

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO –
UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (ECJ)**

RICARDO ANDRÉ NÁUFEL

**EXECUÇÃO DA PENA NÃO TRANSITADA EM JULGADO E A
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Rio de Janeiro - RJ
2017

RICARDO ANDRÉ NÁUFEL

Execução da pena não transitada em julgado e a presunção de inocência

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

Orientador: Prof. Thiago Bottino do Amaral

Rio de Janeiro, 2017

**Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas
Escola de Ciências Jurídicas**

Ricardo André Náufel

Execução da pena não transitada em julgado e a presunção de inocência

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Thiago Bottino/UNIRIO

Prof.^a Elizabeth Sússekind (a confirmar)/UNIRIO

Prof.^a Simone Schreiber (a confirmar)/UNIRIO

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, Criador de todas as coisas e do meu desejo de somar neste mundo, e a Jesus, seu enviado e irmão curador, por cuja intervenção foi possível dedicar-me a este trabalho monográfico.

Agradeço a meus pais Geni André e José Ricardo Naufel, que me ensinaram valores, amaram e sempre me ampararam e em cujas sortes espero retribuir ao infinito.

À minha família que, com amor, impulsionou-me e me impulsiona para meu destino. Seus nomes carrego sempre comigo.

Em particular agradeço à minha tia Marcia Maria Naufel, porque me fez introdução às primeiras linhas do Direito, levando-me a amá-lo.

Agradeço aos professores e mestres desta acolhedora Unirio, que muito me incentivaram nesta longa caminhada.

Agradeço aos irmãos do coração, que sempre me ajudaram neste trajeto, das mais diversas formas possíveis, seja em algum ponto dele, ou permanentemente: Daniel Schwartz, Fabio Moniz Sodré, Alexandre Turola, Rodrigo Lopes, Ronaldo Sales, Rodrigo Silva, Charles Souza, Vinícius Silva, Thiago Martins, Patrick Damião, Gabriel Bonassa.

A todos os professores que passaram por minha vida e, em especial a Franco Fatorelli e Marcio Guimarães que, nos momentos preliminares de minha juventude, ainda no colégio, grandemente me inspiraram.

A Eduard, que em minha pré-adolescência ajudou-me a mostrar que e poderia ir mais além e superar dificuldades nos estudos.

A Juliano Lima, amigo e incentivador, competente servidor do MPU, pelo rastro de brilho e amizade deixados na minha história, em sua passagem no Rio de Janeiro.

A Janis Safe, Procuradora da Fazenda Nacional, grande incentivadora e amiga, a qual me acompanhou em um dos primeiros estágios jurídicos de meu curso.

Aos amigos e colegas Franklyn Leão, Jairo Barreto, Marcos Lima e Laerte de Deus, pela amizade e por tornar meus dias de trabalho mais leves.

A Josivé Cândido Moraes, amigo e fonte de inspiração de luta, perseverança e lealdade.

À minha madrasta Marilene Duarte, também parte de minha família e apoiadora admirável.

À minha ex-companheira e amiga, Vivian Moura e à sua mãe Ivanilda Moura, pelo apoio e amizade durante nossa convivência.

Aos amores perdidos nesta história de vida, cujas influências também me tornaram o que sou hoje.

Aos mestres da vida, cujos nomes não sei ou esqueci, mas que passaram e deixaram seu legado para a construção do meu caráter.

A meu tio Antônio José Naufel, advogado, que me passou importante exemplo de luta e fé, perto de eu chegar às linhas finais deste trabalho.

A meu tio materno Amílcar André (*in memoriam*), cuja amizade jamais se apagará do meu coração.

A meu tio José Naufel Filho (*in memoriam*), que ajudou no colorido de minha infância e cujo brilho foi de uma estrela cadente em que o rastro ficou como a trilha para o ulterior reencontro.

A meu avô paterno José Naufel (*in memoriam*), cuja inspiração, carinho e exemplo me acompanharam e nortearam até aqui, levando-me à luta pelo direito.

Saudades.

À minha consciência, da qual não posso me afastar.

“Não seguirás a multidão para fazeres o mal; nem numa demanda falarás, tomando parte com a maioria para torcer o direito.”

(Êxodo 23:2)

“A pior ditadura é a do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”

(Rui Barbosa)

“Não existe verdadeira inteligência sem bondade.”

(Ludwig Van Beethoven)

“Sonho com o dia em que todos levantar-se-ão e compreenderão que foram feitos para viverem como irmãos.”

(Nelson Mandela)

“Age de modo que consideres a humanidade tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro, e sempre como objetivo, nunca como simples meio.”

(Immanuel Kant)

RESUMO

No presente estudo, buscou-se fazer um estudo dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema da execução da pena ainda não transitada em julgado. Foram expostas duas decisões paradigmáticas: a proferida do HC nº 84.078/MG, e a do HC nº 126.292/SP. O Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram ações, a ADC nº 43 e a ADC nº 44, para a solução definitiva da controvérsia. Os méritos das ações não foram julgados ainda. As decisões prolatadas e as que virão a ser terão importante reflexo no princípio da presunção de inocência, fazendo-se necessário compreender as visões, para que se chegue a uma interpretação válida e que priorize a Constituição e suas liberdades, decidindo-se sobre a execução da pena e sua relação com o trânsito em julgado.

Palavras-chave: Presunção de inocência, trânsito em julgado, execução da pena, HC nº 84.078/MG, HC nº 126.292/SP, ADC 43, ADC 44.

ABSTRACT

At the present work the objective was to study the recent positions of Supremo Tribunal Federal (STF) about the theme of penal execution before the final disposal. It was exposed two paradigmatic decisions: the one prolated at HC number 84.078/MG and the one at HC number 126.292/SP. The Partido Ecológico Nacional and the Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil filed actions, the ADC number 43 and the ADC number 44, to the definitive solution of the controversy. The merits of the complaints weren't judged yet. The prolated decisions and the ones to be rendered will have an important consequence at the presumption of innocence, which makes it necessary to understand the points of view so that we reach a valid interpretation that prioritize the Constitution and it's freedoms, deciding on the penal execution and it's relation with the final disposal of the demand.

Keywords: Presumption of innocence, final disposal of the demand, penal execution, HC n. 84.078/MG, HC n. 126.292/SP, ADC 43, ADC 44.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 84.078/MG.....	11
3 <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292/SP.....	28
4 A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43.....	41
4.1 IBCCRIM COMO <i>Amicus Curiae</i> NA ADC 43.....	49
4.2 VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO ACERCA DA MEDIDA CAUTELAR	50
4.3 VOTO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI NA ADC 43 – MEDIDAS CAUTELARES.....	52
5 AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 44.....	54
6 VOTO DO MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO NAS ADC 43 E ADC 44 – MEDIDAS CAUTELARES.....	56
7 DISCUSSÃO.....	58
8 CONCLUSÃO.....	66
9 REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, buscou-se fazer uma análise dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema da execução da pena ainda não transitada em julgado.

Para tanto, foram expostas duas decisões paradigmáticas. A primeira foi no HC nº 84.078/MG, em que, numa dada composição de Ministros no STF, o Plenário prolatou decisão contra a execução da pena antes de seu trânsito em julgado. A segunda foi o HC nº 126.292/SP, no qual, mudadas algumas variáveis e mantidas outras, foi proferida decisão oposta.

Visando o desenrolo destas situações díspares, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizaram ações, as quais viraram a ADC nº 43 e a ADC nº 44, propiciando o posterior controle pelo STF na via concentrada e conseqüente solução com efeito geral e vinculante.

Tais ações ainda tramitam e seus méritos ainda não foram analisados. Foram votadas as medidas cautelares pleiteadas por ambos postulantes.

Os Ministros, em seus votos, trouxeram à baila interessantes considerações, as quais são carregadas de princípios e dizem respeito a conceitos muito caros em nosso Estado Democrático de Direito, como o da coisa julgada, da separação dos poderes, da mutação constitucional e do princípio da presunção de inocência (ou da não-culpabilidade, como alguns preferem).

Retirados das Ações Diretas de Constitucionalidade mencionadas, alguns votos representativos de ambas as posições (a favor ou contra a execução antes do trânsito em julgado) foram esmiuçados, para que se vislumbre um pouco do caminho que está sendo trilhado.

Diversos foram os *amicus curiae* que tentaram se habilitar para intervir no julgamento, tendo sido alguns admitidos. Com o objetivo de ilustrar a atuação de um dos intervenientes, falou-se aqui da intervenção do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

Sem pretender esmiuçar o que são cada um desses conceitos, esta obra monográfica prestou-se a delinear de forma sucinta como a matéria tem sido tratada

na mais alta Corte de nosso País e, ao mesmo tempo, verificar criticamente a adequação das linhas de raciocínio até então expostas à Constituição da República Federativa do Brasil e à presunção de inocência – um dos pilares de nossa Ordem Jurídica Democrática.

2 HABEAS CORPUS Nº 84.078/MG¹

O *habeas corpus* objeto de estudo nesta seção teve como Relator o Ministro Eros Grau e funcionou como Presidente o Ministro Gilmar Mendes.

O aludido *habeas corpus* foi impetrado com fulcro no Art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil – o princípio da presunção de inocência –, bem como da superveniência da Lei de Execuções Penais ao citado artigo e tinha por objeto afastar ausência de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário.

Ficou assentado sumariamente, conforme se depreende da ementa do julgado:

- 1) Antes do trânsito em julgado, só é possível a prisão em sede cautelar;
- 2) A ampla defesa é cerceada se houver execução de pena ainda pendente possibilidade de recorrer;
- 3) A impossibilidade de alegação de, interpretando a necessidade de transitar em julgado, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal serem inundado de recursos. Tal comodidade é injustificável, é amputação de garantias;
- 4) Citou-se o RE 482.006, em que se decidiu sobre a impossibilidade de atacar vencimentos de servidores que supostamente cometeram crime funcional, com fulcro no Art. 5º, inciso LVII;
- 5) A proteção à propriedade (elite) deve se estender igualmente aos "subalternos", atacados em suas liberdades;
- 6) O réu não é mero objeto processual. Subsunção da norma do Art. 1º, inciso III da CRFB (dignidade humana);
- 7) Com isso, a ordem foi concedida.

São as seguintes considerações trilhadas no curso do presente *habeas corpus*, pormenorizadamente:

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078/MG**, STF, Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJe 26.02.2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>. Acesso em 13.09.2017.

Para o Ministro Eros Grau:

O Art. 637 Código de Processo Penal (CPP) diz que o Recurso Extraordinário (RE) não tem efeito suspensivo e que autos baixarão para execução; a Lei de Execuções Penais (LEP), por sua vez, nos artigos 105 e 147, condicionam a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. E o Art. 164 do mesmo diploma afirma que a sentença transitada em julgado é título executivo.

O Art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) estabelece a presunção de inocência, então a LEP é adequada à CRFB atual. Do ponto de vista cronológico a LEP também prevalece, em relação ao CPP.

Havia precedentes aplicando o Art. 147 da LEP (o qual estabelece que a pena restritiva de direitos só pode ser aplicada com o trânsito em julgado de decisão condenatória).

É contra a isonomia condicionar ao trânsito em julgado a pena restritiva de direitos e a pena privativa de liberdade não ter a mesma condicionante.

Só é permitida a prisão cautelar (flagrante, temporária ou preventiva), antes do trânsito em julgado, pois a natureza não é de condenação.

Na linha da decisão do presente *habeas corpus*, viola a ampla defesa execução antes do trânsito em julgado.

A promulgação da Lei nº 8.038/90, dando redação ao CPP de que o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário somente teriam efeito devolutivo e não suspensivo faz parte de um desejo vingativo, tendo seus defensores um ímpeto criminoso dentro de si, em verdade.

Os tribunais têm o dever de acusar a inconstitucionalidade dos excessos da legislação de 1990. Seus integrantes devem ter a coragem de enfrentar os anseios populares punitivistas e até mesmo os colegas que não entendem.

A execução antes do trânsito em julgado é antecipação da pena, ante a presunção de inocência.

O argumento contrário diz que há abusos de uso do Recurso Especial (REsp) e RE, para que prescrevam as ações penais, e que não se pode deixar isso. O

Ministro põe-se contra e fala que, se assim for, melhor abandonar a CRFB e sair com porretes por aí, fazendo justiça com as próprias mãos.

O Ministro Carlos Brito, que foi favorável à concessão da ordem no HC, foi quem, contrariamente a Eros Grau, o qual denegava a ordem, pediu a remessa ao Plenário ante a divergência entre a Primeira e a Segunda Turma.

Os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau foram vencidos quanto ao voto de não remeter ao Pleno.

