que consagra a presunção de inocência no nosso ordenamento, além dos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal<sup>26</sup> (Lei

---

<sup>26</sup> Conforme as redações: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” e “Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de

nº 7.210 de 11 de julho de 1984) que condicionam a execução da pena privativa de liberdade e da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo certo que estes últimos condizem com o texto constitucional e sobrepõem-se ao disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal quanto ao conteúdo e por serem mais atuais, já que o dispositivo do CPP tem redação de 1941 e fixa que “*o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença*”, que determina a execução imediata da condenação.

Em relação ao artigo 147 da LEP, que versa sobre a pena restritiva de direitos, já existiam precedentes<sup>27</sup> do STF que decidiam pela impossibilidade de sua execução antes do trânsito em julgado da sentença. Sendo assim, o Ministro Relator arguiu que a Corte não poderia insistir em dar um entendimento diferente à uma situação ainda mais grave que a pena restritiva de direito, que é a constrição da liberdade do indivíduo, sob pena de ferir o princípio da isonomia em relação a aplicação do direito.

Aduziu ainda que um entendimento que possibilitasse a execução provisória restringiria o direito do acusado à ampla defesa, pois esta abarca todas as fases do processo penal. Para o Ministro o entendimento é retrato de uma lógica de direito rigorosamente punitivista, correspondendo a um momento de grande pressão da sociedade por medidas que assegurem a segurança, que se traduzem em “*punições severas e imediatas – a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e de seus conseqüentários*”.<sup>28</sup>

Nesse mesmo raciocínio, o Ministro ressalta que:

“Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de

---

direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

<sup>27</sup> Alguns dos precedentes trazidos pelo Ministro Eros Grau em seu voto são o HC nº 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 09/06/2006, o HC nº 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/05/2006 e o HC nº 84.859, 2ª Turma, Celso de Mel, DJ de 14/12/2004.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas nº 84.078, Tribunal Pleno. Relator Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 05/02/2009, Data de Publicação: DJe-035, disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corporus-hc-84078-mg#>>, p. 8 ou 14. Acesso em 01/11/2016.

desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao ‘olho por olho, dente por dente’. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobre tudo nos momentos de exaltação. (...)”<sup>29</sup>

Em suma, o Ministro reconheceu que de fato existem desvantagens em proibir a execução provisória da pena, mas nenhuma delas é suficiente para que se sacrifique o texto constitucional e o reconhecimento às garantias do acusado no sistema penal, já que estas são fundamentais num Estado Democrático de Direito, o que legitima a justiça e a diferencia de uma simples arbitrariedade ou vingança.

Juntamente com o relator votaram os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram votos vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram.

Desde então se firmou o entendimento sobre a questão no direito brasileiro, consagrando entendimento sobre o alcance do princípio da presunção de inocência, no sentido de que este coibiria a execução da pena antes do trânsito em julgado da ação criminal.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas nº 84.078.Op. cit.

## 5. APRESENTAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* 126.292

Após anos de entendimento consolidado acerca do tema da execução provisória da sentença penal, a Suprema Corte modificou seu entendimento ao proferir decisão polêmica no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 SP, o qual teve como relator o Ministro Teori Zavascki, tendo sido impetrado em razão de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que ao negar recurso de apelação logo determinou a execução provisória da pena (de prisão) do então apelante, sem utilizar nenhum fundamento relacionado às prisões cautelares.

Em razão disso, a defesa impetrou HC no Superior Tribunal de Justiça, tendo o pedido liminar sido indeferido pelo Ministro Presidente, baseando sua decisão em entendimento (foram citados os seguintes julgados do STJ: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014) firmado no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra decisão que existe previsão de ser impugnada por outros recursos, ressaltando que o remédio HC não funciona como substitutivo dos demais recursos cabíveis no processo penal. Há entendimento ainda de que:

“(...)Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12).”

Entretanto, a hipótese não foi reconhecida pelo Ministro Presidente da Corte Superior.

Ao impetrar o HC 126.292 ao STF a defesa alegou justamente a flagrante ilegalidade da decisão do juízo *a quo*, justificando o afastamento da súmula 691 do STF no julgamento do caso, já que a súmula fixa que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar. ” Além disso, a defesa arguiu que a decisão de executar a pena não obedeceu às motivações previstas no código de processo penal para decretação da prisão

preventiva, visto que esta foi feita sem que se verificasse nenhum fato novo em relação a conduta do paciente, considerando, então, apenas a confirmação da condenação pela segunda instância. A ausência do trânsito em julgado da condenação em conjunto com a ausência de motivação requerida no caso das prisões cautelares, caracterizaria a ilegalidade da prisão do paciente.

O Plenário da Suprema Corte decidiu denegar o *habeas corpus*, revogando a liminar concedida anteriormente, ao entender que há a possibilidade de execução provisória da pena no caso. Nesse sentido, a ementa do acórdão explica que:

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e a Ministra Carmen Lúcia votaram pela denegação da ordem, compondo a maioria, enquanto que os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e a Ministra Rosa Weber votaram pela concessão da ordem, tendo sido vencidos. Sendo assim, passaremos a expor os principais argumentos apresentados no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, a fim de que se compreenda a conclusão da Suprema Corte sobre o caso.

### **5.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR TEORI ZAVASCKI**

Em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki confirma que se trata de caso excepcional, em que se admite o conhecimento da impetração, já que ao determinar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, houve, claramente, afronta a entendimento da Suprema Corte sobre o tema, conforme discussão sobre o HC 84.078/MG.

Desta forma, o Ministro expõe em seu voto, as razões que levam à conclusão de que embora o princípio da presunção de inocência seja fundamental para existência de um processo criminal democrático e garantista, este não representa óbice a execução provisória da pena, construindo o voto no sentido de modificar a até então pacífica jurisprudência do Supremo.

Para tal, explica que a execução de sentenças deve ser realizada de maneira a atender tanto os interesses de um Estado Democrático de Direito, em que há preocupação com a realização de um processo penal justo para o réu, quanto aos interesses da sociedade em geral, devendo buscar a “efetividade da função jurisdicional penal”.

Ressalta ainda, que a execução antes do trânsito em julgado não é contrária ao princípio da presunção de inocência, tanto que, por muitos anos (até o ano de 2009) existiu tradicional jurisprudência do STF que entendia ser possível a prisão nestes casos. São diversos os julgados que corroboram com a argumentação do Ministro: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002;

Para o Ministro o referido princípio funciona de maneira progressiva, acompanhando a evolução do processo penal, e a cada decisão condenatória o réu “perderia” a presunção de não culpabilidade. Deste modo, considerando que no âmbito de um processo penal que segue o devido processo legal para que exista condenação há que se existir prova da culpabilidade do acusado, após a sentença de primeiro grau supera-se o princípio da inocência por certo “juízo de culpa”<sup>30</sup> (embora não seja definitivo até que a sentença seja confirmada pelo Tribunal, ocasião em que se conclui o exame de fatos e provas, já que o recurso especial e o recurso extraordinário não tratam de matéria subjetiva – caso concreto – e sim da proteção da lei infraconstitucional e do texto constitucional, respectivamente, analisando apenas a matéria de direito. Sendo assim, para o Ministro Zavascki a confirmação da condenação na segunda instância, quando respeitada a legalidade durante o curso do processo penal, justifica a relativização do princípio da presunção de inocência, autorizando a execução da pena.

Argumenta ainda que, em diversos países, apesar de bastante valorizada, a presunção de inocência não obsta o imediato efeito da sentença condenatória. Há exemplos como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina<sup>31</sup> nos quais há previsão de que o acusado aguarde o julgamento dos

---

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Tribunal Pleno. Relator Min. Teori Zavascki, Data de Julgamento: 05/02/2015, DJe-027, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>, p. 6 ou 9. Acesso em 01/11/2016.

<sup>31</sup> Idem, p. 9 a 12 ou 12 a 15.

recursos enquanto cumpre a pena, seguindo o modelo de não prever efeito suspensivo para todos os recursos.

Neste diapasão, o Relator reitera que o recurso extraordinário não trata de questões subjetivas, evidenciando um dos seus requisitos de admissibilidade desde a EC 45/2004: a existência de repercussão geral, em que deve ser demonstrada relevância jurídica, política, social ou econômica a questão a ser discutida, sendo certo que o recurso só será analisado se a questão transcender os interesses subjetivos da causa.<sup>32</sup> Ainda sobre o recurso extraordinário criminal, aduz que a maior parte não preenche os requisitos trazidos pela Emenda 45/2004, sendo improvidos.

Zavascki alega que atualmente a impossibilidade da execução provisória incentivaria uma enorme quantidade de recursos com propósitos protelatórios, tendo como objetivo a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva ou executória, prejudicando a efetividade da jurisdição penal.