O Ministro Ministro Eros Grau arguiu:

O STF é pacífico na impossibilidade de execução antecipada da pena restritiva de direitos, no espeque do Art. 5º, inciso LVII, da CRFB e do Art. 147 da LEP, superveniente às disposições do CPP.

Com mais razão há de ser aplicado o entendimento à pena privativa de liberdade, sendo anti-isonômico entendimento contrário.

A garantia do Art. 5º, inciso LVII assegura o status de ser reputado inocente até o trânsito em julgado. Atropelar isso é também ignorar o devido processo legal.

No RE 482.006, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu-se sobre impossibilidade de antecipação da pena de indisponibilidade de bens de servidores acusados de suposta prática de crime funcional.

Assim, se foi decidido acerca da propriedade, muito mais razão existe para se adotar o mesmo entendimento quando a matéria paira sobre a liberdade do indivíduo.

A dinâmica da discussão no plenário foi a seguinte:

O Ministro Menezes Direito pediu vista, eis que houve voto em sentido contrário ao proferido por Eros Grau em precedente anterior.

O Ministro Carlos Britto, então, discordou que o precedente da não suspensão da execução em RE, evocado por Menezes, resultava em antecipação da pena.

O Voto-vista de Menezes Direito foi assim:

Não se afasta da orientação anterior da Corte; entendeu que a matéria de fato já é julgada quando proferida a decisão em segundo grau.

Interpretação oposta tornaria os recursos extraordinários em ordinários, condicionando a execução da pena ao pronunciamento dos Tribunais Superiores, sendo que os recursos excepcionais não teriam efeito suspensivo, conforme preceitua a lei.

A mais profunda e perfeita análise das provas ocorre nas instâncias ordinárias.

Não permitir a prisão decorrente de acórdão não transitado em julgado e permitir a prisão cautelar é dar maior valor ao resguardo do resultado útil do processo do que à cognição exauriente das provas, que se dá simplesmente com o duplo grau de jurisdição consumado.

Colacionou julgado do pleno do STF que diz não haver incompatibilidade entre prisão e recorribilidade de decisão, *lato sensu*, condenatória, no Pacto San Jose da Costa Rica. Nem que haja vedação, neste, de prisão antes do trânsito em julgado.

Cita Ronald Dworkin e Robert Alexy para sustentar que o princípio insculpido no Art. 5º, inciso LVII, da CRFB, apesar de, na teoria da aplicação dos princípios não seguir a forma do tudo ou nada, não permite aplicação díspar a situações análogas.

Não vê diferença entre admissibilidade de prisão cautelar e a prisão decorrente de condenação não transitada em julgado.

Assim, entende que a interpretação histórica resulta na admissibilidade de prisão decorrente de acórdão não transitado em julgado.

A lei 8.038/90, na sua linha de entendimento, na esteira do Art. 27 – que diz que RE e REsp não têm efeito suspensivo –, incide. A interpretação em comento dá resposta tempestiva aos anseios da sociedade.

O caráter preventivo e repressivo é que justifica a prisão e isso se coaduna com a execução provisória, amparada pela não suspensão dos efeitos do julgado pelos RE e REsp.

Não é autoritário o entendimento. O Ministro Menezes Direito elucida que é adotado por países liberais como os Estados Unidos da América (EUA), Canadá e França, por exemplo.

Igualmente, cita estudos de Procuradores da República que frisam que a execução antecipada da pena protege também as vítimas e familiares, mormente nos casos de crimes contra a vida ou sexuais.

Alude à Ministra Ellen Gracie, a qual elucida que, em nenhum país do mundo, obsta-se a execução antecipada da pena quando já realizado o duplo grau de jurisdição.

A orientação também visa obstar procrastinações através de recursos que visam alcançar a prescrição – os denominados no meio jurídico de recursos protelatórios.

O Ministro cita também o Procurador Douglas Fischer, o qual arguiu que há tensionamento entre o direito fundamental "princípio da presunção de inocência" e a garantia da proteção, para o exercício da cidadania, bem como para com o princípio da efetividade da jurisdição (para que se evitem prescrições).

Na linha do exposto pelo jurista citado, a proibição do excesso em face da proibição de proteção deficiente, sopesadas, levam à orientação proporcional do juízo. Assim, respeitado o devido processo legal, Recurso Extraordinário (RE), Recurso Especial (REsp) ou Agravo de Instrumento (AI) não são capazes de afastar condenação, havendo o *habeas corpus* como meio mais amplo e apto a proteger o direito fundamental.

O Art. 594 do CPP, que foi revogado, dizia que a prisão em apelação só poderia ser revogada se prestada fiança, salvo se primário ou de bons antecedentes. Isto só corrobora que já era reconhecida a execução provisória da pena.

Novamente, nas considerações de Douglas Fischer, além da proibição de violação de direitos fundamentais, devem-se anular interpretações que afastem a proteção social aos próprios direitos constitucionais.

Entendimento contrário gera sentimento de impunidade e favorece apenas os que dispõem de múltiplos recursos para arcar com os custos dos recursos disponíveis no arcabouço legislativo.

Menezes Direito, então, denegou em seu voto a ordem do *habeas corpus*.

Seguindo no curso do plenário, novamente:

Ministro Celso de Mello arguiu:

A prisão cautelar é necessariamente fundamentada; que a prisão oriunda de sentença recorrível é de natureza cautelar e é possível, desde que calcada nos pressupostos legais. Cita precedentes.

Os critérios da prisão preventiva são materialidade e indícios de autoria, bem como atendimento do Art. 312 do CPP.

Não tem por objeto infringir punição, mas acautelar o processo. O uso desta prisão preventiva como se fosse antecipação de pena é violação do direito de liberdade.

Cita, em seguida, precedente do STF em que foi considerado impróprio o emprego da tipificação do delito bem como as circunstâncias do pretense delito como fundamento para a prisão cautelar.

Mais precedentes são apontados. Inclusive quanto à impossibilidade de evocar o crime em abstrato ou situação econômica do réu como fundamento para a prisão cautelar.

Precedentes também do STF no sentido da impossibilidade de evocar a possibilidade de frustrar a instrução processual, sem base empírica, sendo juízo meramente especulativo, não baseado em provas que denotem estar o réu praticando atos tendentes a atrapalhar a instrução processual.

O que sofre persecução criminal – continua o Ministro – é sujeito de direito e suas garantias são intangíveis. Não pode prevalecer o discurso da lei e da ordem, autoritariamente e contra a presunção de inocência, como se o réu fosse mero objeto. Importante é a proteção da supremacia da Constituição.

Crítica autores que dizem ser a presunção de inocência um contrassenso e argui que o STF tem repudiado tais posicionamentos.

A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948) também institui o princípio da inocência; a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981); a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Celso de Mello diz: o ônus da prova cabe a quem acusa e só com o trânsito em julgado da decisão, *lato sensu*, condenatória, afasta-se a presunção de inocência.

A presunção de inocência impede a privação da liberdade, a perda de direitos políticos, mesmo se houver procedimentos de persecução criminal abertos (inquérito, processo penal). Não é a toa que a CRFB diz que os direitos políticos ficam suspensos com a condenação criminal transitada em julgado e apenas enquanto durarem seus efeitos.

Os recursos, inclusive os excepcionais, podem ter o condão de absolver, donde aqueles efeitos, se atraídos para antes do trânsito em julgado, são demasiadamente gravosos para a esfera jurídica do réu, podendo configurar grave injustiça.

O direito romano – relata o Ministro – já previa o princípio da inocência.

Acompanhou, na sequência do plenário, o voto de Eros Grau.

Este último Ministro, então, disse:

Que entende pela prisão cautelar antes do trânsito em julgado; também que Menezes Direito declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do Art. 105 da LEP, que afirma que a execução virá com o trânsito em julgado.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, salienta que a posição contrária declara a inconstitucionalidade do CPP.

O Ministro Cezar Peluso, dando seguimento:

Evocou decisão unânime de 2007 em que ficou assentada a intangibilidade da remuneração de servidores antes do trânsito em julgado de condenação; arguiu que na atual discussão a Corte pretende a privação da liberdade, mais grave que a pecuniária; o cerceamento da liberdade de alguém que venha a ser solto depois por ser absolvido é irreparável.

O Ministro Celso de Mello reforça seu posicionamento já delineado no debate:

O Art. 147 da LEP não permite execução provisória, sequer, de pena restritiva de direitos; cita julgados do STF neste sentido; cita precedentes que estendem esta intangibilidade quando o objeto não é tutela criminal.

O Ministro Cezar Peluso, então, mostrou-se indignado em pensar na Corte protegendo direitos menores do que os atacados na esfera penal, em detrimento destes últimos; isso causaria disparidade de tratamento em relação ao julgamento dos "fichas suja".

A Ministra Ellen Gracie rebate dizendo que é diferente a situação vencimental da penal.

O Ministro Cezar Peluso triplicou afirmando que tanto não é diferente a situação vencimental da situação da penal, que a LEP proíbe pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado; citou Lewandowski, o qual alegou que os *habeas corpus* têm libertado em 1/3 (um terço) dos casos; que o CPP traz instrumentos diferentes da pena para tutelar a sociedade, e que são suficientes para a tutela almejada.

Arremata argüindo que se trata de proteger o inocente, segundo o processo considera.

Interveio o Ministro Joaquim Barbosa:

Arguiu que, se assim for, estar-se-á criando sistema penal de faz de contas; que não conhece país com mais vias recursais que o nosso.

O Ministro Cezar Peluso replicou dizendo que isto é outra coisa: uma crítica ao sistema recursal brasileiro.

Joaquim Barbosa aduz, em resposta, que a decisão de condicionar ao trânsito em julgado é política e a assunção do risco é política igualmente.

Celso de Mello: não será faz de contas o entendimento porque o sistema admite a prisão cautelar.

Menezes Direito: alega que não é autoritária a legislação estrangeira que permite a execução antes do trânsito em julgado; que há réus que, por haver entendimento de impossibilidade de execução antecipada, não permanecem presos porque há diversos recursos discutindo a mera cautelaridade da prisão.

Celso de Mello retrucou:

A CRFB não é ambígua. Afirma categoricamente que ninguém era considerado culpado antes do trânsito em julgado; declarações internacionais de direitos fundamentais e a própria CRFB são contrários à antecipação da pena. É grave violação do *status libertatis* antecipar a pena.

Joaquim Barbosa, então:

Ratificou a posição de que os juízos de primeiro grau e segundo grau são os idôneos a dizer sobre o distrito da culpa; o entendimento contrário consolida a ideia de que somente o STF pode dizer sobre isso; que, se assim for, é melhor, que só o STF julgue originariamente.

Na continuação, este último membro do STF afirma que é preciso dar efetividade ao processo e proteger as vítimas, prestigiando-se as decisões últimas sobre a matéria fática.

A presença de defensores que se utilizam de todo o arcabouço recursal não raro leva à prescrição da pretensão executória.

O entendimento pela execução provisória não afasta, no seu modo de pensar, a presunção de inocência, que não é absoluta. Prova disto é a existência das prisões cautelares.

O julgamento fático legitima a prisão por execução provisória.

Ademais, o REsp e RE não têm efeito suspensivo. Portanto, não resta violado o princípio da não-culpabilidade.

Igualmente no Pacto de San José da Costa Rica não está previsto o triplo grau de jurisdição. Na Convenção Americana de Direitos Humanos, Art. 8º, nº 10, fala apenas em direito de recorrer.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 condicionou o RE à demonstração de repercussão geral, o que demonstra que é compatível a execução provisória da pena. Isto tem a ver com o princípio da razoável duração do processo.

A maioria dos REs que chegam na Corte não têm, de fato, repercussão geral. Demonstrou na sequência estatísticas de provimento de REs. Diz que a maioria que tinha de fato repercussão geral versava sobre progressão de regime, coisa facilmente resolvida por HC. Somente 4 % foram providos sem ter isso como objeto.

Evocou o Art.105 da LEP (com o trânsito em julgado há expedição de guia de recolhimento definitivo do preso). Antes é execução provisória, que, por consequência, seria admitida.

Joaquim Barbosa afirma que as nações civilizadas assim procedem quanto à execução da pena.

Se houver nulidade grave que cerceia a liberdade, caberá o *habeas corpus*. Quando o juízo de primeira instância, entretanto, concede o direito de recorrer em liberdade, se o Ministério Público não recorrer, a decisão incidente transita em julgado.

A demora no cumprimento da pena faz com que se perca a memória e a importância da pena para a ressocialização, bem como a visualização desta como necessária à vida ordeira e pacífica em sociedade.

Barbosa, então, votou pela denegação da ordem.

O Ministro Carlos Britto:

A presunção de inocência não é só garantia, mas direito material; até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado, permanece a presunção de não culpabilidade.

O direito à liberdade é o protagonista dos direitos. Tanto é que o *habeas corpus* é topograficamente o primeiro remédio heróico na CRFB.

O inciso LXI do Art. 5º excepciona a privação da liberdade unicamente para prisão em flagrante delito, ou ordem escrita e fundamentada judicial, ou em crime militar.

A liberdade atacada tem efeito quádruplo: psicológico, na autoestima; familiar, não só em termos de desprestígio, como no prejuízo do sustento; na possibilidade de arranjar emprego; desprestígio social. Grave e irreparável.

Carlos Britto diz que, apesar do receio de desamparo das instâncias extraordinárias com esta interpretação, Ricardo Lewandowski evocou em seu voto muito bem o Art. 312 do CPP, que confere às instâncias ordinárias – as quais examinam a prova –, a prisão cautelar como instrumento.

Discutiu o conceito de ordem pública que aparece como um dos pressupostos de aplicabilidade do Art. 312 do CPP, concluindo que é acautelamento do meio social, cuja necessidade seja visível.

O Ministro Marco Aurélio, no seguimento, concordou.

Carlos Britto novamente toma a palavra:

Argui que, se for prestigiada a decisão das instâncias ordinárias, desde que fundamentada no resguardo da ordem pública, haverá equilíbrio entre o resguardo do direito à liberdade e à proteção social, sem prejuízo do devido processo legal; votou pela concessão da ordem.

Após, O Ministro Cezar Peluso trouxe à baila o seu voto:

Em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, fundado em Beccaria, afirmou-se que ninguém poderia ser considerado culpado antes da sentença penal que infirme tal situação jurídica. Não pode a sociedade negar ao réu esta proteção.

Beccaria, aristocrata iluminista, criticava o sistema de sua época, que funcionava como meio de perseguição pelo soberano. Afirmava que a sociedade outorgava ao Estado o poder de punir, privando a liberdade, mas em nome da liberdade no seio social.

Os suplícios, até 5 (cinco) anos antes da Revolução Francesa, subsistiram. E a confissão era a rainha das provas e bastava por si só para efeitos de condenação, obtida por meio de tortura.

Depois foi criado pelos escolásticos o sistema de prova legal, em que as provas tinham valor aritmético. Serviu para legitimar, dar aparência de racionalidade às condenações. Tal coisa é repetida por aí afora, ainda.

Segundo momento, na Itália. No choque entre as escolas clássica, positivista e técnico-jurídica, bem como nos debates da Constituição italiana de 1948.

Lá se sustentava, predominantemente, que o processo penal era instrumento de defesa do réu e instrumento de cidadania (Carrara).

A escola positivista, por sua vez, arguia que o processo penal é, antes, instrumento de defesa da sociedade e do Estado. Segundo esta última corrente, o réu, no curso do processo, não é considerado culpado, nem inocente. É terceiro gênero: tem a qualidade de processado, acusado. Isso justificaria a prisão preventiva e outras medidas cautelares.

A posição prevalente na Itália inspirou a exegese de nossa atual Constituição.

O terceiro momento foi Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A partir daí vislumbrou-se o alcance do princípio no processo penal, especificamente acerca do ônus da prova.

O princípio em comento não é presunção legal ou *juris tantum*, pois não é ilação legal acerca do que ordinariamente ocorre, nem técnica do juiz para chegar à conclusão de fato desconhecido ordinariamente.

O juiz não parte do pressuposto que o réu é inocente. É princípio de dignidade do réu no processo, regra de tratamento.

É proibida pelo nosso Ordenamento Jurídico a imposição de medidas gravosas à esfera jurídica do réu, senão por um juízo de culpabilidade.

A prisão é irreversível em seus efeitos no réu, ninguém ganha nada com prisão antecipada. Até mesmo as crianças se rebelam contra medidas injustas.

Íntima ligação com o devido processo legal. A palavra "devido" liga-se não só ao legal, mas na sua origem, no direito anglo-saxão, a um ideal de justiça. O processo deve ser justo.

A atual Constituição italiana segue o entendimento, dizendo expressamente que o processo deve ser justo.

Um processo que permita a prisão antes de consumado o juízo de culpabilidade pode ser legal, mas não é justo. Contraria o devido processo legal.

Então a ausência de efeito suspensivo aos recursos excepcionais não tem eficácia frente aos citados princípios. Postura contrária esvaziaria o princípio da presunção de não-culpabilidade, relegando à Constituição um sentido exclusivamente moral, sem aplicabilidade.

O Ministro citou o RE 482.006, levado à plenário, para dizer que deve ser aplicado à prisão, medida mais grave, o mesmo entendimento.

Arrematou concedendo a ordem contida no *habeas corpus*.

A Ministra Ellen Gracie, em seguida, continuou a discussão do Pleno:

Entendeu que a discussão desprestigiava a posição democraticamente construída pelos antecessores julgadores do STF.

Arguiu que o tribunal se encaminhava para considerar possível a prisão após a segunda instância somente nos casos estritos do Art. 312 do CPP.

Em sua opinião, o Art. 312 do CPP elenca hipóteses que, na prática, não serão aplicadas. Isto porque os pressupostos de resguardo da ordem pública e da ordem econômica são de difícil visualização e são frequentemente rejeitados em segunda instância.

Ademais, a instrução criminal já se exauriu quando a questão já foi sentenciada, impossibilitando o uso da proteção desta para ensejar a prisão preventiva.

Restaria a garantia da aplicação da lei penal.

Evocou voto seu em outro julgado. Neste, sustentou o mesmo. Afirmou que os incisos LIV e LXVI do Art. 5º, da CRFB, por alusão à regra da liberdade provisória mesmo sem fiança, levam à conclusão de que é possível a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, desde que obedecido o devido processo legal.

Arguiu que a regra lá no estrangeiro também é a prisão pelos juízos que analisam a matéria fática.

Citou Ministro Rezek, em fala que este afirma que, em alguns países, é possível a prisão só após o trânsito em julgado, mas naqueles não há a nossa ampla gama recursiva. E a morosidade desagrada à sociedade.

O Pacto de San Jose da Costa Rica, por sua vez, não assegura a prisão somente depois do trânsito em julgado. Tal diploma internacional apenas assegura que as prisões só podem ser efetuadas com observâncias às constituições dos Estados, bem como às legislações que estejam com elas conformes.

O duplo grau de jurisdição, além do mais, não é garantia no tratado. O Pacto diz sobre direito de recurso rápido contra prisões. Nisto estaria incluída a previsão do Art. 5º, inciso LXII (recurso, leia-se "meio"). Por recurso não se deve entender meio de impugnar decisão judicial dentro da estrutura judiciária.

O princípio da proporcionalidade na seara penal não só proíbe o excesso, como também a proteção deficiente. Sob esta ótica, não existe excesso em dar execução à condenação confirmada pelo juízo dos fatos. A probabilidade é pequena de reforma e a conseqüente soltura do acusado perante as instâncias excepcionais.

Adicionalmente, segundo a linha de raciocínio de Ellen Gracie, não há lógica em se permitir a prisão preventiva e não permitir uma prisão baseada num juízo de certeza sobre os fatos e a autoria.

A Ministra também aponta como impertinente a comparação de não poder haver execução definitiva em juízo cível, sem o trânsito em julgado, e, ao mesmo tempo, permitir-se isto na seara penal, dada a distinção dos bens jurídicos tutelados.

Argumenta que o sistema penal que mantém o réu preso é distinto, enquanto a 3ª instância não confirma a sentença penal condenatória, em relação aos condenados com trânsito em julgado.

Tecidas estas considerações, a magistrada denegou a ordem contida no *habeas corpus*.

Na continuação, falou o Ministro Eros Grau:

Não há como reparar o que foi preso sem razão, afirmou.

Alegou que sentiu-se espantado com o verbete da Súmula 267 editada pelo STJ, pela execução provisória – afirmando que viola a CRFB. Asseverou que não se pode fazer uma aplicação de justiça desprovida de fundamento jurídico idôneo diante da criminalidade intensa.

Entendeu que não se está falando de possibilidade de prisão sem trânsito em julgado. O Art. 312, do CPP, desde que presentes todos os pressupostos de aplicação, pode ser usado. Mas não há abertura para prisão com juízo de culpabilidade, que é a decorrente de execução de pena.

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes tomou a palavra:

Para ele, em prol do combate à criminalidade, antes do trânsito em julgado, cabe apenas a prisão preventiva.

Há abuso de encarceramento no País. Inclusive no que tange à prisão preventiva.

Citou Häberle para dizer que o tempo significa a possibilidade de mudança e que, na história da interpretação da Constituição, também é assim.

Arguiu crer que as decisões pretéritas eram corretas e que, em virtude das mudanças do tempo, a decisão que se estava prestes a tomar também era correta.

No estrangeiro, o Tribunal Constitucional espanhol se posicionou contra a antecipação da pena e o uso da prisão preventiva como maneira de travestir o anseio de punir de maneira precoce.

A observância do direito em prol da liberdade é o que distingue a civilização da barbárie. Vai contra a proporcionalidade a execução antecipada da pena, havendo a prisão provisória como opção. É eficaz, quando necessária, e menos gravosa. O aspecto da necessidade é violado quando aplicada a execução antecipada.

O Ministro cita Larenz para falar sobre mutação constitucional, fenômeno sob o qual a legislação constitucional não muda, mas o alcance hermenêutico. Este novo alcance pode nem ter sido querido ou até mesmo ser explicitamente afastado no momento da criação da norma, mas, dado o fluxo do tempo e suas necessidades, surgem novos horizontes de aplicabilidade.

Tal mutação pode decorrer de uma mudança de opinião quanto à deontologia, ou mesmo chegando-se à conclusão de que a interpretação da norma era equivocada. Pode, inclusive, decorrer da necessidade de, segundo a nova Constituição, reinterpretar leis precedentes.

Segundo Larenz, ainda, é corriqueiro que exista uma fase em que interpretações antigas convivam com as novas, o que se muda com a alteração das relações determinantes.

Gilmar Mendes cita ainda Inocêncio Mártires Coelho, segundo o qual a norma é resultado da interpretação, na aplicação à realidade. O sentido e o alcance da norma só são compreendidos no momento da aplicação.

Voltando o magistrado a falar sobre Häberle, para o qual isso também é verdade, adiciona que, por consequência do curso dos fatos no tempo, modifica-se a interpretação de um mesmo enunciado normativo.

Assim, para o mesmo filósofo, esta abertura da Constituição prescinde do fenômeno da mutação constitucional. Em consequência, a interpretação constitucional muda e uma interpretação anterior se torna inconstitucional para os tempos atuais, contrariamente ao que afirma a doutrina tradicional, segundo a qual a

percepção superveniente de inconstitucionalidade de um enunciado normativo seria um insight acerca de invalidez deste que já existia, mas que não se notava.

Para Larenz, a evolução da hermenêutica deve ser o mais racional possível, dissociada dos grupos ideológicos.

E neste sentido, Gilmar Mendes entendeu como emergente nova interpretação adequada, concedendo a ordem por estes fundamentos.

3 *HABEAS CORPUS* 126.292/SP²

O presente *habeas corpus*, foi assentado nos seguintes fundamentos.

Iniciando pelo Relator, o Ministro Teori Zavascki:

Citou que, apesar de a Súmula 691 do STF desautorizar a concessão de ordem em *habeas corpus* contra decisão de relator de tribunal superior que confirmou decisão de segunda instância, a qual indeferiu liminar (haja vista configurar-se supressão de instância), o presente caso se tratava de exceção, ante o julgado do HC nº 84.078/MG, segundo o qual não é possível prisão decorrente de condenação antes do trânsito em julgado.

Que o tema do presente *habeas corpus* versava sobre caso no qual se tem de um lado a proteção ao acusado e de outro a necessidade de se ter tutela jurisdicional criminal efetiva.

O Art. 5º, LVII, da Constituição da República não é, para o Ministro, afrontado. A Lei 8.038/90 estabeleceu que recursos especiais e extraordinários em face de acórdão condenando só têm efeito devolutivo.

O Plenário do STF ratificou a posição, afirmando aplicável a prisão preventiva a esses casos.

Na visão de Zavascki, há acentuado juízo de culpa quando confirmada a condenação em segunda instância e é, por isso, plenamente possível a prisão em decorrência da condenação ainda não transitada em julgado.

Desde a Constituição de 1946 e a adesão do Brasil à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mudou-se o paradigma axiológico, valorizando-se o princípio da presunção de inocência.