Para concluir o voto, o Ministro admite a falibilidade das sentenças condenatórias, que pode acontecer em qualquer instância, razão pela qual foram instituídas as medidas cautelares e o *habeas corpus*, que poderão ser utilizados para evitar injustiças ou arbitrariedades, a fim de conciliar o princípio da presunção de inocência e a eficácia da persecução penal.

## 5.2 VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

O Ministro Luís Roberto Barroso também defendeu a mudança da jurisprudência atual, entendendo que deve ser fixada nova tese, qual seja: “*A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.*”<sup>33</sup>

Tal como o Ministro Relator, Barroso traz argumentação em que defende que o princípio da presunção de inocência deve ter sua importância configurada de forma progressiva, de modo que fosse diminuindo com a evolução do processo penal e das possíveis decisões condenatórias proferidas. Isto, pois, explica que embora durante os últimos anos o entendimento tenha sido de que a presunção de

---

<sup>32</sup> <sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op cit., p. 13 ou 16.

<sup>33</sup> Idem, p. 28 ou 54.

inocência é absoluta, trata-se de um princípio, e como delineado anteriormente, os princípios não possuem caráter absoluto, pois não funcionam como as regras.

Por conseguinte, os princípios devem ser utilizados como “mandados de otimização”<sup>34</sup>, fazendo a ponderação entre os interesses conflitantes que estiverem em pauta, sendo estes, no caso em tela, a proteção das garantias do acusado e a efetividade da lei penal, devendo essa última ser priorizada na ocorrência de confirmação da decisão de condenação pela segunda instância de jurisdição.

O Ministro acrescenta que a Constituição Federal não exige o não aprisionamento antes do trânsito em julgado, pois esta inclusive admite esta possibilidade no texto do inciso LXVI do art. 5º da CRFB/88<sup>35</sup>. Ressalta que a real exigência do referido princípio é a não culpabilidade antes de uma condenação definitiva, conforme análise feita em seu voto:

“Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que *“ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*, logo abaixo, o inciso LXI prevê que *“ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.”<sup>36</sup>

Assim, temos que a execução penal provisória não está em desacordo com a nossa Constituição e nem compromete o princípio discutido, uma vez que a condenação criminal produz diversos efeitos, como por exemplo, os que vão além da esfera penal (perda de cargo ou mandato eletivo).

A mudança na jurisprudência da Corte sobre o tema significaria uma mutação constitucional, permitindo uma *“transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto”*<sup>37</sup>. Trata-se de mecanismo que permite que as normas acompanhem as mudanças na realidade fática, sendo certo que no caso do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op cit., p. 12 ou 38.

<sup>35</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op cit., p. 10 ou 36.

<sup>37</sup> Idem, p. 5 ou 31.

foi utilizada a mutação por via da interpretação, em que é conferido entendimento jurisprudencial diverso de um anteriormente fixado (no HC 84.078/2009 MG).

Aborda ainda o caput do artigo 283<sup>38</sup> do Código de Processo Penal, esclarecendo que este não impede a fixação da tese pretendida, justamente por ser autorizada pela Constituição Federal (conforme explicitado acima), ressaltando que a lei ordinária deve ser interpretada de acordo com a Lei Maior.

O artigo 312 do Código Penal é outro dispositivo que corrobora com a possibilidade de execução provisória da pena, ao prever a garantia de ordem pública e econômica como justificativa para decretar a prisão preventiva. Considerando os HC's 88.537/BA, 89.090/GO e 89.525/GO, tem-se que a garantia de ordem pública tem abarcado a *“exigência de se assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário”*<sup>39</sup>, assim sendo, vemos que com uma decisão condenatória de segundo grau de jurisdição e a consequente preclusão do exame de fatos e provas, a atuação imediata do judiciário é essencial para a preservação da referida ordem.

Além disso, assim como o Ministro Relator, arguiu que os efeitos do entendimento fixado no Habeas Corpus 84.078/2009 MG foram o incentivo a interposição de recursos em que claramente o intuito principal é o de retardar a conclusão do processo criminal, o que causa não só o desperdício de recursos públicos, como também crescente sensação de impunidade e seletividade do sistema criminal. Por outro lado, analisando estatisticamente as decisões dos recursos, pouco ganho se obteve das garantias que o referido entendimento conferiria ao acusado, já que a maior parte dos recursos especiais e extraordinários ajuizados desde a mudança do entendimento foram improvidos, e, sendo assim, poucas decisões de segunda instância teriam sido modificadas para absolver o réu, o que se explica pelo fato de que esses recursos não objetivam o reexame de provas e fatos.

Atualmente enxerga-se as Cortes Superiores como uma instância de revisão, quando, na verdade, a competência do STJ e STF para julgar esses recursos se destinaria a discussões jurídicas objetivas e relevantes para a sociedade

---

<sup>38</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.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op. cit., p. 18 ou 44.

em geral, devendo ser interpostos apenas nos casos em que há questão relativa ao texto constitucional ou infraconstitucional, conforme preceituam os artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal de 1988;

Neste mesmo raciocínio, temos a alegação de que a espera pelo julgamento dos recursos especial e extraordinário, que normalmente não possuem efeito suspensivo, contribuiu para a enorme quantidade de prescrições processuais ocorridas nos últimos anos.

É necessário que se considere que a proporcionalidade além de guiar a ação do Estado ao vedar possíveis excessos que restrinjam direitos fundamentais, também o faz em sentido oposto: vedando uma atuação ineficiente ao proteger os bens jurídicos tutelados pela Lei Maior. Como demonstrado pelas consequências negativas da proibição da prisão antes do trânsito em julgado, resta evidente que a atuação do judiciário não está sendo eficiente. Em tempo, o Ministro elucida que a defesa não é a adoção de penas exorbitantes e numerosas tipificações, se defende apenas a eficácia do sistema criminal.

No desenvolvimento do voto a mudança é enfrentada como uma busca por uma melhoria para a sociedade e para o sistema judiciário criminal como um todo, citando o *caput* do artigo 5º (direitos à vida, à segurança e à propriedade) e o inciso LXXVIII do mesmo artigo para justificar a relativização do princípio constitucional da presunção de inocência. Para Barroso, trata-se de resgatar a função social da pena e a credibilidade do sistema penal brasileiro, pontos importantes na prevenção da reincidência no crime.

### **5.3 VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES**

No mesmo sentido dos votos dos Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou a favor da mudança da orientação jurisprudencial da Corte, a fim de possibilitar a antecipação da execução da pena, modificando seu ponto de vista sobre a questão, já que, conforme dito em item anterior, o seu voto no HC 84.078 foi favorável à proibição da execução provisória da pena.

Em seu voto o Ministro reiterou as considerações feitas acerca do fato de que a legislação de outros países viabiliza a execução da pena após sentença de

segundo grau, destacando a singularidade do nosso sistema ao tratar da questão. O Min. Gilmar Mendes foi além, trazendo as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos para demonstrar que estas importantes declarações escolhem o momento de comprovação da culpa como o ponto em que se deixa de lado a presunção de inocência, não especificando em que momento isso ocorreria.

Nesta perspectiva, segue analisando a disposição do artigo 5º, LVII, que impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, defendendo que a norma mencionada não afirma o que vem a ser considerar alguém culpado, abrindo margem para atuação do legislador na definição deste significado.

Manifestou ainda preocupação com outra crítica já mencionada pelos outros Ministros: o alto número de interposição de recursos que obstam o trânsito em julgado das ações, resultando, muitas vezes, na prescrição do processo.

Ao analisar o caso da perspectiva teórica, o Ministro argumenta que em diversos momentos, o legislador trata a presunção de inocência de forma que deixa claro que o objetivo desta garantia é o respeito a determinadas premissas básicas, variando, porém, o alcance da garantia conforme a existência de provas contra o acusado, de modo a conciliar a obediência às garantias do réu e a progressiva demonstração de sua culpa.<sup>40</sup> Sobre o assunto, é mister a explicação do Ministro:

(...)é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários<sup>41</sup>.

Quanto aos recursos extraordinários, estes não deveriam obstar a execução da pena, pois não possuem efeito suspensivo, e versam principalmente sobre questões do interesse coletivo, não do interesse do acusado.

É assim que Gilmar Mendes esclarece a modificação de seu posicionamento acerca do tema, em relação ao HC 84.079/2009, votando pela denegação do

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op. cit., p. 5 ou 67.

<sup>41</sup> Idem, p. 6 ou 68.

Habeas Corpus, a fim de possibilitar a execução provisória da pena, entendendo que tal feito não infringe a garantia de não-culpabilidade.

#### 5.4 VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

Em divergência aos votos anteriormente citados, o Ministro Marco Aurélio se posicionou a favor do deferimento do *Habeas Corpus* 126.292, pois julga que a antecipação da execução da pena fere o modelo garantista trazido pela Carta Magna.