O postulado normativo em referência propiciou a criação de todo um plexo de direitos processuais, de cunho racional e garantista: princípio da não-auto-incriminação, do conhecimento prévio da acusação e das provas produzidas, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da proibição de obtenção de provas

² _____. **HC nº 126.292/SP**, STF, Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 13.09.2017.

por meios ilícitos, direito de igualdade entre as partes, defesa técnica plena e efetiva, direito de presença, direito ao silêncio e o direito a anular decisões carecidas de fundamentação idônea nas provas produzidas no crivo do contraditório.

O magistrado citou precedente em que o STF se pronunciou no sentido de que é legítima a manutenção da prisão preventiva após a condenação em segundo grau, haja vista a ausência de efeito suspensivo. Neste caso, fica elidida a presunção de inocência.

As Súmulas 716 e 717 do STF – argumenta – corroboram a posição, ao afirmar, respectivamente, que a progressão de regime é possível antes do trânsito em julgado e que o regime especial não impede a progressão de regime antes do trânsito em julgado.

O HC nº 84.078/MG do STF, entretanto, mudou este paradigma para a conclusão de que não cabe execução da sentença condenatória ainda não transitada em julgado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu Art. 11.1, afirma:

“[...] Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa [...]”³

E, nacionalmente, desde a Constituição de 1946, com o destaque ao princípio constitucional da inocência, a posição histórica de que o réu havia de provar sua inocência, então, foi superada.

Teori defende que o juízo fático se exaure em segunda instância, estabelecendo-se a certeza sobre os fatos. Por consequência, a responsabilidade criminal já estaria nesta fase delimitada.

Argúi que a ausência de efeito suspensivo ao REsp e ao RE (prevista no Art. 637 do CCP e no Art. 27, § 2º da Lei 8.038/1990) faz todo sentido, vez que tais recursos estão estritamente adstritos ao exame de matéria de direito.

³ _____. **HC nº 126.292/SP**, STF, Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 13.09.2017. P. 8.

Entende segundo fundamentação pretérita do Ministro Gilmar Mendes, o qual afirmou haver uma progressividade no juízo de culpa ao longo do processo e que, esgotadas as vias ordinárias, há razoável ultrapassagem do campo da dúvida, sendo, a partir de então, possível a execução da condenação.

A Lei da Ficha Limpa prescreve a perda do mandato por condenação criminal ainda não transitada em julgado, corroborando esta posição.

Usa argumentos pretéritos da Ministra Ellen Gracie, segundo a qual, em país nenhum do mundo aguarda-se o trânsito em julgado para a execução da pena. De modo que não seria este óbice à execução razoável.

Ainda mais em considerando que os recursos excepcionais não se destinam à formação do juízo de culpa.

A admissibilidade do RE aos casos em que se comprove a repercussão geral da matéria, implementada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC 45/2004), corrobora a posição, a seu ver.

Recursos excepcionais têm sido interpostos com propósito protelatório, escorando-se na posição de que não poderia haver execução da pena antes do trânsito em julgado, havendo risco em se manter tal consequência, ao arrepio da efetividade da tutela penal.

Neste mister, o Poder Judiciário deve resguardar a efetividade do *jus puniendi* estatal, linha em que o efeito apenas devolutivo dos recursos excepcionais se mostra compatível.

Eventuais injustiças oriundas de acórdãos condenatórios podem ser reparadas com eventual medida cautelar suspensiva pleiteada pela via recursal, ou até mesmo pelo *habeas corpus*.

Seu voto foi no sentido de denegar a ordem pleiteada, para declarar que o princípio da presunção de inocência não resta violado com a execução da pena antes do trânsito em julgado.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, acompanhou o voto de Teori Zavascki, aduzindo os seguintes fundamentos:

Entendeu que o princípio da presunção de inocência não pode ser tomado em sua literalidade em aplicação sem o sopesamento com outros princípios de envergadura constitucional.

Nesta linha, não se trata somente de ter em mira o princípio da razoável duração do processo.

Os Art. 102 e Art. 105 da Constituição da República não desenharam os Tribunais Superiores como corretores das injustiças em julgamentos sobre os casos concretos.

O papel desses Tribunais é a harmonização da aplicação das leis infraconstitucionais e das normas constitucionais.

Eis que a Constituição outorgou esta atuação restrita dos Tribunais Superiores, o Ministro não vislumbrou inconstitucionalidade no Art. 27, § 2º da Lei 8.038/90, o qual estabelecia – antes da sua revogação pelo novo Código de Processo Civil – que os recursos excepcionais têm apenas efeito devolutivo.

As regras do Art. 147 e 164 da Lei de Execuções Penais, que adstringem a execução penal somente após o trânsito em julgado são anteriores à previsão daquele artigo, tendo havido, portanto, revogação destes.

O Ministro Fachin sustenta que o trânsito em julgado se dá quando a parte sucumbente deixa de se utilizar dos recursos disponíveis. Daí se depreende que, caso seja levado a efeito o entendimento de que só pode haver execução diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, somente haverá execução da pena se o réu se conformar com a pena e não apresentar recursos (e o controle acerca dos recursos meramente protelatórios é ainda muito incipiente).

O entendimento da Suprema Corte, segundo o qual se permite a execução imediata da pena quando os segundos embargos declaratórios opostos são meramente protelatórios, é exemplo de limitação que se deu à extensão da interpretação absoluta acerca da presunção de inocência.

Entende o magistrado que ultimar o entendimento da presunção de inocência à consequência de que só pode a pena ser executada com o trânsito em julgado seria dar presunção absoluta de falibilidade das decisões das instâncias ordinárias.

As medidas cautelares suspensivas adotadas na via recursal e o *habeas corpus* se prestam – e bastam – para evitar eventuais injustiças proferidas por estas instâncias.

Assim, votou pela denegação da ordem.

O Ministro Luís Roberto Barroso:

A Constituição apenas confere o status de inocente até o trânsito em julgado, não atrelando a prisão a esta ficção jurídica. Intelecção do Art. 5º, incisos LVII e LXI da CRFB.

Em caso de condenação pelas instâncias ordinárias, o princípio da presunção de inocência, ponderado perante o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, cede, para que seja mais forte este, ante à maior certeza jurídica acerca da culpabilidade do réu – Art. 5º, *caput* e LXXVIII, da CRFB.

O Ministro Barroso argumenta que a ordem escrita e fundamentada é o pressuposto da prisão – e não a irrecorribilidade da decisão – no espeque do Art. 5º, LVII e LXI da CRFB.

Ademais, a confirmação da sentença condenatória em grau de apelação, ou mesmo a condenação por prerrogativa de foro atraem a necessidade de se resguardar a credibilidade do Judiciário e do sistema penal.

Admitir a execução – continua o Ministro – antes do trânsito em julgado também elide a interposição de recursos meramente protelatórios, valorizando igualmente as vias ordinárias.

Diminui-se, por tal entendimento, a seletividade do sistema penal, levando-se os criminosos do colarinho branco a também cumprirem as penas impostas.

Também como vantagem, ter-se-ia impedimento da prescrição e do distanciamento entre a prolação da decisão condenatória e o fato julgado, que são fatos que tornam a tutela penal inefetiva ou menos efetiva.

Luís Roberto Barroso defendeu que ocorreu uma mutação constitucional em 2009, absolutizando a aplicação do princípio constitucional da presunção da

inocência. Lá se aplicou o entendimento de que só era possível a prisão após o trânsito em julgado.

Tal entendimento novo, com a realidade produzida a partir deste, rapidamente fez com que o STF viesse a adotar entendimento diverso, mais uma vez.

O emprego absoluto de tal princípio fez com que o Judiciário ficasse abarrotado de recursos protelatórios, sendo que – no que Barroso chamou de uma análise artesanal dos julgados –, ínfima é a percentagem de absolvições através de recursos extraordinários.

Assim, não haveria nenhum ganho para o resguardo das garantias do réu com aquela aplicação da posição adotada a partir do julgamento do HC nº 84.078/MG.

Aquela aplicação da presunção da inocência apenas beneficiava aqueles que tinham melhores condições financeiras de arcar com as despesas dos recursos, fazendo com que o sistema permanecesse seletivo.

A procrastinação da aplicação da pena e a extinção da punibilidade decorrente da prescrição alimentou o descrédito no sistema penal pela sociedade, atacando duas das funções da pena (prevenção especial e geral).

Salientou o Ministro Barroso:

“[...] É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional. [...]”⁴

A prisão antes do trânsito em julgado é corroborada como legítima ao se ter em vista o princípio da unidade da Constituição e as prescrições do Art. 5º, incisos LVII e LXI, cuja leitura sistemática sugere que o instituto da culpa está divorciado da prisão.

⁴ _____. **HC nº 126.292/SP**, STF, Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 13.09.2017. P. 35.

A prescrição do inciso LXVI traz a questão da liberdade provisória, corroborando que, se inexistente esta concessão legal no caso concreto, autorizada está a prisão antes do trânsito em julgado.

A possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado não esvazia o princípio da inocência, eis que diversos efeitos decorrentes da condenação ficam obstados antes de implementada esta condição: os efeitos extrapenais, como o dever de indenizar pelo crime cometido, perda do cargo ou da função eletiva e os efeitos penais secundários (reconhecimento da reincidência, aumento do prazo da prescrição no caso de novo crime).

Porque a presunção de inocência não é regra – cuja aplicação seria o tudo ou nada –, mas sim princípio, que enseja a aplicação do princípio da proporcionalidade, necessita de sofrer mitigação ante a princípios de envergadura constitucional e desde que não se lhe retire o núcleo essencial.

O Art. 283, do CPP, apesar de só falar de prisão decorrente do trânsito em julgado, no curso da investigação ou do processo, por prisão temporária ou preventiva, não restringe a essas hipóteses a possibilidade de prisão. Isso porque se interpreta as leis a partir da Constituição, e não o contrário, o que faz desta a conformadora das possibilidades jurídicas.

No núcleo essencial do princípio da presunção de inocência está que deve ser evitado ao máximo restringir a liberdade do acusado, devendo a limitação desta ter fundadas e sólidas razões para se dar, com adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Por outro lado, há necessidade de proteção aos bens jurídicos da vida, integridade física e moral, dignidade humana, e outros bens, bem como o princípio da efetividade da lei penal (e da prevenção geral e especial). A razoável duração do processo e a segurança pública (Art. 144, CRFB), reclamando-se respostas efetivas à sociedade, *idem*.

Deve-se ter em mira que, na fase instrutória do processo penal, deve ser dada a máxima aplicação da presunção de inocência, ao passo que, uma vez confirmada a sentença condenatória em segunda instância, o peso do referido

princípio já sofre uma considerável mitigação, ante à segurança jurídica desta decisão mais amadurecida sobre a responsabilidade penal do réu.

Daí decorre, como desdobramento do princípio da proporcionalidade, que se proíbe a proteção deficiente.

Salienta o Ministro:

“[...] Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas [...] A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: “A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”²⁰ [...]”⁵

A certeza sobre os fatos está decidida com a decisão de segunda instância e a ordem pública precisa ser preservada, o que não se coaduna com a proibição de execução da pena após esta fase.

O Ministro evocou o Art. 312 do CPP (sobre a prisão preventiva e o resguardo da ordem pública), arguindo que impedir a prisão é deixar desabrigada a ordem pública.

Adicionalmente, temos que na Convenção Interamericana contra a Corrupção, foi emitida recomendação ao Brasil que alterasse seu sistema recursal ou agilizasse a submissão dos casos penais à conclusão dos juízos, agilizando-se o início da execução e se afastando a sensação de impunidade.

Essa necessidade de dar credibilidade ao Judiciário e agilizar o início da execução não impedirá que se evitem erros oriundos da primeira e segunda instâncias, haja vista existir a possibilidade de manejo do *habeas corpus*, ou de interposição de REsp e RE com pedido de efeito suspensivo.

Necessariamente, os casos difíceis, como os aduzidos à Suprema Corte, necessitam de uma análise da política e dos fatos sociais subjacentes à realidade, de modo que se dê uma interpretação aberta o suficiente, com soluções práticas.

⁵ _____. **HC nº 126.292/SP**, STF, Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 13.09.2017. P. 42-43.

E isto sem que o texto normativo limite de tal modo a hermenêutica e impeça esta necessária adequação – cuja operação e produto é exatamente a norma interpretada através das fontes.

Na esteira destes fundamentos, Luis Roberto Barroso votou pela denegação da ordem.

A Ministra Rosa Weber:

Divergiu para conceder a ordem, com fundamento nos argumentos aduzidos pelos ministros que a concederam no HC 84.078 do STF e com base na segurança jurídica, que entende relevante.

Sendo o STF uma instituição que se protraí no tempo e em torno da qual a sociedade gera expectativas de estabilidade, torna-se relevante prestigiar aquela posição que foi firmada há pouco tempo antes da votação acerca do presente *habeas corpus*.