Ainda que o Ministro admita o problema enfrentado hoje no sistema penal brasileiro, em que a lentidão da justiça muitas vezes resulta na prescrição da ação criminal, causando enorme sensação de impunidade, defende que o papel dos princípios fundamentais e dos valores condizentes com a Constituição se faz imprescindível nestes períodos conturbados, de modo a manter a segurança jurídica, a previsibilidade das ações do Estado em relação aos direitos dos cidadãos, que são peças chave na nossa democracia.

Para o Ministro, a garantia de não-culpabilidade trazida pela Constituição de 1988 não é sujeita a interpretações, já que explica que “(...) onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.”<sup>42</sup>, o que ultrapassaria a função do Judiciário. Indaga ainda: “Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva.”<sup>43</sup>

Há que se considerar também que a possibilidade de execução provisória se dá nos casos em que se, eventualmente, houver reforma da decisão judicial, é possível que se retorne ao estágio anterior à execução sem maiores danos, o que não acontece no caso discutido, uma vez que estamos cuidando da liberdade do indivíduo.

Em relação às alegações favoráveis à mudança da atual jurisprudência da Corte, de que ainda poderia ser usado o *Habeas Corpus* para evitar alguma injustiça após a sentença de segundo grau, o Ministro Marco Aurélio reprovava a percepção

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op. cit., p. 3 ou 78.

<sup>43</sup> Idem, p. 4 ou 79.

dos demais Ministros, pois considera que isso causará inchaço do número de ações de *habeas corpus*.

### 5.5 VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Seguindo os votos divergentes, está o voto do Ministro Celso de Mello, que baseou sua argumentação - contrária à mudança da jurisprudência - na importância histórica do princípio da presunção da inocência e do respeito aos direitos fundamentais como um todo, pois representam “*notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra opressão do Estado e o abuso de poder.*”

<sup>44</sup> Citou a Magna Carta Inglesa, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão<sup>45</sup> como importantes peças na consagração da ideia da presunção de inocência.

Não é surpresa que a presunção de inocência é valor próprio de regimes democráticos, tendo ganhado notoriedade após declínio dos regimes totalitários, que carregavam padrões exatamente opostos ao da não-culpabilidade. Enquanto nos regimes democráticos buscamos estabelecer limites ao poder do Estado, nos governos totalitários o que se viu foi uma série de abusos cometidos por este, o que, para o Ministro, ilustra bem a importância da observância destes limites trazidos pela nossa Carta Magna, que preza por princípios democráticos.

É ressaltado que as prisões cautelares nos moldes previstos em lei não se confundem com a execução antecipada da pena, pois não possuem o intuito de punir o réu e sim o de proteger o interesse da coletividade, não violando, portanto, as garantias trazidas pela presunção de inocência. Exemplo disso é que o silêncio e, em geral, a não cooperação do acusado com a evolução da investigação, não pode ser motivo para decretação de prisão tida como cautelar, uma vez isto seria o exercício do direito de não autoincriminação.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op. cit., p. 1 ou 80.

<sup>45</sup> Cita também outros documentos em que a garantia presunção da inocência está presente, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º).

Insiste ainda que não há dúvidas quanto ao momento escolhido pela Constituição para autorizar a não observância do princípio da presunção de inocência: a partir do trânsito em julgado da ação penal. Sendo assim, qualquer outra interpretação seria incompatível com o texto constitucional.

Não merece acolhimento a ideia de progressividade da presunção de inocência, trazida pelos Ministros que se posicionaram a favor da antecipação da execução da pena, pois só com o trânsito em julgado da ação criminal é possível esvaziar a garantia, conforme fixado pela redação da Carta Magna.

Em contrapartida às alegações dos outros Ministros, Celso de Mello cita estatísticas que demonstram quão essencial é a espera pelo trânsito em julgado da ação, tendo em vista que mesmo após a decisão de segundo grau há significativa possibilidade de reforma da decisão, já que no período de aproximadamente dez anos (2006 a 2016) foram providos integralmente ou parcialmente 28,5% dos recursos extraordinários criminais analisados pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>46</sup>

Além de incompatível com a Constituição Federal, o que seria suficiente, vemos que não é possível se falar em execução antecipada da pena, quando analisamos as disposições da Lei de Execução Penal, visto que esta só legitima a execução após o trânsito em julgado da condenação criminal, segundo previsão fixada pelos artigos 105 e 147 da lei, se fazendo necessária a condenação definitiva tanto do caso de pena privativa de liberdade, quanto no caso da pena restritiva de direitos.

O Ministro concluiu o voto criticando a mudança da jurisprudência na corte, por se tratar de decisão de perfil conservador e regressista, *“que parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado”*<sup>47</sup>.

## 5.6 VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Assim como o Ministro Celso de Mello, Lewandowski deu voto no sentido de manter a jurisprudência assentada no Supremo, reiterando a posição de que não há que se falar em interpretação do dispositivo LVII do artigo 5º, de nossa Constituição,

---

<sup>46</sup> Segundo o Ministro Celso de Mello, as informações são da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op. cit., p. 17 ou 96.

pois este é categórico, resta evidente que a presunção de inocência deve se manter até o trânsito em julgado da ação.

Contra o disposto pela Constituição não resistem argumentos, não sendo possível relativizar o referido princípio, mesmo a partir dos argumentos em favor da efetividade da Justiça e da maior celeridade dos julgamentos nos tribunais superiores, elencados pelos Ministros previamente.

No tocante ao fato de o recurso extraordinário e o recurso especial não terem efeito suspensivo, Lewandowski traz a lição de grandes processualistas da área criminal<sup>48</sup>, que ensinam que a interposição desses recursos obsta a eficácia do título condenatório penal, concluindo assim que, a despeito da norma trazida pelo CPP em seu artigo 637, o efeito suspensivo de tais recursos deriva da própria Constituição, ao assegurar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação criminal.

Mostra-se perplexo com o posicionamento dos Ministros favoráveis à antecipação da execução da pena, ao passo que a Corte vem estabelecendo assentamento no sentido de reconhecer os graves problemas existentes no sistema penitenciário brasileiro, falando até da inconstitucionalidade do estado das referidas penitenciárias. A seu ver, a decisão só estará contribuindo para piora na superlotação do sistema penitenciário, uma vez que ampliará as possibilidades de se ordenar prisões, chamando atenção para a atual conjuntura, em que o Brasil encontra-se com a quarta maior população de presos do mundo, sendo que 40% dos nossos presos são provisórios.

O Ministro faz ainda, uma análise acerca das prioridades do Estado ao longo da nossa história, que se mostra fundamental para entendermos os argumentos trazidos no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292. Historicamente, sempre foi conferido um maior valor à propriedade, em detrimento da liberdade, exemplo disso é a comparação das penas previstas em razão de crimes patrimoniais e as de crimes contra pessoa. As penas contra crimes patrimoniais são muito mais rigorosas, traduzindo os valores do nosso sistema. No mesmo sentido, ao analisarmos as normas trazidas pelo CPC 2015 sobre a execução provisória, veremos que o legislador se dedica a detalhar como está se dará, tendo em vista garantir que o executado não tenha danos (patrimoniais) se posteriormente o título

---

<sup>48</sup> Cita Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e o Professor Antônio Scarance Fernandes.

judicial for reformado, contrastando com a situação existente na esfera penal. Assim, conclui Ricardo Lewandowski:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.<sup>49</sup>

Neste sentido foi o voto do Ministro, pautado na demonstração da importância do texto constitucional e do princípio da presunção de inocência, que proibiriam a antecipação da execução da pena, por esta submeter o indivíduo à possibilidade de erro judiciário.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 126.292. Op. cit., p. 5 ou 101.

## 6. ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO *HABEAS CORPUS* 126.292

A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* causou polêmica no meio jurídico, sendo certo que diversos processualistas se manifestaram sobre o caso. Sendo assim, passaremos a expor a análise de alguns doutrinadores brasileiros acerca dos argumentos trazidos pelos Ministros, além de discussões sobre as consequências práticas da modificação do entendimento da Corte sobre o alcance do princípio da presunção da inocência, que anteriormente fixava a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

Inicialmente, vemos que na visão de Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, a garantia da presunção de inocência é norma presente em diversos documentos internacionais, e por isto, segundo entendimento da Suprema Corte, é dotada de *status* normativo supralegal, o que torna legislações conflitantes a esta ineficazes juridicamente.

Para os processualistas, a garantia é base de todas as outras no processo penal, sendo parte integrante do devido processo legal. Em parecer sobre o assunto, explicam:

Trata-se de garantia que marca a posição do acusado como sujeito de direito no processo penal. Não mais uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, mediante tortura, para obter a confissão *ex ore rei*. O acusado, presumido inocente, é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade.<sup>50</sup>

Para entender a análise dos processualistas sobre o assunto, veremos que estes entendem que a garantia da presunção de inocência funciona como garantia política, ao se contrapor ao interesse coletivo à persecução penal. Compreende ainda uma regra de julgamento, ao passo que requisita que a acusação comprove indubitavelmente a culpa do réu, para que haja condenação, e uma regra de

---

<sup>50</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Parecer jurídico disponível em: <[http://emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. p. 7. Acesso em 01/11/2016.

tratamento um *estado jurídico*<sup>51</sup>, discutida no caso em análise, pois esta exige que o acusado seja tratado como inocente durante todo o processo, reconhecendo-o como sujeito de direitos.

Em relação ao marco temporal a ser adotado quando tratamos da presunção de inocência, Aury Lopes e Gustavo Badaró não hesitam, uma vez que ao fixar que o acusado não será tratado como culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória, a Constituição não deixa dúvidas sobre o alcance da garantia.

Em que pese as comparações feitas entre a legislação pátria e o ordenamento internacional, em que diversas Constituições realmente não definem o alcance da garantia de não-culpabilidade, os professores entendem que a Constituição brasileira vai além, garantindo a efetividade do princípio durante todo o processo. Nesta perspectiva, Geraldo Prado ensina que:

A argumentação estribada nos ordenamentos jurídicos de outros Estados e nos sistemas de proteção de direitos humanos enfrenta o desafio da tradução entre experiências jurídicas de origem diversa. Em qualquer caso há premissas teóricas cujas bases são investigadas pela história específica de nosso modelo de justiça criminal. O *corpus* teórico que constitui o Direito Processual Penal não é caprichoso ou acidental. Os conceitos do processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente.<sup>52</sup>

Com isso, afirmam que não há como tratar o acusado como inocente executando sua pena antecipadamente, isto é, prendendo antes da condenação definitiva, sem justificativas relativas às medidas cautelares. A fase recursal é parte do processo e sua capacidade de mudar o curso do que foi decidido anteriormente não pode ser ignorada, pois em um Estado Democrático de Direito o processo penal não pode focar apenas na defesa social, há que se ter preocupação com as garantias individuais de todo indivíduo. Não há como dizer que a antecipação da pena não viola o princípio da presunção de inocência, se o réu que ainda não possui condenação definitiva, terá o mesmo tratamento dos que possuem: aprisionamento.

Tal decisão leva à modificação de uma garantia essencial na história da democracia, que é colocada como cláusula pétrea pelo constituinte, justamente para que não seja distorcida, de forma precipitada, em momentos de instabilidade

---

<sup>51</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 12.

<sup>52</sup> PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria)>. Acesso em 01/11/2016.

política. O parecer dos doutrinadores traz ainda a crítica de que *“não pode o STF, com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas da doutrina.”*<sup>53</sup>. O questionamento vai além, na medida em que ao considerar a incumbência da Suprema Corte de proteção da Constituição, devemos ter em mente que esta deve fazê-lo respeitando as decisões do constituinte, e, sobretudo, os limites hermenêuticos ao interpretar o dispositivo.

Lenio Streck, por diversas vezes, criticou o ativismo judicial do Supremo, sendo a decisão “boa” ou não na opinião dos juristas, pois para ele não é lógico aceitarmos que a corte ultrapasse os limites semânticos da Constituição somente quando o resultado nos agrada e reprovamos em outros casos, não seria coerente. Sendo assim, também se posicionou contra o sacrifício da presunção de inocência, afirmando que não cabe ao STF restringir direito fundamental utilizando argumentos de política criminal e ignorando os limites jurídicos de interpretação. Insiste que não há fundamento jurídico constitucional que sustente a decisão, e, neste sentido, indaga: *“o direito é aquilo que o STF diz que é? Se isso é verdade, para que necessitamos de parlamento? (...) Que Constituição é essa que não tem força normativa?”*<sup>54</sup> e argumenta que *“há uma dimensão substantiva que não está à nossa livre disposição, não pode ser simplesmente convencionalizada pelas maiorias de ocasião. Temos uma Constituição! Ela serve para isso, é garantia.”*<sup>55</sup> Para o jurista, a Corte deveria atuar contra majoritariamente, defendendo a Constituição, e não atender, a qualquer custo, aos ditos anseios da sociedade.

A maneira como a mudança de jurisprudência foi realizada é outra surpresa para Streck, já que no caso escolhido para tal, o réu foi submetido à prisão (não fundamentada pelo tribunal) após recurso de apelação que, inclusive, foi interposto somente pela defesa. Não seria lógico que este caso ensejasse a modificação do assentamento, vez que para fazê-lo a Corte deveria fundamentar as razões que levaram ao entendimento diverso naquele caso, o chamado *overruling*<sup>56</sup>. O réu foi

<sup>53</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 17.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em 01/11/2016.

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 01/11/2016.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência?* Op. cit.

acusado de roubo qualificado, não se tratando de nenhum crime de colarinho branco, nem de pessoa que tem possibilidade de utilizar seus recursos financeiros infindáveis para protelar a sua prisão, que são exemplos de fatos que corroborariam com os argumentos tecidos pelos Ministros.

Outro argumento utilizado pelos Ministros que votaram pela mudança da jurisprudência foi a característica dos recursos extraordinários de não analisar matéria fática, somente de direito, o que autorizaria a antecipação da pena, visto que a partir da condenação de segundo grau a culpa do réu estaria comprovada, além de que a razão de ser destes recursos não é a tutela dos direitos subjetivos do recorrente, raramente modificando sua situação jurídica.

Aury Lopes Jr e Gustavo Badaró refutam a ideia, por esta não observar que diferentemente do modelo norte-americano, que adota o conceito de culpabilidade fática<sup>57</sup>, que busca o controle social do delito por meio do processo penal, o modelo de processo penal brasileiro se desenvolve a partir de *culpabilidade normativa*<sup>58</sup>, em que para se considerar um indivíduo culpado, é necessária uma condenação irrecorrível, de acordo com o regido pelo princípio da presunção de inocência. Segundo Geraldo Prado, o modelo norte-americano distorce o processo penal, ao colocar como fim absoluto deste o controle da criminalidade, além de equiparar hierarquicamente a os direitos fundamentais e o dever do Estado de prezar pela efetividade da lei. Já o nosso modelo é pautado na obediência às garantias fundamentais, a fim de se evitar arbitrariedades, devendo priorizar-se os direitos dos indivíduos em detrimento do poder de punição do Estado. Portanto, considerando nosso modelo, seria equivocado falar em comprovação da culpa após a sentença de segundo grau.

Ainda sobre os recursos, alegam que a razão destes não se resume em tutelar o direito objetivo, ainda que esta característica seja a principal hoje em dia, tendo em vista os diversos requisitos para se interpor os recursos especial e extraordinário. Se a única função fosse esta, as Cortes Superiores fariam somente a correta aplicação da lei e não decidiriam o caso concreto, porém, vemos que o modelo das nossas cortes é outro, pois a partir do cerne, que é a questão de direito, decide-se o caso concreto, reformando ou não a decisão do tribunal local.

---

<sup>57</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 20.

<sup>58</sup> Idem.

Há que se pontuar então, que ao limitar o alcance da presunção de inocência com o argumento que os recursos às Cortes Superiores não tratam de questão fática, não há leitura correta da garantia da presunção, que se divide em regra de julgamento (*in dubio pro reo*) e regra de tratamento. O que está em jogo ao tratarmos dos recursos extraordinários é a regra de tratamento, que proíbe que o réu suporte as consequências da condenação antes que esta seja definitiva. De certo, não cabe a utilização do *in dubio pro reo*, quando não há questão fática a ser decidida.

São inúmeras as questões de direito que podem refletir no direito subjetivo da parte, sendo algumas das elencadas por Aury Lopes e Gustavo Badaró: o questionamento dos critérios de apreciação da prova ou da qualificação jurídica dada a um determinado fato, como por exemplo, a adequada subsunção dos fatos à determinado tipo penal, a utilização de provas ilícitas, nulas ou ainda a impugnação de interpretação conferida a conceitos juridicamente indeterminados.<sup>59</sup> Estas controvérsias podem ser objeto de RE ou RExt e possibilitam uma alteração da sentença, podendo haver absolvição, redução da pena ou até anulação do acórdão do tribunal local, motivo pelo qual não se justifica a antecipação da execução da pena.

Acrescentam ainda que o fato destes recursos não terem efeito suspensivo, não é suficiente para que se promova a execução provisória da sentença, vez que não se trata aqui da dinâmica praticada no processo civil. No processo penal estamos lidando com a liberdade, tutelada neste caso pelo princípio da presunção de inocência, que, como já exaustivamente mencionado, é garantia individual protegida pela Constituição. Neste diapasão, o artigo 637 do Código de Processo Penal, que fixa que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, é sobreposto pelo disposto no artigo 5º, LVII, CRFB/88 e também pela disposição dos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal, que além de estarem de acordo com a Carta Magna, são posteriores ao artigo do CPP.