O Ministro Luiz Fux:

Defendeu que a definição de inocente se depreende da Declaração Universal dos Direitos Humanos na ONU: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.”.

Sob esta ótica, não seria o trânsito em julgado, mas o juízo formado sobre a culpabilidade o que afasta a presunção.

Argúi que não é o trânsito em julgado o que a sociedade entende como apta a autorizar o afastamento dessa presunção.

Filiou-se ao entendimento de que o juízo sobre a culpabilidade já se forma após passarem as instâncias ordinárias. Os Tribunais Superiores não se prestam a revisar a matéria fático-probatória.

A sociedade não aceita mais aquela interpretação que amplia o sentido da presunção de inocência e que favorece a prescrição através de recursos meramente protelatórios. Como o próximo marco interruptivo, após o recebimento da denúncia, é o início da execução, muito ocorre o fenômeno da prescrição neste íterim.

E tendo em consideração tais argumentos, o Ministro Fux denegou a ordem.

A Ministra Carmen Lúcia:

Reiterou posição anterior dela no HC 84.078/MG, em que ficou vencida no STF, acerca de que não haveria vedação à condenação antes do trânsito em julgado.

O princípio da presunção de inocência apenas vedaria que se reputasse culpado alguém, obstando-se, portanto, a aplicação das sanções civis correspondentes a este *status* jurídico.

As normas internacionais de direitos humanos são consentâneas com este entendimento, segundo sua avaliação.

No espede do arguido, denegou a ordem.

O Ministro Gilmar Mendes:

Apona que a massa de recursos, fato alheio à vontade do STF, ocasiona a prescrição da pretensão punitiva, gerando sensação de impunidade.

É compatível com a presunção de inocência, na concepção de Gilmar Mendes, a prisão antes do trânsito em julgado. A matéria fático-probatória já está delimitada a partir da segunda ou única instância e os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo.

A lei da ficha limpa estabelece efeito severo a alguém que não tenha sido condenado definitivamente (a inelegibilidade). É compatível com o sistema constitucional vigente a execução da condenação antes do trânsito em julgado, ainda que igualmente severo.

Nosso Direito não afirma de maneira expressa, com a presunção de inocência, em qual momento o réu será considerado culpado. A culpa é que determina a possibilidade de execução da pena, segundo as amarras constitucionais.

Evoca também a possibilidade de conferir efeito suspensivo, excepcionalmente, aos REsp e RE, bem como a impetração de *habeas corpus* em favor do réu que tenha tido alguma provisão injusta recaindo sobre si.

Por estas considerações, denegou a ordem.

O Ministro Marco Aurélio:

Manifestou-se no sentido de que era infeliz o rumo que o STF tomava naquela sessão, no sentido de imprimir o caráter de executoriedade prematura à decisão penal condenatória.

Tal leitura, a seu ver, ameaça o próprio *status* de Carta Cidadã à Constituição.

A sociedade deve ser preservada da insegurança jurídica e, apesar dos tempos difíceis, em que cresceu vertiginosamente a natalidade e a criminalidade, devem-se manter – até mesmo por isso – parâmetros seguros.

A Corte se afasta da literalidade. A Constituição é clara em seu texto e deve ser observada a regra hermenêutica que, em sendo clara a disposição do texto, não se dê outro sentido que não o gramaticalmente delimitado.

A execução provisória pressupõe o retorno ao estágio anterior, se reformado o título, coisa que não é possível a quem já sofreu a constrição de sua liberdade – os momentos do cárcere jamais podem ser retirados.

Em outro tempo, afirma, o Ministro Cezar Peluso apresentou proposta de Emenda Constitucional, para resolver definitivamente a controvérsia, no sentido de se admitir a execução antes do trânsito em julgado.

O Poder Legislativo rejeitou, mas, ao arrepio disso, o STF, com o entendimento neste *habeas corpus*, resolveu que tal execução é cabível.

Em consonância com esses fundamentos, o Ministro Marco Aurélio concedeu a ordem.

O Ministro Celso de Mello:

A presunção de inocência é importante conquista histórica da sociedade na luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

A repulsa ao referido princípio é oposição ao regime democrático e encontrou escora na corrente ideológica fascista da Itália do século XIX. E neste contexto, a presunção de inocência, no Texto Magno, veio como oposição à opressão estatal da ditadura militar que a antecedeu.

Tal postulado jurídico impede que o Estado trate o acusado como se culpado fosse, impondo-lhe situações que atrelem a sua imagem à noção de culpa, ou mesmo a restrição de sua esfera jurídica enquanto existir a presunção.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, a CRFB:

“[...] estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições,

ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. [...]”⁶

A custódia de réus perigosos não é afastada pela impossibilidade de execução antecipada da pena. As prisões cautelares servem a isto, existentes fundadas razões que as justifiquem.

Somente um título condenatório revestido de definitividade é apto, na seara penal, a elidir a presunção de inocência e impor condenação com segurança.

O Ministro opôs-se à concepção de que a presunção de inocência é paulatinamente superada no curso do processo penal, não sendo certo que fica afastada com a decisão em segunda instância condenando ou confirmando a condenação.

Trouxe à baila manifestação anterior do atual Presidente da Corte – Ministro Ricardo Lewandowski. Este aludiu a dados estatísticos pelos quais ficou sublinhado expressivo provimento de recursos extraordinários (28,5 %, contando provimentos totais e parciais), de 2006, até aquele pronunciamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 144 (ADPF/144).

Consoante tal conclusão, acertadamente, o STF vinha repelindo restrições de ordem jurídica, exceto as compatíveis com o trânsito em julgado.

A LEP também condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado, em seu Art. 105 (em relação à pena privativa de liberdade) e no Art. 147, em relação às penas restritivas de direitos.

Disse o Ministro, em repulsa ao rumo daquele julgamento, que considerava político, acima da Constituição:

“[...] Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado. [...]”⁷

Com estes fundamentos, discordou da maioria, para conceder a ordem.

O Ministro Ricardo Lewandowski, presidente da Corte na época, aduziu:

⁶ _____. **HC nº 126.292/SP**, STF, Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 13.09.2017. P. 88.

⁷ _____. **HC nº 126.292/SP**, STF, Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 13.09.2017. P. 95.

Que, quando o texto é claro, não se abre espaço para divergências interpretativas (o famoso brocardo jurídico *“in claris cessat interpretatio”*).

Manteve a posição do HC nº 84.078/MG, entendendo incompatível com o princípio da presunção de inocência a execução antes do trânsito em julgado.

Rememorou fala do Ministro Eros Grau, segundo o qual nenhuma consideração de ordem prática, como a efetividade da jurisdição ou que os tribunais superiores serão inundados de recursos pode ter o condão de afastar a presunção de inocência.

O Art. 637 do CPP deve ser revisto com base na Constituição, sendo certo que, por esta Lei Maior e sua supremacia, deve ser dotado de efeito suspensivo o RE.

O sistema carcerário brasileiro é um estado inconstitucional de coisas e o rumo do julgamento do HC nº 126.292/SP caminhava para permitir a entrada de pessoas neste – nas palavras do Ministro – “inferno de Dante”. E isso, ao arrepio da cláusula pétrea da presunção de inocência.

Evocou a corrente de historiadores, sociólogos e politólogos que alegam que, na sociedade capitalista, sempre se deu maior valor ao patrimônio que à liberdade. Sendo que nosso Código Penal adotou essa mesma linha de proteção.

O crime de roubo e o de furto são mais apenados que o crime de lesão corporal, ou que os crimes contra a honra.

Na seara civil, o legislador se preocupou em cercar bem o direito de propriedade, evitando-se lesões através da reversibilidade de medidas constrictivas deste direito no curso do processo. Mas, argúi, o tempo do preso jamais poderá ser recuperado, se sobrevier decisão absolutória.

A massa carcerária brasileira é uma das maiores do mundo e a decisão que o STF estava tomando naquela sessão viria a inchar ainda mais o cárcere.

O Ministro Luiz Fux, então, interveio com questão de ordem, arguindo que essa grande massa carcerária se dá pelo uso da prisão preventiva. Neste sentido, os tribunais superiores têm reformado as decisões para impor medidas cautelares menos gravosas.

Assim sendo – continua – na medida em que se tem com isso menos presos preventivos, o número de encarcerados deverá se manter com a contrapartida das prisões decorrentes de condenações em segunda instância.

Nesta linha, concedeu a ordem.

4 A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43⁸

A presente ação foi ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN). Tem como escopo declarar constitucional o Art. 283 do CPP, na redação veiculada por meio da Lei nº 12.403/2011, que condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado.

Subsidiariamente, o PEN postulou pela declaração de que o Art. 283 do CPP ainda é constitucional, enquanto perdurar o estado inconstitucional de coisas do nosso sistema carcerário, ou mesmo até quando a ADPF 347 seja julgada no mérito e determinadas providências pelo STF.

Ainda de maneira subsidiária, pediu a interpretação conforme a Constituição daquele mesmo dispositivo, no sentido de aguardar-se o trânsito em julgado para a prisão, aplicando-se desde já as medidas alternativas à prisão, do Art. 319 do CPP.

Em terceiro lugar, se julgado inconstitucional, a declaração de que os efeitos devem ser *ex nunc*, em relação aos fatos ocorridos a partir do julgamento da presente ação, ou, pelo menos, do HC 126.292.

Também subsidiariamente, se houver efeito repristinatório para fazer incidir o Art. 637 do CPP – determinando-se a prisão antes do trânsito em julgado –, que seja feita interpretação conforme a CRFB, incidindo apenas quanto aos recursos extraordinários, não incidindo sobre os recursos especiais, os quais, então, deverão ter efeito suspensivo;

Nos fundamentos, o Partido Ecológico Nacional arguiu, de forma principal, que há incompatibilidade entre o Art. 283 do CPP e a decisão do HC 126.292.

Continuou, afirmando que a interpretação retrospectiva da Constituição deve ser afastada. Tal interpretação consiste em usar da Constituição atual para interpretá-la mantendo-se as linhas da antiga (cita Ministro Barroso, que em outra ocasião criticou o fenômeno). Alegou que isto foi feito reiteradamente após a promulgação da CRFB de 1988.

⁸ PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017.

Nesta esteira, o HC nº 84.078 quebrou paradigma da ordem constitucional pretérita, tendo o Supremo Tribunal Federal mudado o entendimento, para afirmar que a prisão decorrente de condenação deve se dar apenas após o trânsito em julgado.

O PEN assim dispôs em sua petição inicial:

“[...] Pouco tempo depois, em conformidade com a orientação fixada pelo STF, houve a alteração do art. 283 do CPP, levada a termo por meio da Lei nº 12.403/2011. O artigo antes dispunha: *“a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”*. Em 2011, o dispositivo foi substituído pelo seguinte preceito: *“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. [...]”*⁹

Depois do julgamento do HC nº 84.078, o STF manteve entendimento consentâneo com este. Com o advento do HC 126.292 é que a antiga jurisprudência foi retomada – a classificada pelo proponente da ação como repristinatória.

Entretanto, ao fazê-lo, o STF teria se omitido quanto ao Art. 283 do CPP. Deveria ter, para adotar tal entendimento, de declarar inconstitucional o dispositivo.

A decisão daquele último *habeas corpus* mencionado não tem efeito vinculante e muitas pessoas e entidades vieram, após, a se manifestar em sentido contrário ao proferido no curso daquela ação.

A própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) depois ajuizou ADPF, na qual defendeu que não pode haver execução antes do trânsito em julgado da condenação.

O Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), igualmente, manifestou-se contrário ao último posicionamento do STF. Digno de nota:

“[...] *Desta forma, a Presunção de Inocência é princípio essencial do Processo Penal Democrático, configurando-se regra de tratamento processual no qual o sujeito acusado preserva seu Estado de Inocência até que uma sentença condenatória não mais passível de recurso firme a certeza jurídica de sua*

⁹ _____. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 8.

culpabilidade, não podendo uma acusação, em um primeiro momento, ou até mesmo uma condenação em segundo grau, "suspender" provisoriamente sua inocência e nem as garantias que a acompanham.

A decisão do Supremo Tribunal Federal se configura em retrocesso inaceitável, sobretudo quando se atenta para o fato de que na seara penal não existe execução de condenação que não seja definitiva. Providos os Recursos Especial ou Extraordinário, quem devolverá ao cidadão acusado o tempo executado provisoriamente? A pena foi cumprida, antecipadamente, e ilegalmente, eis que violou o estado de inocência do Acusado que posteriormente teve seu recurso provido.

A Presunção de Inocência é cláusula pétrea da Constituição da República e a vedação ao retrocesso é princípio de natureza político-jurídica que não permite a vulneração de Direitos Fundamentais e suas Garantias.