Quanto às comparações com os ordenamentos jurídicos internacionais, que supostamente possibilitam a execução provisória da pena, enquanto que no Brasil temos que aguardar os infinitos recursos serem julgados, vemos que não se trata de argumento jurídico. Além disto, não prospera, pois as possibilidades de interpor

---

<sup>59</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 25 e 26.

recursos são restritas, tendo em vista a existência de requisitos para admissibilidade destes. Streck insiste ainda que na Alemanha, Itália e Portugal, no caso de recurso à Corte que é similar ao nosso STJ, o réu tem direito ao efeito suspensivo.<sup>60</sup>

Tampouco a quantidade de recursos extraordinários admitidos ou providos pode autorizar a antecipação da execução da sentença condenatória, pois a legitimidade destes não vem do volume de provimentos, e o número reduzido destes não pode torna-los dispensáveis. Esse discurso é perigosamente similar ao utilizado em tempos passados para o não reconhecimento da presunção de inocência, por Manzini, ao dizer que esta era paradoxal e irracional, pois a maioria dos processos resultavam na condenação criminal do acusado.<sup>61</sup>

Se o argumento é no sentido de evitar a quantidade de recursos protelatórios, identificamos que este é problema da lei, pois se os recursos tem previsão legislativa, ao atuar de forma adequada a defesa sempre deverá utilizá-los, respeitando os requisitos de admissibilidade. Não pode a Suprema Corte se incumbir do papel do legislador para solucionar este problema, como ensina Pierpaolo Cruz Bottini. No mesmo caminho, Geraldo Prado, fixa que categorizar estes recursos como sendo protelatórios, é argumento que limita o exercício do direito ao recurso pela defesa.<sup>62</sup>

No mesmo caminho, embora haja reconhecimento de que há sobrecarga nos tribunais, o que gera demora no julgamento das causas como um todo, e conseqüentemente uma sensação de impunidade, não parece razoável solucionar este problema de ineficiência do judiciário, relativizando garantias processuais como a presunção de inocência, até porque esta medida funcionará apenas como um paliativo, vez que a problemática brasileira da demora na prestação da tutela é mais profunda, demandando debate mais complexo. É importante considerar também que o direito nunca será imediato, e não é pra ser, conforme pontuado em parecer sobre o tema, *“há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais.”*<sup>63</sup> Não é correto que se justifique a restrição de uma garantia, com uma incapacidade do Estado de prover adequada organização do judiciário.

---

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência?*. Op. cit.

<sup>61</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 34.

<sup>62</sup> PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Op. cit.

<sup>63</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 37.

Por sua vez, no que concerne à constatação de que são diversos os casos em que a demora no julgamento dos recursos acaba causando a prescrição da pretensão executória e que a antecipação da mesma solucionaria o inconveniente, vemos que, mais uma vez, a questão é de alteração da legislação. A lei estipula que a contagem do prazo para prescrição mencionada deve iniciar após “o trânsito em julgado para a acusação”, entretanto, já vimos que quando há recurso da defesa em andamento, o princípio da presunção de inocência obsta o início da execução da pena. Eis, então, que o prazo de prescrição começa a correr antes que o Estado possa de fato autorizar a execução, o que, em conjunção com a demora em julgar os recursos, causa a perda do direito de punir o réu. Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal não deve restringir garantia fundamental ou desconsiderar texto legal para suprir falha da referida lei, ainda mais no campo penal, que não permite interpretação contrária ao sentido expresso dos dispositivos. Apesar de reconhecer que o objetivo seja louvável, isto abriria margem para mais atuações neste sentido, o que é perigoso se considerarmos a ótica da legalidade.<sup>64</sup>

Não podemos deixar de apontar, ao falar da quantidade de processos recebida pelo judiciário, a falta de preocupação com as consequências que a decisão do Supremo terá no nosso já superlotado sistema penitenciário, o qual já teve reconhecido pela própria Corte, o seu “Estado de Coisas Inconstitucional”.<sup>65</sup> Não parece coerente que em um momento a Corte se pronuncie sobre o grave dilema presente nas nossas penitenciárias, e em outro autorize que haja a antecipação da execução da pena, sem dúvida aumentando o contingente de apenados.

Outra problemática do acórdão analisado, foi que ao decidir pela possibilidade de antecipação da execução, não mencionou ou declarou inconstitucional (ou constitucional) o artigo 283 do Código de Processo Penal, que a proíbe, ao fixar que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no

---

<sup>64</sup> Bottini, Pierpaolo Cruz. *Legalidade em xeque: a discussão no STF sobre a prescrição penal*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-03/direito-defesa-legalidade-xeque-discussao-stf-prescricao-penal>>. Acesso em 01/11/2016.

<sup>65</sup> Foi denominado assim o estado do sistema carcerário brasileiro, na ADPF nº 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015.

curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>66</sup>

Sobre o dispositivo, Pierpaolo Cruz Bottini ressaltou que na exposição de motivos do anteprojeto que lhe deu origem consta categoricamente a alteração pretendida, qual seja, a impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar, razão trazida também pelo Poder Executivo à época.

Para os processualistas Pierpaolo Cruz Bottini, Lenio Streck, Aury Lopes e Gustavo Badaró, não pode o STF apenas não aplicar (ou violar) um dispositivo, sem se pronunciar formalmente acerca da inconstitucionalidade deste, pois tal feito causa enorme insegurança jurídica. Há, inclusive, precedente (Recl. 2.645) do próprio Supremo neste sentido, em que foi Relator o Ministro Teori Zavascki, o que realça a incoerência da decisão do *Habeas Corpus* em análise.<sup>67</sup> Streck diz ainda que o artigo 283, CPP é espelho dos incisos LVII e LXI, do artigo 5º, da Constituição, evidenciando sua constitucionalidade.

Lenio Streck sustenta que não é possível justificar a decisão em discussão, baseando-se na decisão do STF sobre a Lei da Ficha Limpa, em que julgou constitucional a inelegibilidade de candidatos que forem condenados por decisão colegiada, nos casos de alguns crimes. Não há que se alegar coerência nas decisões, visto que estas não respeitam o texto normativo em vigor no nosso sistema jurídico.<sup>68</sup>

Falando de processo civil, Aury Lopes e Gustavo Badaró destacam outra diferença entre este e o processo penal: quando falamos de pena privativa de liberdade, nos referimos a consequências irreversíveis, já que é impossível restaurar o tempo que o apenado perdeu cumprindo pena não definitiva, que por ventura possa ser reduzida posteriormente. Não se trata de dano patrimonial. Citam ainda lição de Carnelluti, ao preceituar que *“uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal era exatamente essa: enquanto o processo civil se ocupa do*

---

<sup>66</sup> BRASIL. Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 01/11/2016.

<sup>67</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 35.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Op. cit.

“ter”, o processo penal lida como o “ser”<sup>69</sup>. Na mesma linha, Bottini corrobora com o argumento da diferença entre os bens tutelados:

(...)o processo civil tem por objeto — no mais das vezes — o patrimônio, recursos e valores. Com isso, caso a execução provisória seja revista, é sempre possível a restituição, a reparação, a tentativa de retorno ao status quo ante. Nem são necessárias muitas linhas para demonstrar que isso é inviável na seara penal, onde a liberdade é o bem submetido ao escrutínio judicial, e o tempo dela privado não é passível de reparação — de qualquer espécie.<sup>70</sup>

Há que se pesar as consequências catastróficas em se negar o efeito suspensivo aos recursos extraordinários, em uma realidade em que os juízes frequentemente decidem de maneira diversa das cortes superiores, e ainda tem enraizada uma lógica extremamente punitivista, muitas vezes não considerando importantes premissas do processo penal. Apenas utilizar como justificativa para permissão de tal execução, a possibilidade de impetração *habeas corpus* com o propósito de evitar injustiças, é insuficiente, já que atualmente, há demora de em média mais de 07 (sete) meses para seu julgamento, e, considerando dados da Defensoria Pública de SP, temos que cerca de 48% dos HCs impetrados no STJ são providos parcialmente ou integralmente, sendo incontestáveis os danos que serão causados.<sup>71</sup> Contra a tese de que os *habeas corpus* conseguiriam evitar arbitrariedades dos tribunais, pesa ainda o entendimento de que nem sempre são admissíveis *habeas corpus* substitutivos de recursos especiais e extraordinários, de acordo com precedentes do STF e STJ, respectivamente:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. EXCESSO DE PRAZO NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não se admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Precedentes.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> LOPES JÚNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Op. cit., p. 33.

<sup>70</sup> Bottini, Pierpaolo Cruz. *O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau> >. Acesso em 01/11/2016.

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência?* Op. cit.

<sup>72</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 123.822, Agr. Julgamento em 30.09.2014. 1ª Turma.

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGAS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS E INFERIOR A OITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ.<sup>73</sup>

Entretanto, se os *habeas corpus* passarem a ser conhecidos, confirmaremos que tal medida não terá sucesso em desafogar as cortes, pois ocorrerá grande aumento do volume destes, agravando a conjuntura atual.

Por conseguinte, considerando casos em que os tribunais profiram decisão condenatória fundamentada em entendimento diverso das cortes superiores, conseguimos analisar o efeito perigoso da antecipação da execução da pena, ao refletir que estes acusados que anteriormente nunca seriam presos, serão imediatamente encarcerados, até o resultado do *habeas corpus*, que, por fim, não será julgado na velocidade requerida pela situação.

No mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa explica que, a objeção à possibilidade de antecipação da execução da pena reside no fato de que, com isto, o poder judiciário seria condescendente com a ideia de que inocentes podem vir a cumprir pena (de imediato), por supostamente se tratar de poucos casos. O processo penal deve ser organizado para que não exista nenhum caso destes, sendo assim, não podemos admitir a execução provisória de condenação que ainda aguarda o julgamento de recursos extraordinários, que ressalta, já são instrumentos restritos, devido aos requisitos de admissibilidade. Ao admitir isto, teríamos que ter certeza que os tribunais não erram, o que não é o nosso caso. O jurista conclui que é momento de resgatarmos a função fundamental do processo penal, que é a de mecanismo de garantia.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 337.327. Julgamento em 17/12/2015. 6ª Turma.

<sup>74</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Não podemos ter uma posição frugal nos destinos do Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome->

Geraldo Prado conclui que historicamente a função dos direitos fundamentais é de conferir tratamento diferenciado aos cidadãos, visando limitar a atuação do Estado, para que se possa evitar arbitrariedades. Aplicando a lógica no processo penal, vemos, então, que não se pode igualar a posição de quem acusa (Estado) com a de quem defende. Para o jurista, além da alteração violar direito fundamental, esta “*miscigena modelos antagônicos*”<sup>75</sup> de processo penal.

## 6.1 EFEITO NÃO VINCULANTE DA DECISÃO

Saliente-se que a decisão do Supremo sobre a possibilidade da execução provisória da pena foi realizada na resolução de um caso concreto, e portanto, sem efeito vinculante aos tribunais do país, vez que também não declarou a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, podendo esta ser afastada de acordo com o entendimento dos tribunais sobre o caso, conforme ressalta o constitucionalista Lenio Streck:

(...) esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF.<sup>76</sup>

E completa, ensinando que “*assim, escrevo esse artigo para dizer: os tribunais de segundo grau não estão vinculados a essa decisão; não existe nenhum dever jurídico-constitucional de obediência a ela*”.<sup>77</sup>

Desta forma seguiu o raciocínio do Ministro Celso de Mello ao julgar medida cautelar no *habeas corpus* 135.100/MG, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). CRIME HEDIONDO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O

---

instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=como%20citar%20alexandre%20morais%20da%20rosa>. Acesso em 01/11/2016.

<sup>75</sup> PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Op. cit.

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Op. cit.

<sup>77</sup> Idem.

MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. “REFORMATIO IN PEJUS”. VEDAÇÃO (CPP, ART. 617, “in fine”). DECRETAÇÃO, “ex officio”, DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (“CARCER AD POENAM”). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). **INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, “CAPUT”). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.**<sup>78</sup> (grifo nosso)

Entretanto, veremos que o precedente já tem sido usado por diversos tribunais, conforme ementas dos julgados abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONCURSO MATERIAL. APELAÇÃO JULGADA. **EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.** 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, **decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência**, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Ressalva do entendimento da Relatora. 2. Ordem denegada.<sup>79</sup> (grifo nosso)

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 135.100/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc135100.pdf>. Acesso em 01/11/2016.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 352845/SP. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Data de Julgamento: 26/04/2016. Sexta Turma. Data de Publicação: DJe 03/05/2016.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. **EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA.** "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016). Ordem denegada.<sup>80</sup> (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE AFIRMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** A constitucionalidade da execução provisória da pena foi assentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC n. 126.292-SP, **restando afastada a alegada afronta à presunção de inocência.** Hipótese dos autos em que, ademais, houve o transcurso de mais de nove anos entre a data do fato e a decisão que determinou a execução provisória da pena. **ORDEM DENEGADA.** (Habeas Corpus Nº 70070188230, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 20/07/2016).<sup>81</sup>

PENAL. "HABEAS CORPUS". APELAÇÃO QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO.** Pleito de contramandado de prisão, porque deferido direito de recurso em liberdade, não existindo ainda trânsito em julgado. Descabimento. Execução Provisória das penas, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, em razão de interposição de recurso especial, ao qual, inclusive, já se deu parcial provimento (apenas diminuindo a pena), que não fere o dispositivo constitucional de presunção de inocência. **Recursos Especial e Extraordinário que não possuem efeitos suspensivos. Precedentes jurisprudenciais.** Inexistência de constrangimento ilegal. Denegada a ordem.<sup>82</sup> (grifo nosso)

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXACERBAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. COCULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006. ALTERAÇÃO NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. COMUNICAÇÃO AO JUÍZO DE ORIGEM. DETRAÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 325438/SP. Relator: Ministro Felix Fischer. Data de Julgamento: 28/06/2016. Quinta Turma. Data de Publicação: DJe 01/08/2016.

<sup>81</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC 70070188230/RS. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Data de Julgamento: 20/07/2016. Primeira Câmara Criminal. Data de Publicação: DJ 25/07/2016.

<sup>82</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. HC 21217143420168260000/SP. Relator: Alcides Malossi Junior. Data de Julgamento: 15/09/2016. 8ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 20/09/2016.

CUMPRIMENTO. INAPLICABILIDADE. LEI Nº 12.736/12. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PEDIDO A SER FEITO PERANTE O JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Comprovadas a autoria e a materialidade do delito de tráfico internacional de entorpecentes atribuído à ré, por meio das provas produzidas durante a instrução processual. 2. "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena." (HC 107.409/PE, 1.<sup>a</sup> Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012). Não cabe rever pena fixada em parâmetros legais, razoáveis e adequados em primeiro grau, substituindo a discricionariedade do juiz pela do Tribunal. 3. A quantidade e a qualidade da droga ilícitamente internalizada justificam a exacerbação da pena-base. 4. Dificuldades econômicas não justificam a alegação de coculpabilidade, não havendo falar em incidência da atenuante. 5. Evidenciada a transnacionalidade do delito de tráfico de drogas, incide a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. 6. Reavaliada a fixação do regime fechado, foi estipulado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade pelo réu, devendo ser comunicado ao Juízo de Origem para adoção das medidas cabíveis e necessárias à alteração do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. 7. A detração a ser aplicada ainda no processo de conhecimento, conforme previsto no art. 387, § 2º, com redação dada pela Lei nº 12.736/12, tem a finalidade de garantir ao condenado o direito à progressão de regime, já computado o tempo de encarceramento cautelar, não servindo, porém, para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, que será decorrente do total da condenação fixada na sentença. Hipótese em que o tempo de privação de liberdade de não enseja a alteração do regime inicial de cumprimento da pena. Precedente da 4ª Seção. **8. Possibilidade de execução provisória da pena segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.** 9. O pedido de assistência judiciária gratuita deve ser formulado perante o Juízo da Execução, o qual avaliará eventual falta de condições do réu para pagar as custas e despesas do processo. 10. Apelação criminal parcialmente provida.<sup>83</sup> (grifo nosso)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. MOMENTO DO INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA. EXISTÊNCIA DO VÍCIO. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ADMITIDA. O início do cumprimento da pena não exige o trânsito em julgado, basta a existência de um juízo de incriminação do acusado em segundo grau. Precedentes: STF.** EMBARGOS ACOLHIDOS, DE FORMA INTEGRATIVA, COM DETERMINAÇÃO.<sup>84</sup> (grifo nosso)

<sup>83</sup> Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR: 50073320220154047002/PR. Relator: João Pedro Gebran Neto. Oitava Turma. Data de Julgamento: 29/06/2016.

<sup>84</sup> Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. RC 8515/SP. Relator: André Guilherme Lemos Jorge. Data de Julgamento: 29/03/2016. Data de Publicação: DJESP 07/04/2016.

Desta maneira, vemos que diversos tribunais já adotaram o novo entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal, destacando o impacto da decisão apresentada, bem como a instauração de controvérsia sobre a aplicação (ou não) do disposto pelo artigo 283 do CPP.

## 7. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Após o julgamento do HC 126.292, já analisado, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizaram as ADCs nº 43 e 44, respectivamente.

As ações têm como objetivo a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, em razão de controvérsia judicial (requisito da ação) instaurada a partir do julgamento do *Habeas Corpus* supramencionado, em que a Suprema Corte modificou o seu entendimento sobre o alcance do princípio da presunção de inocência, possibilitando a execução provisória da pena após o julgamento de segundo grau.