A decisão do Supremo Tribunal Federal lança mais uma ofensa contra o que deveria ser um intransponível limite aos desmesurados poderes punitivos do Estado, corroendo o Processo Penal Democrático, abrindo mais uma brecha, em última análise, contra o próprio Estado Democrático de Direito. [...]"¹⁰

A Pastoral Carcerária Nacional também se manifestou contra o derradeiro posicionamento do STF acerca da matéria. Em suma, arguiu não apenas a violação de um princípio expresso da Constituição, mas igualmente que o sistema penal brasileiro está demonstrando que alguns tem mais direitos que outros e que se está fazendo verdadeiros depósitos humanos, tornando-os descartáveis. Que, em especial, negros, pobres e periféricos são as vítimas dessa ação estatal. Ainda, que o encarceramento massivo é prova de que o Estado está em falta e que a dignidade humana não pode ser mitigada em prol de qualquer política que vise a uma determinada utilidade social.

A matéria, nas linhas defendidas pelo partido postulante, merece ser abordada de modo a dar ouvidos aos principais atores sociais. Vivemos em uma sociedade aberta e, portanto, a interpretação deve ser aberta aos atores sociais. Não somente aos órgãos estatais.

Sob o aspecto da hermenêutica jurídica geral, o Art. 637 do CPP é mais antigo e mais genérico que o Art. 283. Pelo critério cronológico, não pode prevalecer sobre este, portanto.

¹⁰ _____. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 12.

O Art. 283 do CPP menciona especificamente a prisão, enquanto o Art. 637, do mesmo diploma legal, é mais genérico, em relação ao efeito suspensivo não incidente sobre os recursos especial e extraordinário.

Disto resulta que, para a pena de prisão, mais específica que a condenação considerada de forma genérica – que pode ser a prisão ou a pena restritiva de direitos –, não há o efeito suspensivo aludido no Art. 637 do CPP, adotando-se o critério da especialidade no conflito aparente de normas.

Na continuação da linha argumentativa, a Constituição da República é aberta a novas interpretações, em especial por parte do Poder Legislativo. Citou Hans Kelsen e a moldura da lei superior, em que são permitidas interpretações em seu interior, materializadas nas leis inferiores, no caso.

Nesta esteira, o legislador tem liberdade de atuar, desde que respeitados os limites materiais e formais estabelecidos na Constituição.

Já o Poder Judiciário limita-se apenas a dizer se está em conformidade com a Constituição determinada opção legislativa. Não pode se fazer substituir em lugar do Poder Legislativo e imprimir novas normas. A moldura constitucional origina os princípios democrático e de separação dos poderes (Art. 1º e 2º da CRFB, respectivamente). Segundo estes, o Poder Judiciário tem que respeitar as opções legislativas. Presumem-se constitucionais as leis – a moldura dentro da qual se conforma a ordem jurídica.

O Art. 283 do CPP, destarte, não só é interpretação possível do ponto de vista constitucional e consentânea com o princípio da presunção de inocência, como é interpretação razoável. A propósito, como já foi assentado no HC 84.078, julgado em 2009.

O PEN traz citação do doutrinador da processualística penal Fernando da Costa Tourinho Filho, tradutor da posição:

“[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão,

*antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela. [...]*¹¹

Ademais, a prescrição do Art. 283 do CPP também seria, para o PEN, compatível com o princípio do *in dubio pro reo*.

O Partido citou julgamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a possibilidade da execução provisória da pena seria criação de nova modalidade de prisão, em afronta ao princípio da reserva legal, segundo o qual, para o caso, somente é possível criar nova modalidade de prisão ante criação legislativa.

Consoante o artigo 7º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica:

“Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”¹².

O Art. 5º, § 2º, da Constituição da República também afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹³. Disto resulta ser o Pacto de San José da Costa Rica válido e incidente na matéria.

Segundo o próprio STF, na observância das normas de direito internacional, deve-se atentar ao princípio da prevalência dos direitos humanos, “[...] *sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs* [...]”¹⁴.

O Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 7.2, reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual unicamente por meio de uma lei se pode afetar o direito à liberdade pessoal. De acordo com esse artigo da Convenção, “*cualquier requisito establecido en la ley nacional que no*

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 1, p. 63. In: _____. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 27.

¹² PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 31.

¹³ *Idem*. P. 31.

¹⁴ *Idem*. P. 32.

sea cumplido al privar a una persona de su libertad, haría que esa privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.”¹⁵

Noutra linha, a ADPF nº 347 proclamou a existência de estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos.

Tal realidade teria sido causada pela reiterada inércia do Poder Público, agravada pela chamada cultura do encarceramento existente no País.

O voto do Ministro Marco Aurélio, naquela oportunidade, foi assim:

“[...] As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘e’); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. [...]”; “[...]as penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre [...]”¹⁶

O certo, segundo o PEN, é que o relevante incremento do número de presos não definitivos – principalmente considerado o elevado número de recursos especiais criminais a serem examinados pelo STJ – contraria os fundamentos determinantes do julgamento da medida cautelar na ADPF 347.

¹⁵ *Idem*. P. 32.

¹⁶ _____. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questionario-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 38.

Por esse ângulo, a superlotação se agravaria com o abarcamento da tese de que é possível a execução provisória. O que se complica ainda mais ao se considerar que a prisão pode ser revertida e o sujeito posto em liberdade.

A taxa de provimento dos HCs ajuizados no STJ em face de acórdãos condenatórios era de 27,86 %, segundo a exordial do Partido, o que torna ainda mais significativa a violação decorrente deste resultado hermenêutico.

Tomando-se como base nos princípios da liberdade e dignidade humana, se entendida a execução provisória como constitucional, ao menos, já que se aproxima tal execução da medida cautelar de privação da liberdade, deve ser usada apenas em último caso, continua o postulante em sua argumentação.

Igualmente, se a guinada de jurisprudência em decorrência do HC 126.292 for mantida, não se pode conferir efeitos retroativos a esta interpretação, com fito de preservação da segurança jurídica. Isto pela irretroatividade de norma penal mais severa, prevista no art. 5º, XL, da CRFB de 1988. Somente- para beneficiar o réu poderia.

A norma processual tem como regra a aplicação imediata, mas se ela tiver o condão de afetar a liberdade, tem caráter não só formal, mas material, não podendo ser aplicada de imediato.

Para Cezar Bittencourt, cita o PEN:

*“[...] em qualquer caso em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, não terá vigência o princípio **tempus regit actum**, aplicando-se, nessas hipóteses, a legislação vigente na época do crime. [...]”¹⁷*

A irretroatividade da lei penal mais gravosa é postulado que foi reconhecido não só pelo STF como por órgãos internacionais, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218-219. In: PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 54.

Assim, se o STF vier a entender que o Art. 283 do CPP é inconstitucional, não pode aplicar a regra do *tempus regit actum* para autorizar a aplicação deste entendimento anteriormente ao julgamento da presente ação, eis que ficaria prejudicada a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

No julgamento do HC nº 126.292 pelo STF, ficou assentado que a não suspensibilidade dos recursos especial e extraordinário acarreta na possibilidade de imediata execução dos julgados condenatórios de segunda instância. Equiparou-se, destarte, os efeitos de ambos os recursos. E isto não seria legítimo.

Isso porque o STJ julga a incidência de lei federal (e a lei penal é sempre federal), sendo apenas esporádica a decisão acerca de alguma matéria constitucional - que é função do STF.

Ademais, o juízo de culpabilidade não seria, na visão do PEN, meramente fático, mas também jurídico.

Esclarece que em Estados democráticos o juízo penal não é considerado meramente juízo empírico. A culpabilidade é juízo jurídico, dado pelo exame da norma penal como lente através da qual se observam os fatos dando a esta análise um conteúdo também jurídico.

Noutro plano, dever-se-ia observar que é alta a taxa de provimento de recursos especiais, levando à minoração da pena ou à absolvição em muitos casos. Autorizar a execução provisória seria levar às “masmorras medievais” pessoas que nem deveriam estar lá.

Desta forma, o argumento de que a taxa de provimento de recursos extraordinários é ínfima, sendo então os RE interpostos em favor do réu, em esmagadora maioria, protelatórios, não pode ter o condão de afastar a notoriedade do número de recursos especiais providos.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o requisito de admissibilidade da repercussão geral para os recursos extraordinários, como processo de objetivação da atuação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de o deixar concentrado apenas nas questões constitucionais relevantes.

Apontou o demandante:

“[...] O STF, no julgamento da questão de ordem no AI no 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07, estabeleceu o entendimento de que os recursos extraordinários, em geral, e os concernentes a matérias criminais, em particular, interpostos contra acórdãos publicados a partir de 3/5/07 deveriam demonstrar, em preliminar formal devidamente fundamentada, a existência da repercussão geral. A recorribilidade extraordinária em matéria criminal passou a ser ainda mais excepcional a partir desse processo de *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. [...]”¹⁸

Destarte, com esta objetivação, se o Art. 283 do CPP não for declarado constitucional, deve-se dar interpretação conforme a Constituição ao Art. 637 do mesmo diploma legal, negando-se efeito suspensivo aos recursos extraordinários, apenas, para prestigiar a atuação do STF somente àqueles casos considerados relevantes do ponto de vista constitucional. O STJ, acaso provocado, deveria se manifestar antes da execução do julgado.

Pediu-se, através da inicial do PEN, a adoção de medidas cautelares: a) a soltura de todos os que aguardam o trânsito em julgado da decisão condenatória; b) se não adotada essa medida, a aplicação do Art. 319 do CPP, em substituição, como medidas alternativas à de prisão provisória; c) subsidiariamente, a adoção do efeito suspensivo nas decisões condenatórias, pelo menos até o julgamento de REsp pelo STJ.

4.1 IBCCRIM COMO *Amicus Curiae* NA ADC 43

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), representado pelo respeitável causídico Thiago Bottino (dentre outros), ingressou como *amicus curiae*, para auxiliar o STF no julgamento da causa aduzida e que segue como ADC 43.

O objeto da presente ação repercute na seara dos direitos fundamentais e, em especial, a decisão sobre o caso ensejará discussões acerca da política criminal e do princípio da fragmentariedade do sistema penal. Nas palavras do causídico: “[...] O que está em jogo é a garantia de todo cidadão brasileiro a um direito criminal congruente com os direitos e garantias estipulados pela Constituição Federal. [...]”¹⁹;

¹⁸ PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 72.

¹⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Petição de *Amicus Curiae* nas ADC 43 e ADC 44**. Disponível em:

O subscritor da peça pediu: a admissão como *amicus curiae* (inclusive com a sustentação oral no dia do julgamento); a posterior juntada de memorial; a procedência da ação para julgar constitucional o Art. 283 do CPP, com a redação da Lei nº 12.403 de 2011.

Até pouco antes do aforamento do *amicus curiae*, a jurisprudência do STF estava em consonância com a lei processual penal. Mas, após o STF ter mudado sua posição quanto á possibilidade de execução provisória, instalou-se grave insegurança jurídica, de forma contrária à isonomia, vindo os magistrados a, caso a caso, preferirem decisões em prol da execução imediata ou em favor da liberdade antes do trânsito em julgado;

A presunção de inocência e o exercício dos direitos fundamentais são diretamente afetados pelo posicionamento adotado, o que atrai o interesse do IBCCRIM, segundo ele mesmo.

Arguiu igualmente:

“[...] É interesse do IBCCRIM, ainda, estimular o debate sobre a limitação da atuação do sistema penal àqueles cenários nos quais exista risco, ao menos potencial, de violação dos bens jurídicos mais relevantes, sem que se utilize da ultima ratio do Direito em cenários de insegurança jurídica. [...]”²⁰

A entidade fora admitida como *amicus curiae*, por fim.

4.2 VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO ACERCA DA MEDIDA CAUTELAR

O Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto em sede da ADC nº 43, arguiu que o STF, no HC 126.292/SP, esvaziou o princípio da presunção da inocência, ao instituir “artificial antecipação do trânsito em julgado” da pena.

O clamor público e o pragmatismo na seara penal são claramente as molas que impulsionaram o STF, no julgamento daquele HC, no sentido de negar princípios constitucionais.

http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf. Acesso em: 13.09.2017. P. 4.

²⁰ _____. **Petição de Amicus Curiae nas ADC 43 e ADC 44**. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf. Acesso em: 13.09.2017. P. 3.

Retoricamente, o Ministro indaga se é possível subsistir sociedade livre, suprimido-se o princípio maior das liberdades – o de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da pena –, dentre princípios tão arduamente conquistados ao longo da história e principalmente pela luta contra o regime ditatorial.