Ocorre que o artigo 283 do CPP, que tem redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, prevê que:

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.<sup>85</sup>

Sendo assim, os autores alegam que, desde que está em vigor, entende-se que o referido artigo impossibilita a execução de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Entretanto, ao julgar possível a antecipação da execução, o Supremo Tribunal Federal estaria negando vigência ao referido dispositivo, sem antes declará-lo inconstitucional, o que causou enorme controvérsia, na medida em que milhares de julgados já estariam se baseando na nova tese assentada, em detrimento do que dispõe o artigo 283 do Código de Processo Penal, o que contraria o fixado pela Súmula Vinculante nº 10 do STF e o artigo 97 da CRFB/88, e conseqüentemente, gera enorme insegurança jurídica.

O argumento trazido pelo Partido Ecológico Nacional em favor da declaração da constitucionalidade do dispositivo em discussão se constrói a partir da narração da evolução da jurisprudência do STF acerca do tema da execução provisória da pena. Como foi exposto neste trabalho, até 2009 havia entendimento da Corte que

---

<sup>85</sup> BRASIL. Código de processo penal (1941). Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 01/11/2016.

possibilitava a antecipação da execução, tendo este sido modificado no julgamento do HC 84.079. Neste sentido, o legislador alterou a redação do artigo 283 do CPP por meio da Lei 12.403/2011, para acompanhar o novo entendimento, bem como as disposições dos incisos LVII e LXI, artigo 5º, da CRFB/88, sobre o assunto. Após anos retornamos ao entendimento anterior, sendo que, para o PEN, a situação se difere, pela existência do dispositivo do código de processo penal que veda expressamente a execução da pena antes do trânsito em julgado. Este dispositivo não pode ser afastado sem que se declare formalmente sua inconstitucionalidade, pois o Supremo estaria infringindo a cláusula de reserva de poder, ao se incumbir do papel do legislador, já que este, indubitavelmente, definiu o momento de execução da pena no texto trazido pelo artigo 283.

Subsidiariamente, alegou ainda que a execução provisória da pena traz o agravamento da situação do sistema penitenciário, em que já é reconhecida pelo próprio Supremo, a existência de um “estado de coisas inconstitucional”, que sofreria ainda mais, já que atualmente, em média 27,86% dos HCs ao STJ são concedidos.<sup>86</sup> Invoca também o princípio da irretroatividade da norma penal que prejudicar o réu, explicando que este é válido também para mudanças jurisprudenciais, devendo estas terem somente efeitos futuros, em nome da segurança jurídica e da boa-fé. Por fim, afirma que não podemos equiparar as funções exercidas pelas cortes superiores na esfera penal, já que:

(i) toda sentença criminal condenatória necessariamente interpreta a lei federal, ao passo que, apenas excepcionalmente, enfrenta com autonomia questão constitucional; (ii) o juízo positivo de culpabilidade exigido para a condenação criminal é típico juízo jurídico de reprovabilidade, não bastando, para a afirmação da culpa, a formulação de juízo fático; e 5 (iii) enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação a partir da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, as funções do STJ continuam plenamente compatíveis com a de um Tribunal Superior de recursos.<sup>87</sup>

Neste raciocínio, tem-se que o julgamento dos recursos no STJ não deve ser tratado como instancia extraordinária, ressaltando que a jurisprudência da corte inclui o exame de matéria fática ao autorizar a decretação de atipicidade dos fatos

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44 – Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/ADC-43-e-ADC-44-Minuta-de-voto-5set2016.pdf> >. p. 4. Acesso em 01/11/2016.

<sup>87</sup> Idem, p. 4 e 5.

e/ou alterar sua qualificação jurídica, pode ainda em sede de recurso especial alterar a dosimetria da pena, o regime prisional, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e ainda declarar a ilicitude das provas, restando evidente o impacto que tais recursos podem ter na solução do caso concreto.<sup>88</sup>

Por sua vez, o Conselho Federal da OAB alega que a decisão do STF no HC 126.292 viola a Súmula Vinculante nº 10 e o artigo 97 da CF ao permitir que os tribunais não apliquem o artigo 283 do Código Penal, sem que este tenha sido declarado inconstitucional formalmente. Os dispositivos trazidos pelo CFOAB versam sobre a necessidade de que a inconstitucionalidade de lei ou ato, ou o afastamento de sua incidência, sejam realizados obedecendo o princípio da reserva de plenário.<sup>89</sup> Ainda é fundamentado que o artigo 283 do CPP seria espelho dos incisos LVII e LXI, do artigo 5º, da CF, o que significa que declará-lo inconstitucional implicaria em declarar uma norma originária inconstitucional, destacando a confusão trazida pela decisão da Suprema Corte.

Entre os pedidos cautelares, requereu-se a suspensão das execuções provisórias de penas de prisão, além de que não se decretem novas até o julgamento das ADCs, caso haja indeferimento, que se determine a interpretação conforme a constituição do artigo 283, CPP, no sentido de aplicar, cautelarmente, as medidas alternativas à prisão ao invés da pena privativa de liberdade, nos casos de execução provisória, e ainda, subsidiariamente, a interpretação conforme a constituição do artigo 637 do CPP, para limitar a não incidência do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, condicionando a execução provisória da pena ao julgamento de eventuais recursos especiais que estiverem pendentes.<sup>90</sup>

Em outubro de 2016 o STF concluiu em conjunto o julgamento das cautelares das ações, tendo sido decidido o indeferimento destas. Votaram a favor das medidas cautelares, reconhecendo, portanto, a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, o Ministro Relator Marco Aurélio, o Ministro Celso de

---

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44. Op. cit., p. 5.

<sup>89</sup> Súmula vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”  
CF/1988, art. 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44. Op. cit., p. 5.

Mello, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Ricardo Lewandowski e, ainda, o Ministro Dias Toffoli, que modificou sua posição em relação ao julgamento do HC 126.292. A maioria votou pelo indeferimento das MCs, determinando que a interpretação do artigo em questão fosse feita em sintonia com as disposições dos artigos 637 do CPP e 1.029, §5º, do CPC, conferindo interpretação que o adeque às exigências da Constituição de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal.

A argumentação feita no sentido de indeferir as cautelares reiterou o trazido no julgamento do HC 126.292, apontando que a espera pelo trânsito em julgado da decisão condenatória é incentivo à interposição de infinitos recursos protelatórios, e, por conseguinte, da morosidade do sistema penal, que prejudica a efetividade da justiça, pois causa sensação de impunidade. Sendo assim, a execução após o trânsito em julgado estaria desobedecendo preceitos importantes da Constituição, que tutelam o direito à vida e a integridade psicofísica, por exemplo, significando proteção deficiente por parte do Estado. O Ministro Barroso diz em seu voto que a atual falta de efetividade do processo criminal acaba por prejudicar função importante do sistema de justiça, que é a *“prevenção geral: as pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita – como o ganho fácil e farto – e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade.”*<sup>91</sup> É reiterada ainda a alegação de que, sendo a presunção de inocência um princípio, tem-se que este pode ser aplicado com menor ou maior intensidade, devendo ser realizada ponderação deste com o interesse da coletividade, qual seja, a efetividade da lei penal.

Sobre a discussão central da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, afirma-se que a Constituição diferencia o conceito de culpabilidade e o de aprisionamento, segundo análise sistemática dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da CF, admitindo, então, a antecipação da execução da pena. Sendo assim, não há que se falar que o artigo 283 do CPP é espelho da CF, destacando que sua inconstitucionalidade não implica na declaração de inconstitucionalidade de norma originária.

O que se aduz é que há diversas leituras possíveis do artigo em discussão, e o Ministros votam pela adoção da interpretação que possibilite a execução

---

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44. Op. cit., p. 5.p. 12.

provisória da pena, pois desta forma ele estaria, supostamente, se adequando às exigências constitucionais relacionadas à efetividade da justiça criminal.<sup>92</sup>

Além disto, ao estabelecer a possibilidade das prisões preventiva provisória o artigo 283 do CPP admite que haja prisão antes do trânsito em julgado da condenação, por isto faz sentido que após a sentença de segundo grau, hipótese em que a materialidade e a autoria já estão comprovadas, o artigo permita a execução da pena. Em suma, o artigo foi considerado válido e deu-se a este interpretação que não obsta a antecipação da execução.

No que concerne a suposta afronta à Sumula Vinculante nº 10 e ao artigo 97 da Constituição, que versam sobre o princípio da reserva de plenário, o Ministro Barroso afirma que não houve violação, já que não houve afastamento do artigo 283 do CPP, somente interpretação conforme a constituição. Ademais, o princípio da reserva de plenário é afastado no caso em tela, pois o artigo 949<sup>93</sup>, p. único do CPC/2015 fixa a não exigência de manifestação do plenário em casos que já houver pronunciamento anterior deste.

Quanto ao princípio da reserva de plenário, defende-se que não há desobediência a este, pois o Supremo não criou nova modalidade de prisão, vez que esta possui fundamento na Constituição, no artigo 637<sup>94</sup> do Código de Processo Penal e na Súmula 267<sup>95</sup> do STJ, que fixam que os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo e preveem a imediata execução da sentença. Neste raciocínio o artigo 637 não é sobreposto pelo artigo 283, posto que não há conflito entre o que eles dispõem.

Em favor da execução provisória da pena pode-se usar ainda o conceito de ordem pública trazido pelo artigo 312<sup>96</sup> do CPP, no passo que se caracteriza como tal a necessidade de se assegurar a efetividade da justiça criminal, sendo, nestes

---

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44. Op. cit., p. 19.

<sup>93</sup> CPC/205, Artigo 949 - Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

<sup>94</sup> Código de Processo Penal, artigo 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

<sup>95</sup> Superior Tribunal de Justiça, Súmula 267 - A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

<sup>96</sup> Código de Processo Penal, artigo 312, caput - 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

casos, a condenação em segundo grau a própria justificativa para decretação da prisão.

Com relação aos tribunais que não consideram a jurisprudência das cortes superiores no julgamento de causas criminais, faz-se necessária a adoção de medidas que coíbam esta desobediência, não sendo este, entretanto, motivo suficiente para obstar a execução antecipada das sentenças condenatórias.

O Ministro Barroso destaca que ao reconhecer o “Estado de Coisas Inconstitucional”, o Supremo não concluiu pela impossibilidade de decretação de novas prisões, mas sim, pela necessidade de se implementar medidas que solucionem a situação de frequente violação de direitos fundamentais enfrentada pelo sistema carcerário, e ainda afirma que a nova decisão não causará grande aumento do volume de apenados, conforme estudo da FGV Direito Rio.<sup>97</sup>

Ao analisar os pedidos subsidiários, concluiu-se pelo indeferimento do pedido de restrição do disposto pelo artigo 637 do CPP para que no caso de interposição de recursos especial houvesse efeito suspensivo, pois alega-se que o STJ também é instância extraordinária, e sendo assim, sua função é atuar apenas na tutela do ordenamento jurídico, portanto, estes recursos não teriam reflexo no caso concreto, que à altura da interposição do Resp, já teria sido decidido.<sup>98</sup>

A maioria negou também o pedido subsidiário de modulação dos efeitos temporais do entendimento do Supremo, já que a vedação da retroatividade se aplica somente à tipificação de novos crimes e à aplicação de pena que não estava prevista em lei na época do delito. A modificação do entendimento sobre a execução provisória da pena não traz novo crime ou nova previsão de pena, sendo constitucional o seu efeito imediato. Por outro lado, a lei e a jurisprudência entendem que a matéria processual penal deve ter aplicação imediata, “*incidindo sobre os processos futuros e em curso, mesmo que tenham por objeto crimes pretéritos*”<sup>99</sup>, conforme texto normativo o artigo 2º<sup>100</sup> do Código de Processo Penal.

Ficou confirmada então a modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, mitigando o princípio da presunção de inocência em favor da imediata execução da pena após a condenação de segundo grau, e

---

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44. Op. cit., p. 24.

<sup>98</sup> Idem, p. 25.

<sup>99</sup> Idem, p. 27.

<sup>100</sup> Código de Processo Penal, artigo 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

mantendo validade do artigo 283 do Código de Processo Penal, dando ao dispositivo interpretação conforme a constituição, no sentido de autorizar que haja cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

### 7.1 EFEITOS DA DECISÃO

É importante salientar que a ação declaratória de constitucionalidade é instrumento de controle concentrado, em que se requisita a confirmação da constitucionalidade da lei ou dispositivo em abstrato, tornando a presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, sendo esta admitida em casos em que estiver presente relevante controvérsia judicial sobre a aplicação do dispositivo impugnado, para que seja uniformizada a jurisprudência sobre a norma questionada. Neste raciocínio, temos que a futura decisão de mérito das ações estudadas produzirão efeitos vinculantes em relação ao Judiciário e à Administração Pública, além de eficácia *erga omnes* e eficácia *ex tunc*, confirmando a constitucionalidade preexistente.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

## 8. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se aprofundar a discussão sobre a admissão da execução provisória da pena pelo nosso Supremo Tribunal Federal, sob a ótica do princípio da presunção de inocência, positivado no artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Deste modo, viu-se que, além de importante princípio, a presunção de inocência é garantia individual, que visa limitar o poder do Estado de punir, sendo certo que a desobediência ao princípio representa a desobediência aos valores essenciais do nosso sistema jurídico, de modo que este deve ser observado em todas as fases da ação penal, pois a justiça criminal só se legitima quando operada em conformidade com as garantias individuais.

Desde o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 em 2009, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se alinhou ao que determina a Constituição de 1988, tornando inconstitucional a execução da sentença condenatória penal antes de seu trânsito em julgado. Entretanto, no início de 2016 a Suprema Corte modificou seu entendimento no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 SP.

O trabalho demonstrou que a decisão foi tomada fixando o entendimento de que a execução da pena após a condenação de segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência, colocando a necessidade de garantia da efetividade da lei penal, resolução da morosidade do sistema criminal e a diminuição dos recursos protelatórios como os principais argumentos para que se justificasse a relativização da garantia da presunção, vez que foi entendido que esta não é absoluta. Neste sentido, o novo entendimento preza pelos interesses da coletividade, em detrimento das garantias individuais, concluindo que não se comprometerá a segurança jurídica a execução pós condenação de segundo grau, pois a esta altura já está comprovada a culpabilidade do acusado. Além disto, o Supremo entendeu que a Constituição admite este tipo de execução, pois, ao analisar os incisos LVII e LXI, vê-se que o conceito de culpabilidade e o de prisão se diferem neste ordenamento.

Tal decisão foi bastante criticada por diversos doutrinadores brasileiros, em relação à maneira que foi realizada a mudança de jurisprudência tão impactante no nosso ordenamento, e em relação às consequências práticas do entendimento adotado. Mais uma vez criticou-se o ativismo da nossa Corte, questionando a eficácia de nossa Constituição diante de decisões como estas, em que não se

considera o limite de atuação conferido ao Judiciário, criando precedentes perigosos. Outra crítica importante trazida no trabalho consiste na repetida comparação entre o processo civil e o processo penal por parte dos Ministros, sem considerar que estes tratam de situações completamente diversas, pois os bens tutelados e as consequências suportadas são de natureza diversa.

Por fim, a decisão provoca um questionamento sobre a real eficácia dos direitos fundamentais na função de garantir tratamento diferenciado aos cidadãos para que não sejam alvos dos poderes do Estado. A antecipação da execução da pena vai em sentido contrário a esta garantia, pois acaba igualando a importância dos direitos do réu e do dever de punir do Estado. A legitimidade deste poder em um Estado Democrático de Direito se dá justamente na observância do devido processo legal, em que o judiciário só pode condenar um indivíduo após comprovação inequívoca da sua culpa. Afinal, qual seria o fim do sistema penal, senão o de funcionar como um mecanismo de garantia?

A controvérsia judicial trazida pela decisão do HC 126.292 acabou resultando no ajuizamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em que se pediu a confirmação da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, vez que a sua aplicação teria sido afastada no julgado em questão. Neste cenário, foi confirmada a nova tese do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da sentença penal, na medida em que este indeferiu as medidas cautelares das ações, mitigando o princípio da presunção de inocência em favor da imediata execução da pena, e mantendo a validade do dispositivo impugnado, dando a esta interpretação conforme a constituição, para que se extraia deste a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O retorno da execução provisória da pena**: os porretes de Eros Grau. 23 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>\_Acesso em 01/11/2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Legalidade em xeque**: a discussão no STF sobre a prescrição penal. 3 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-03/direito-defesa-legalidade-xeque-discussao-stf-prescricao-penal>>\_Acesso em 01/11/2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 01/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/ADC-43-e-ADC-44-Minuta-de-voto-5set2016.pdf>>. Acesso em 01/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Tribunal Pleno Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 05/02/2009, DJe nº. 35, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em 01/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 126.292**, Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki, Julgamento: 17/02/2015, DJe nº 100, 17 mai. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01/11/2016.

LOPES JR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. 4 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#author>.\_Acesso em 01/11/2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 8ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2011.

LOPES JR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Presunção de inocência**: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer, São Paulo, 20 mai. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito>>

.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\_Presuncao\_de\_Inocencia\_Do\_concei.pdf>. Acesso em 01/11/2016.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. **Boletim do IBCCRIM**, v. 277, p. 10-12, 2015, Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5673-O-trnsito-em-julgado-da-deciso-condenatria](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-trnsito-em-julgado-da-deciso-condenatria). Acesso em 01/11/2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Não podemos ter uma posição frugal nos destinos do Processo Penal**. 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-14/limite-penal-nao-podemos-posicao-frugal-destinos-processo-penal>>. Acesso em 01/11/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência?**. 1 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em 01/11/2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. 19 fev. 2016 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em 01/11/2016.