A majestade da Constituição não pode ser sobreposta pela potestade do Estado, pontua o Ministro, referindo-se a esta atuação – segundo seu entendimento – fora dos limites do STF, ao arrepio da Constituição.

A impessoalidade e o distanciamento crítico em relação ao réu são postulados que devem ser observados, no que resulta que nenhum réu poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da pena.

Na visão do magistrado, o julgamento da presente ação põe em questão o papel político do STF na construção e aperfeiçoamento de um Estado Democrático de Direito, bem como no âmbito da construção de uma jurisprudência das liberdades, em favor da dignidade humana.

A integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento jurídico, a segurança jurídica e a legitimidade da República restam comprometidas se o STF não cumpre sua função de guarda da Constituição. Ainda mais em se considerando que nenhum povo demonstrou estabilidade de seu sistema sem que houvesse um corpo de juízes independentes.

Argúi que não é o direito constitucional de ser presumido inocente que gera a sensação de impunidade ao se utilizar diversos recursos em favor do réu. Para eliminar essa sensação, faz-se necessária uma mudança, através da política legislativa, racionalizando-se o sistema recursal. Sem mitigar ou suprimir o princípio da presunção de inocência.

A posição do STF naquele HC nº 126.292/SP é, em sua concepção, regressista, no sentido de retardar o progresso de uma jurisprudência concretizadora de direitos fundamentais.

Celso de Mello igualmente reiterou fundamentos do julgamento deste último HC mencionado, no qual foi voto vencido no julgamento da matéria.

Como argumento novo, também citou precedente em que o STF entendeu não recepcionada norma que mandava lançar no rol de culpados réus ainda não condenados definitivamente e argui que é impossível a Corte ter esse posicionamento e, na ocasião do presente julgamento, opor-se à aplicação do princípio constitucional da inocência, cuja projeção é muito mais gravosa na esfera jurídica do réu.

Por esses fundamentos, votou pelo deferimento de medida cautelar, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição ao Art. 283 do CPP, por entender incompatível com a presunção de inocência a execução da pena antes do trânsito em julgado.

4.3 VOTO DO MINISTRO TEORI ZAVASCKI NA ADC 43 – MEDIDAS CAUTELARES

Acerca das medidas cautelares aduzidas através da ADC 43, o Ministro Teori Zavascki pronunciou-se no seguinte sentido, no que diz respeito a argumentos novos em relação ao que aduziu quando votou pela não concessão da ordem no HC 126.292.

Foram duas as premissas sobre as quais se assentou o HC nº 126.292 do STF: a impossibilidade de revisão de fatos e provas pelos Tribunais Superiores e a existência de meio processual idôneo à revisão de situações de constrangimentos ilegais, mais eficazes (o *habeas corpus*).

Com efeito, o âmbito do *habeas corpus* é mais amplo que o do RE, arguiu o Ministro.

Se, de um lado, a presunção de inocência deve ser observada para oferecer as garantias de o acusado se defender, a efetividade do processo penal – em prol da pacificação social –, deve ser observada. Para os requerentes da ADC 43 e da ADC 44, este entendimento viola o Art. 283 do CPP, mas isso não procederia.

O efeito meramente devolutivo dos recursos excepcionais é compatível com a Constituição, no esboço do art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990 (este último revogado pelo novo Código de Processo Civil Lei

13.105/15). O CPC, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, nos arts. 995 e 1.029, § 5º.

O conceito de trânsito em julgado é importado da legislação processual civil (e lá é a situação jurídica perante a qual não cabem mais recursos). Entretanto, não é razoável importar-se tal conceito em sua literalidade para a seara processual penal.

Por último, que a prescrição continua correndo, sendo por isso reforçada a idéia de que não é suspenso o decreto condenatório pela interposição de recursos excepcionais. Seria contrassenso correr a prescrição e a condenação não poder ser executada.

Nesta linha de posicionamento, votou pelo não deferimento do pedido de liminar.

5 AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 44

A petição inicial é do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Seu objeto, a declaração de constitucionalidade do Art. 283 do CPP.

No HC 126.292/SP, o STF silenciou sobre o Art. 283 do CPP, ameaçando a segurança jurídica e violando-se a cláusula de reserva do plenário do Art. 97 da CRFB e a Súmula Vinculante nº 10.

A consequência de aquele julgado ser paradigma para a aplicação de sentenças condenatórias recai sobre a liberdade de ir e vir, bem como teve reflexos nas jurisdições civil e trabalhista.

É verdadeira relativização do princípio constitucional da inocência o posicionamento da Corte naquela ocasião.

O argumento de que em nenhum país do mundo se inadmite a execução da pena antes do trânsito em julgado não é válido para que no Brasil sigamos esta orientação, haja vista que em nenhum país também a presunção de inocência aparece tão forte na Constituição.

Os Tribunais não podem deixar de se pronunciar sobre a constitucionalidade do Art. 283 do CPP, suscitando, se for o caso, o incidente de arguição de inconstitucionalidade previsto no novo CPC, inclusive como disposto na SV 10, a serem julgados pelos respectivos órgãos especiais enquanto não se dirimir a controvérsia em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Até mesmo na exposição de motivos do projeto de lei de 2011 que alterou o CPP para a atual redação do Art. 283, dispôs que a intenção da reforma legislativa era adequar a lei ao vigente sistema constitucional, inclusive negando-se a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

O artigo 105 e 147 da Lei de Execuções Penais também teriam que ser declarados inconstitucionais, para que se permita a execução antecipada da pena.

Os argumentos da Corte foram meramente políticos, não jurídicos, segundo o Conselho Federal da OAB.

Na sequência, argúi que, como aqui no Brasil não se admite a teoria da norma constitucional inconstitucional (a norma constitucional originária eivada de inconstitucionalidade), depreende-se que, se uma norma infraconstitucional reproduz o conteúdo de uma norma de cunho constitucional, ela é dotada de constitucionalidade espelhada.

O julgado do HC nº 126.292/SP pelo STF ultrapassa os limites semânticos do texto constitucional. É superinterpretação, que leva, na prática, à aplicação da filosofia da livre interpretação.

Ficou esvaziado o sentido original da expressão “trânsito em julgado”, configurando-se verdadeira mutilação constitucional.

A forma do controle difuso de constitucionalidade, que não prescinde de observar a cláusula de reserva do plenário ou do órgão especial não foi observada. Isto enseja a nulidade absoluta dos julgados que afastam a aplicação do Art. 283 do CPP.

O dever de garantir a liberdade, a necessidade de preservação do sistema de controle difuso de constitucionalidade instituído, bem como a segurança jurídica fazem com que exista *periculum in mora*.

Assim, postulou-se medida cautelar para determinar a suspensão de acórdãos que, sob fundamento do HC 126.292/SP tenham afastado a incidência do dispositivo em comento.

6 VOTO DO MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO NAS ADC 43 E ADC 44 – MEDIDAS CAUTELARES

O Ministro Luís Roberto Barroso, proferiu seu voto acerca das medidas cautelares pleiteadas pelas ADC nº 43 e 44.

Entendeu, de novo em relação aos argumentos aduzidos quando do julgamento do HC nº 126.292, que, ao se aguardar o trânsito em julgado para a execução da pena, desprovê-se de efetividade a tutela penal, dando insuficiente proteção aos bens jurídicos guardados pela norma.

A distância entre o fato e a sanção aplicada, bem como a prescrição tornariam a pena sem efetividade. Nesta seara, o Art. 283 do CPP deve ter interpretação que o compatibilize com a efetividade e credibilidade da justiça criminal.

A prisão decorrente de condenação não transitada em julgado, continua o Ministro, não viola o princípio da reserva legal, eis que foi o próprio Art. 637 do CPP que não dotou os recursos excepcionais de efeito suspensivo.

Argui que, adicionalmente, é possível extrair a legitimidade da condenação após a decisão de segunda instância pelo próprio Art. 283 do CPP, eis que lá é autorizada a prisão preventiva no curso do processo. Passa a ser exigência de ordem pública (art. 312, CPP), levando à inexigibilidade de motivação específica neste sentido e passando a ser medida de resguardo da credibilidade do Poder Judiciário.

Ademais, Barroso salienta que o baixo índice de provimento de recursos especiais e extraordinários interpostos em face de acórdãos condenatórios demonstra de forma mais evidente a ausência de efetividade para a realização de direitos o aguardo do trânsito em julgado.

Quanto aos pedidos subsidiários, entendeu que: i) não é o caso de excepcionar o entendimento, pois não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição; ii) a modulação dos efeitos temporais em relação ao HC 126.292/SP não é possível, pois a matéria é de ordem processual penal, não criando novo crime ou sanção penal e não gera prejuízo à segurança jurídica, boa-fé ou confiança dos réus.

Assim, em seu voto sobre as medidas cautelares pleiteadas, indeferiu os pedidos em sua totalidade.

7 DISCUSSÃO

O tema objeto deste trabalho é de suma importância para a defesa da Ordem Jurídica, de modo que analisar os caminhos tomados em termos de jurisprudência e à luz da Constituição permitirá vermos os contornos de nosso Estado e o quanto ele é temente ao nosso Direito, ou o quanto se divorcia deste.

A Suprema Corte brasileira, embora dividida desde o início, mudou o rumo de um sentido ao diametralmente oposto do HC nº 84.078/MG ao HC nº 126.292/SP.

Num primeiro momento, preceituou por maioria que era contrário à Constituição a execução da pena antes do trânsito em julgado (em 05/02/2009). No segundo momento, em 17/02/2016 (7 – sete – anos depois), entendeu, também por maioria, que a execução da pena nestes moldes era possível.

No HC nº 84.078/MG, votaram a favor da concessão da ordem os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski. Contra, posicionaram-se Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia e Ellen Gracie. Foram, portanto, 7 (sete) a favor e 4 (quatro) contra.

Já no HC nº 126.292/SP, votaram a favor da concessão os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Contra, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Exatamente o placar inverso (4 x 7), mas mudada a composição e um dos posicionamentos (o de Gilmar Mendes).

Conforme salientado nos argumentos aduzidos pelas ADC 43 e ADC 44, insegurança jurídica instalou-se. O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e guardião da Constituição, deve aparar essas arestas em sede de controle de constitucionalidade – mas não de qualquer jeito e sim de algum que prestigie as escolhas democraticamente instituídas na Lei Maior.

O Art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, preceitua que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Cabe a partir deste ponto refletir o que sugere o texto constitucional e o que visa este proteger.

É certo:

- i) que fato, norma e valor são uma tríade que se entrelaça e se relaciona de forma interdependente – corrente a que filio meu pensamento;
- ii) que a norma é resultado de interpretação do texto, primordialmente (no âmbito do sistema do *Civil Law* brasileiro e atualmente mitigado);
- iii) que surge a necessidade desta hermenêutica em consequência da necessidade de preservação de valores no contexto fático, concretizados e extraíveis a partir das fontes de direito;
- iv) que a norma, como resultado hermenêutico de reflexão sobre suas fontes, vai tendo seu sentido extraído à medida que se enxerga a aplicação do direito positivo aos fatos juridicamente relevantes.

Todavia, resta saber duas coisas para avaliarmos de acordo com os campos do “ser” e do “dever-ser”.

Ainda que seja verdade que os fatos têm esta importância: os fatos contêm o poder de dar ao texto constitucional tal ou qual conformação, ao sabor de qualquer lógica baseada em uma teleologia convincente, ou o texto constitucional limita mais os sentidos e alcance da argumentação do intérprete? Ademais: se os fatos e sua história podem modificar interpretações, é adequado concluir-se acerca de uma mutação constitucional no decorrer de 7 (sete) anos entre o julgamento do HC nº 84.078/MG e o HC nº 126.292/SP? Aprofundemos.

A fonte primária de nosso sistema é a lei – o princípio da legalidade tem previsão constitucional –, sendo unicamente esta capaz de obrigar ou impedir alguém de se comportar de qualquer maneira. Por lei, é pacífico que se fala dos textos legislativos (sendo o maior deles a Constituição).

Existem os recursos aos princípios não explícitos, à analogia e aos costumes, claro. Mas o recurso primeiro e inafastável, em nosso sistema, é a lei – exceto quando haja inconstitucionalidade nela.

Como consequência, não sendo uma lei inconstitucional e não advindo uma posterior que a revogue – de igual ou superior hierarquia –, ou mesmo que dite uma norma mais específica, geralmente a lei terá aplicação.

A exceção a isso seria justamente uma mutação constitucional, fenômeno pelo qual um mesmo texto na Constituição venha a sugerir uma outra interpretação em outro momento histórico.

Nesta linha de raciocínio, perfilhemos o raciocínio:

Houve Emenda Constitucional a revogar o princípio constitucional da presunção de inocência? Não. Sequer poderia haver uma, sob pena de violar cláusula pétrea segundo a qual os direitos individuais não podem sofrer mitigação (Art. 60, § 4º, inciso IV da CRFB).

Há alguma espécie legislativa superior à Constituição que pudesse revogar tal princípio? A resposta aqui também é negativa.

Os critérios cronológico e hierárquico, então, ficam de pronto afastados como causas de uma revogação da presunção de inocência, a qual deve ser sempre respeitada, ao menos na ordem constitucional vigente – sendo até mesmo impassível de supressão dentro dela.

Adicionalmente, assiste razão ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) quando aponta que nosso sistema não abarca a teoria das normas constitucionais inconstitucionais. Não há que se arguir que a presunção de inocência possa ser inconstitucional, eis que contida no texto da CRFB.

Assim, só se pode inferir que o princípio constitucional da presunção de inocência incide. Resta elucubrar sobre se houve ou não uma mutação constitucional.

O Ministro Luís Roberto Barroso, na ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, apontou que houve mutações constitucionais sucessivas. O STF passou de uma posição pretérita ao HC nº 84.078/MG, em que entendia pela possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, até este *habeas corpus* – em que se chegou à conclusão contrária – para, por fim, nos 7 (sete) anos seguintes, quando de sua fala naquele último julgamento de mérito acerca da matéria, houve uma segunda mutação, chegando-se à conclusão de que é cabível a execução antecipada.

Nodal, neste mister, será saber se a mutação constitucional – independentemente dos fatos sociais que a possam ter ensejado – é possível segundo o texto constitucional. Contrariamente a isso, qualquer interpretação do direito que não respeite os limites textuais da Constituição terá afrontado este Texto Maior, em desrespeito ao pacto social consagrado e aceito quando da construção da atual Ordem Democrática.

Quanto a isto, o texto constitucional é claro ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Fala-se em considerar, o que denota reputar, classificar. Remete a juízo de certeza.

O instrumento jurídico para a certeza é a decisão transitada em julgado, o que pressupõe ter passado por todas as fases necessárias ao trânsito em julgado. E o trânsito em julgado é a situação jurídica na qual não cabe mais recurso para discutir acerca de matérias fáticas ou jurídicas – estejam elas intrincadas ou não.

Se entendermos – como foi levantado no voto de Teori Zavascki acerca das medidas cautelares na ADC 43 – que, por trânsito em julgado, não se deva importar o conceito usado na doutrina do Processo Civil, limitando o conceito ao “trânsito em julgado acerca da matéria fática”, estaremos restringindo o conceito jurídico de maneira gravosa ao direito à liberdade.

No histórico levantado pelos Ministros que defenderam que a presunção de inocência vai de encontro da execução antecipada da pena, verificamos que o princípio em referência é dotado de singularidade tal que chega a ser uma marca dos regimes democráticos. Em regimes totalitários, tal qual passamos de 1964 até a Constituição de 1988, o acusado tem que provar sua inocência – e isso se revela inconcebível nos dias de hoje.

Mesmo que nos valhamos da legislação infraconstitucional para dizer que os recursos excepcionais não têm efeito suspensivo em relação aos acórdãos condenatórios, qualquer previsão neste sentido não pode ter o condão de autorizar a execução da pena anteriormente ao trânsito em julgado, sob pena de restar violada a Constituição.

Aqui, o critério hierárquico tem mais força que a cronologia da promulgação da norma contida na Lei 8.038/90, posterior à Carta Cidadã de 1988. Nem há que se

falar em especialidade da lei em relação à Constituição, pois o âmbito de incidência de ambas as previsões coincide.

Não se diga que o Direito de nenhum país do mundo assegura a incolumidade do *status* de inocente (ou “não-culpado”) até o trânsito em julgado – como querem alguns Ministros votantes no âmbito das ações ajuizadas –, para justificar se faça o mesmo no Brasil.

Isso porque é patente que o Direito é objeto da cultura de cada país, cabendo às suas decisões soberanas eleger as regras e princípios da forma como se queira adotá-los. Se o texto constitucional firmou de maneira tão enfática o princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade), não nos cabe apelar ao Direito Comparado para adotar uma solução mais “lógica”.

“Lógica” foi posto entre aspas, pois o que é lógico em ciências humanas? Uma lógica universal? Se assim fosse, os Ministros seriam uníssonos em seus votos, em todos os julgados e tudo estaria resolvido (ou mesmo destruído).

Mas com o que nos deparamos nestes julgados é um uso de argumentação de priorização de certos resultados sociais reputados como úteis. A escolha legislativa virou objeto secundário e instrumento desta nova argumentação, que vilipendia o conteúdo da Lei Maior de nosso País.

Se for mais acertado o juízo do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou dos tribunais locais, não nos cabe elucubrar para achar o sentido do texto constitucional. Ele é claro, bem asseverou Celso de Mello, escorado em voto de Ricardo Lewandowski em outro julgamento. Se é claro, não nos cabe ficarmos inconformados e, a partir do Guardião da Constituição que é o STF, deturpar a Constituição.

Igualmente, entender-se absurdo que se espere o trânsito em julgado para executar a pena, apesar de respeitável, não diz respeito à interpretação constitucional. O Ministro Cezar Peluso foi quem tentou o correto, por estar inconformado com a decisão da sociedade materializada na CRFB, ao, em tempos pretéritos, propor Emenda para que se possibilitasse a execução pelas instâncias ordinárias, antes do trânsito em julgado – único meio idôneo a alterar a postura do Estado brasileiro nesta seara.

O Supremo Tribunal Federal fica abarrotado de recursos meramente protelatórios e que visam a alcançar a prescrição muitas das vezes – arguem alguns. Seria preciso na ótica destes magistrados frear isso. Mas evidente que este feito não pode ser feito ao arrepio da Constituição.

Bem disse Celso de Mello que esta é uma questão de política legislativa. O problema não é a presunção de inocência – que, aliás, de maneira muito importante defenderam alguns ministros, é instrumento de luta contra arbitrariedades dentro do sistema do Estado. O sistema recursal não está amarrado de maneira que se evitem recursos protelatórios.

Noutro ângulo, o Art. 105 e o 147 da Lei de Execuções Penais, bem como o Art. 283 do CPP – este mais diretamente – reproduzem o que ficou assentado na Constituição como o conteúdo do princípio da inocência.

Portanto, são materialmente válidos esses dispositivos, mesmo que a Lei 8.038/90 tenha falado novamente que os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo. Ao menos em matéria penal não poderá deixar de incidir este efeito, pois não se pode revogar a Constituição mediante leis infraconstitucionais.

Nesta esteira, assiste razão aos que afirmam que a execução da pena independente do trânsito em julgado é nada mais nada menos que declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 105 e 147 da LEP e do Art. 283 do CPP.

O que seria dizer que essas normas espelhadas com a Constituição são inconstitucionais e, conseqüentemente, que estas normas são constitucionais e inconstitucionais ao mesmo tempo.

Outro ponto digno de nota é: os ministros defensores da execução antecipada da pena tecem argumentos que tangenciam a figura da prisão provisória. No voto de Luis Roberto Barroso na ADC 44, decidindo sobre as cautelares pleiteadas, argumenta-se que o Art. 283 do CPP autoriza a prisão preventiva antes do trânsito em julgado.

E Joaquim Barbosa, no julgamento do HC nº 84.078/MG já dizia que tanto nosso sistema permite juízo de culpa antes do trânsito em julgado, que é autorizada a prisão preventiva.

Porém, tal coisa não leva ao resultado de que é permitida a execução antecipada da pena. A natureza jurídica da prisão preventiva é de medida cautelar para o processo (e não dizendo sobre a culpabilidade do réu). Diferentemente da condenação, que leva ao juízo de culpa.

Os proponentes de formulações acerca da possibilidade de prisão preventiva misturam os assuntos, fugindo do objeto do que se discute, que é – em outras palavras – se cabe a execução de uma condenação.

Aliás, mais acertado seria dizer que a condenação nas instâncias inferiores, se ainda não revestida de definitividade pelo trânsito em julgado, sequer é condenação. Isso, pois só adquire o *status* de culpado aquele julgado definitivamente. Como condenar a uma pena um inocente, que o é por ficção jurídica *iuris et iuris*? Não é possível.

O princípio da proteção social, ainda que sopesado com o direito à liberdade, não pode incidir de modo a afastar a presunção de inocência. Esta tem grau tão definido de concreção, de visibilidade acerca de sua aplicabilidade, que outro resultado que não impeça a execução antecipada seria ignorar sua existência.

Nestes tempos difíceis em que vivemos, rasga-se a Constituição e Ministros pretendem avocar para si a soberania das decisões, a qual é, por essência do nosso Ordenamento Jurídico Democrático, do povo. A Constituição não é mais o que ela é, mas o que se diz dela. O presente caso é emblemático neste sentido.

O estado inconstitucional de coisas – a que aludiu Celso de Mello – não é só o do sistema carcerário brasileiro, mas também do *modus operandi* do Poder Judiciário brasileiro na figura de sua máxima Corte.

Isto é o mais grave, pois, como apontou magistralmente Rui Barbosa: “A pior ditadura é a do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer.”. Pelo menos neste mundo.

Ao menos o que se espera é que o STF julgue com honestidade a ADC 43 e a ADC 44, quanto ao mérito, buscando-se sobriedade e decisões que mantenham na íntegra os direitos fundamentais, núcleos da Lei Maior, e, em especial, a presunção de inocência (se mantido até lá o atual sistema constitucional).

Enquanto isso, a sociedade brasileira terá que conviver com os tribunais inferiores dizendo que são culpados, através de seus acórdãos condenatórios, quem a Constituição reputa inocentes.

8 CONCLUSÃO

Assistimos ao julgamento histórico de questão constitucional da maior relevância: o da presunção da inocência e seus contornos.

Os argumentos usados do lado dos que defendem a possibilidade da denominada execução antecipada da pena, bem como os utilizados pelos que defendem a impossibilidade tangenciam pontos de ordem jurídica e metajurídica também.

Entre o julgamento do HC nº 84.078/MG e o do HC nº 126.292/SP passaram-se cerca de 7 (sete) anos, mudando-se a composição do Supremo Tribunal do ano de 2009 ao de 2016 e, igualmente, a orientação majoritária sobre o tema. Sem contar com a ida do Ministro Gilmar Mendes de um pólo de entendimento ao diametralmente oposto.

A insegurança jurídica gerada a partir desta oposição de entendimentos, concretizada nas Cortes inferiores ao aplicarem um ou outro posicionamento fez surgir a necessidade de se recorrer ao controle concentrado. O PEN e o CFOAB ajuizaram Ações Diretas de Constitucionalidade para dirimir de uma vez por todas a controvérsia.

As ADC nº 43 e ADC nº 44 aguardam o julgamento do mérito. Seus objetos são comuns e visam a declaração de constitucionalidade do Art. 283 do CPP, o qual condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado.

Naturalmente, as considerações de estatura metajurídica haverão de ser, sob pena de não respeitar os limites constitucionais e a axiologia subjacente, apenas um ponto de apoio para a reflexão e busca de um sentido lógico (e sempre a serviço do arcabouço de valores que visamos proteger).

Se o texto normativo da CRFB vier a ser superado por considerações metajurídicas de qualquer espécie, passar-se-á para um sistema que não é o original *Civil Law* para um *Frankenstein* jurídico, em que o precedente criará cada vez mais uma nova Constituição, transformando-se o STF em órgão do Legislativo, na prática.

Restará ao povo brasileiro, no desenrolar da história, observar que rumo os agentes políticos, nomeados pelo Chefe do Executivo eleito pelo povo – nesta exata triangulação – dirá sobre a escolha que o próprio povo fez desde 1988.

9 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218-219. *In*: PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 31.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078/MG**, STF, Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. DJe 26.02.2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>. Acesso em 13.09.2017.

_____. **HC nº 126.292/SP**, STF, Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe 17.05.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 13.09.2017.

_____. **Voto do Min. Celso de Mello na ADC 43 e ADC 44**, STF, Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. DJ nº 212. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 13.09.2017.

_____. **Voto do Min. Luis Roberto Barroso na ADC 43 e ADC 44**, STF, Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. DJ nº 212. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017.

_____. **Voto do Min. Teori Zavascki na ADC 43 e ADC 44**, STF, Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. DJ nº 212. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>. Acesso em: 13.09.2017.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Petição inicial da ADC 44**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>. Acesso em: 13.09.2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Petição de amicus curiae nas ADC 43 e ADC 44**. Disponível em:

http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf. Acesso em: 13.09.2017.

PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 13^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 1, p. 63. In: _____. **Petição inicial da ADC 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>. Acesso em: 13.09.2017. P. 27.